— Representação de inconstitucionalidade.

— Cerceia a iniciativa exclusiva, do chefe do Poder Executivo Estadual, de apresentar projeto de lei ordinária a emenda constitucional, ainda que proposta por ele, que discipline quaisquer das matérias a que aludem os incisos do art. 57 (aplicável aos estados por força do art. 13, III) da Constituição Federal. Esse poder é indisponível, porquanto lhe é outorgado em razão da conveniência da administração pública.

— A dispensa de concurso para a primeira investidura em cargos públicos efetivos e permanentes, sem que tenham — como sucede com os cargos do Ministério Público junto a Tribunal de Contas — natureza especial que a justifique, viola o art. 97, § 1.º, combinado com o art. 13, V, ambos da Constituição Federal.

— Representação de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar-se a inconstitucionalidade do § 2.º do art. 159 da Constituição do Estado de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 14, de 15 de maio de 1981.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Representação nº 1.107
Representante: Procurador-Geral da República
Representados: Assembléia Legislativa e Governador do Estado de Sergipe
Relator: Sr. Ministro MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente a representação para declarar-se a inconstitucionalidade do § 2º do art. 159 da Constituição do Estado de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981.

Brasília, 18 de maio de 1983. — *Cordeiro Guerra*, Presidente. — *Moreira Alves*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves: O Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, atendendo à solicitação do Deputado Estadual Leopoldo de Araujo Souza Neto, argúi a inconstitucionalidade do § 3º do art. 160 da Constituição de Sergipe, que passou a constituir o § 2º do mesmo artigo, na redação da Emenda Constitucional nº 7, de 12 de dezembro de 1977, correspondente ao atual § 2º do art. 159, conforme redação da Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981, a saber:

"Art. 159. (...)

§ 2º Funcionarão como órgão do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, cinco procuradores da Fazenda Pública estadual, nomeados por livre escolha do governador do estado, dentre brasileiros com título de bacharel em ciências jurídicas e sociais, possuidores de reconhecida idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos."

A fls. 25-37, o Exmo. Sr. Governador do estado de Sergipe prestou as seguintes informações:

"Exmo. Sr. Ministro José Carlos Moreira Alves.

Em atenção a ofício de V. Exa., apraz-me prestar-lhe informações na *representação* por inconstitucionalidade argüida contra o atual § 2º do art. 159 da Constituição do Estado de Sergipe, com a redação que lhe adveio da *Emenda Constitucional* nº 14, de 15 de maio de 1981.

Reza o versículo impugnado:

'§ 2º Funcionarão como órgão do Ministério Público, junto ao Tribunal de Contas, cinco procuradores da Fazenda Pública estadual, nomeados por livre escolha do governador do estado, entre brasileiros com título de bacharel em ciências jurídicas e sociais, possuidores de reconhecida idoneidade e notórios conhecimentos jurídicos.'

1. O suscitante da argüição pretendeu que o dispositivo em apreço conflita com o Texto Constitucional do país, porquanto esabelece nomeação sem concurso para cargos que, por sua própria natureza, são efetivos, pois reportados a funções que requerem independência e liberdade, quais as do ministério público junto ao Tribunal de Contas.

2. Quadra registrar, embora de passagem, que o texto impugnado não traz, em si mesmo, qualquer contradita ou embargo ao caráter efetivo dos aludidos cargos. É neutro a respeito, ou seja, nele não há pronúncia alguma sobre este aspecto. Improcede, pois, a alegação de que o § 2º do art. 159 da Constituição de Sergipe compromete a liberdade e independência dos titulares dos cargos ali referidos.

3. Outrossim, não colheria supor, no dispositivo questionado, qualquer agravo à autonomia fiscalizadora de que deve gozar o Tribunal de Contas. Aliás, como é sabido, na órbita federal, os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União são nomeados livremente pelo Presidente da República, conforme estatuição do art. 19 do Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

Assim, no que concerne a este aspecto, o art. 159, § 2º, da Constituição de Sergipe, ora impugnado, guarda simetria com a organização federal. E a ninguém acudiu duvidar da constitucionalidade do regramento na esfera nacional.

4. Com efeito, não há supor que os órgãos do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas façam parte das secretarias destes Tribunais, isto é, da estrutura orgânica que os integra, como serviço auxiliar.

Deveras, o reservado aos Tribunais pelo art. 115, II, da Carta Constitucional, é a disponibilidade plena e exclusiva sobre seus corpos internos de apoio administrativo. Evidentemente, este não é o caso dos que atuam como órgão do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, pois fazem parte da estrutura do Poder Executivo. Não há confundir órgãos internos do Tribunal com órgãos do Ministério Público junto a ele.

5. Por certo, as Cortes de Contas podem ter, como instrumento de auxílio à fiscalização do orçamento e da despesa, seus próprios assessores jurídicos, seu corpo procuratório interno. E sobre isto só o Tribunal poderá dispor. Tal questão, entretanto, é absolutamente alheia ao regramento estabelecido no ora impugnado art. 159, § 2º, da Constituição de Sergipe. Nele não se previu competência para o governador do estado prover cargos pertencentes a órgãos internos do Tribunal de Contas.

Assim, no que atina aos aspectos relacionados com a independência e liberdade da

Corte de Contas, nada colhe, *data venia*, a argüição de inconstitucionalidade.

6. O dispositivo questionado também não pode ser havido como afrontoso ao princípio constitucional da acessibilidade, por concurso, aos cargos públicos — princípio este que serviu de fulcro ao suscitante.

Deveras, o art. 97 da Carta Máxima do país dispôs no § 1º:

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

Por conseguinte, o cânone relativo ao concurso público abriga a possibilidade de exceções estabelecidas por lei ordinária e, *a fortiori*, pelas Constituições estaduais, vez que estas são regramentos de hierarquia maior.

7. Este ponto é absolutamente pacífico no direito brasileiro. Já foi objeto de reiteradas manifestações do colendo Supremo Tribunal Federal, inclusive em várias representações por inconstitucionalidade.

O excelso pretório examinou a matéria exaustivamente e por diferentes ângulos. Rejeitou sempre as argüições, quando reportadas à dispensa de concurso para cargos específicos e, no caso de haverem sido propostas sob a vigência da Carta de 1967, mas julgadas no império da Emenda nº 1, de 1969, reputou-as prejudicadas, em face da superveniência da precitada exceção aberta na parte final do art. 97, § 1º.

8. Assim, na Representação nº 758-MG, o então Procurador-Geral da República, o eminente Ministro Decio Miranda, opinou pela improcedência da argüição de inconstitucionalidade oposta contra o art. 85 da Constituição mineira. De acordo com este dispositivo, os auditores do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo governador do estado, sem concurso. Em acórdão de 19 de novembro de 1969, do qual foi relator o preclaro Ministro Luiz Gallotti, julgou-se prejudicada a representação no que respeita ao ponto focalizado. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que ditos auditores não faziam parte da secretaria do Tribunal, donde a possibilidade de serem nomeados pelo Governador e sem concurso, ante o permissivo do § 1º do art. 97 da Emenda nº 1, de 1969, superveniente a argüição (*RTJ*, v. 54, p. 642 e segs.).

9. Também na Representação nº 808-PR, em que se inquinou de inconstitucionalidade o § 2º do art. 64 da Constituição paranaense — por permitir nomeação de funcionário estável para outro cargo, sem novo concurso, nos casos em que a lei estabelecesse — a colenda Corte julgou prejudicada a argüição. Fundou-se, igualmente, em que a sobrevinda do art. 97, § 1º, da Emenda nº 1, havia elidido a inconstitucionalidade que fora suscitada sob a égide da Carta de 1967 (*RTJ*, v. 55, p. 532 e segs.).

10. O mesmo tema nuclear voltou à baila na Representação nº 839-AL. Argüiu-se a inconstitucionalidade do art. 81 da Constituição estadual, permissiva de concurso apenas de títulos, na forma que a lei estabelecer, para os cargos legalmente definidos como de natureza técnica ou científica. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime de 15.8.73, relatado pelo douto Ministro Djaci Falcão, repeliu a argüição, dando por improcedente a representação. Nesta oportunidade o eminente relator averbou:

'Da leitura do § 1º do art. 97, antes citado, verificamos que para a primeira investidura em cargo público se impõe concurso público de provas, ou de provas e títulos. Acontece, porém, que na sua parte final ficou estabelecido: 'salvo os casos indicados em lei.' É de convir que se o pressuposto do concurso pode até ser dispensado em casos indicados pela lei ordinária, com maior razão não há que falar em inconstitucionalidade de preceito contido na Constituição estadual, estabelecendo o provimento de cargo isolado, definido por lei como de natureza técnica ou científica, mediante concurso apenas de título' (*RTJ*, v. 60, p. 12 e segs.).

11. Outrossim, foi reputado improcedente por este colendo Tribunal, em acórdão

unânime de 5.3.75, relatado pelo saudoso mestre Aliomar Baleeiro, a Representação nº 916-CE, na qual se argüia vício do art. 31 da Constituição do estado, que criara, perante o Conselho de Contas, uma Procuradoria, integrada por dois cargos de procurador, providos sem concurso pelo governador do estado. O próprio parecer da Procuradoria-Geral da República, então sob a responsabilidade do eminente Ministro Moreira Alves, opinava por sua improcedência (*RTJ*, v. 73, p. 700 e segs.).

12. Como se vê, a matéria objeto da presente representação choca-se com remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nos sucessivos exames da matéria foram colacionados copiosos argumentos para o cabal desate do tema.

13. Ao tempo da Carta de 1967, o art. 95, § 1º, embargava genericamente nomeações sem concurso público de provas, ou de provas e títulos, abrindo-se exceção, no § 2º, para os cargos de provimento em comissão.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, mantiveram-se a regra geral do concurso público e o dispositivo liberador concernente aos cargos em comissão, porém abriu-se, no § 1º, outra possibilidade de nomeação sem concurso. Vale dizer, passaram a existir dois versículos autorizadores de nomeação para cargo público passível de realizar-se sem concurso público: o § 1º e o § 2º do art. 97. E que ambos se reportam a hipóteses distintas é fora de dúvida.

Com efeito, a não serem hipóteses distintas, faleceria razão ou para a persistência da regra liberadora atinente aos cargos em comissão ou para a parte final do preceituado no § 1º do art. 97. Isto é, justificar-se-ia a existência de uma ou de outra das previsões, nunca, porém, a de ambas — salvo se atinentes a situações diversas.

Por outro lado, o teor da parte final do § 1º constrange, inelutavelmente, a entender que se reportou a caso distinto dos cargos em comissão. É que sua redação não menciona: 'salvo os casos indicados na Constituição', como seria devido se a remissão fora a uma exceção já prevista na própria Constituição.

14. Em suma: se a regra do § 1º estivesse remetida aos cargos em comissão, haveria de reportar-se explicitamente ao § 2º. Ou, então, haveria de referir: 'salvo os casos indicados na Constituição', uma vez que a exceção relativa aos cargos em comissão está contemplada na própria Carta Magna e, ademais, em parágrafo imediatamente sucessivo. É, pois, uma exceção de teor constitucional e não uma exceção legal autorizada na Constituição. Donde, a dicção 'salvo os casos indicados em lei' evidencia que não está sendo feita referência a uma hipótese já desenhada na própria Lei Maior do país, porém a hipóteses novas, a serem delineadas por legislador distinto do Constituinte Nacional.

15. Se o legislador ordinário está habilitado, pela Emenda nº 1, de 1969, à construção destas hipóteses, com maior razão o está o Constituinte estadual. O que é permitido à lei, *a fortiori* é permitido à Constituição, ante sua hierarquia mais elevada.

Por tudo isto, ficou assentado na Suprema Corte que as Constituições estaduais podem estabelecer hipóteses de dispensa de concurso para o provimento de cargos efetivos, nos casos especificados.

16. Do exposto não se segue ablação ou ineficácia do princípio geral da acessibilidade dos cargos públicos por concurso público. Este continua sendo o preceito básico regedor da matéria. Daí porque não seria tolerável disposição genérica que o elidisse ou mesmo regramento que o afastasse sem qualificar a tipologia própria ou a categorização específica ou a nominação exata dos cargos suscetíveis de provimento sem concurso.

Ocorre que a norma ora examinada, § 2º do art. 159 da Constituição de Sergipe, foi absolutamente estrita. Sequer deferiu ao legislador ordinário a faculdade maior de caracterizar os cargos dispensados de concurso. Nominou-os expressamente, identificou-os e circunscreveu-lhes o número, pois está reportada especificamente a cinco cargos de

procuradores da Fazenda Estadual, que funcionarão como órgão do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Não há, portanto, *venia concessa*, qualquer infringência à Constituição Federal.

17. Igualmente, não procede o argumento, levantado pelo suscitante, de que o dispositivo em causa contraria o art. 91 da própria Constituição de Sergipe, segundo a qual 'os membros do Ministério ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos, e após dois anos de exercício não poderão ser demitidos, senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo, em que se lhes faculte ampla defesa, a não ser mediante representação do Procurador-Geral da Justiça, com fundamento em conveniência do serviço'.

Desde logo, não cabe opor um dispositivo da Constituição estadual a uma Emenda Constitucional estadual para considerar que a segunda é inconstitucional por contrariar disposição anterior. Tudo que se incorpora a uma Constituição estadual, evidentemente, é constitucional. Só não o será se ofender regra da Constituição Nacional.

18. Mas, além disso, o § 2º do art. 159, com a redação que lhe deu a Emenda nº 14, não está em contradição com o prefalado art. 61 da Carta estadual. Com efeito, este se refere ao concurso para os 'cargos iniciais de carreira' do Ministério Público. E os cargos de procuradores da Fazenda Pública Estadual, que atuam como órgão do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, não são cargos iniciais da carreira do Ministério Público, nem tem porque sê-lo e nem convém que o sejam. São cargos específicos, como se depreende da simples leitura do art. 159, § 2º.

19. Aliás, também na União, *ex vi* do art. 95, § 1º, da Carta Federal, há dispositivo idêntico ao art. 61 da Constituição de Sergipe, pois esta simplesmente o reproduziu. Nem por isso, em alguma época, imaginou-se questionar a constitucionalidade do precitado art. 19 do Decreto-lei federal nº 199, de 25.2.67, segundo o qual o procurador e os adjuntos de procurador da República, que funcionam junto ao Tribunal de Contas da União, são nomeados, sem concurso, pelo Presidente da República.

O modelo da Constituição de Sergipe, neste passo, é idêntico ao modelo da União.

Não há, então, qualquer descompasso entre o art. 159, § 2º, da Constituição estadual e a Constituição Federal.

Estas, eminente Ministro, as informações que cabia apresentar em face da representação argüida contra o art. 159, § 2º, da Constituição Federal, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981.

Devo esclarecer, finalmente, que estas informações foram elaboradas pelo Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, representando, assim, o resultado do estudo da matéria, ao qual procedeu."

As informações da Assembléia Legislativa do mesmo estado são estas (fls. 39-45):

"Exmo. Sr. Ministro José Carlos Moreira Alves,

Respondendo ao ofício nº 528/R, de V. Exa., esta Presidência vem prestar-lhe no prazo regimental, as informações solicitadas, de referência a *representação* que argúi a inconstitucionalidade do atual § 2º do art. 159 da Constituição do Estado de Sergipe, com a redação advinda da Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981.

Transcrevendo o texto do § 2º impugnado, tenta o suscitante estabelecer conflito do dispositivo citado com o Texto Constitucional do país, por ver na expressão 'nomeados por livre escolha do governador do estado', a faculdade da nomeação sem concurso para cargos que, por sua própria natureza, são efetivos, asseverando que o cargo de procurador da Fazenda, sendo de provimento em caráter efetivo, requer a mais completa independência e liberdade, quais a do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

A Mesa desta Assembléia, ao receber o Projeto de Emenda Constitucional nº 1/81, oriundo do Senhor Governador do estado, o fez arrimada no dispositivo regimental (art.

17, I-a, da Resolução nº 1/75 — Regimento Interno da Assembléia Legislativa de Sergipe), após inteirar-se dos argumentos expendidos na mensagem e cônscia da não existência de qualquer eiva de inconstitucionalidade, não só porque no explicar da própria mensagem (xerox anexo), a redação inserida no § 2º do art. 159 da Constituição estadual estava 'em perfeita igualdade com as disposições constantes no texto do § 2º, do artigo sob apreciação, indicado como 160, na Emenda nº 13/80, que se refere ao funcionamento, nomeação e condições de escolha dos órgãos e seus titulares junto ao Tribunal de Contas do Estado', ainda mais pela certeza da equivalência do artigo ora impugnado com a Organização Federal, vez que nela os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, são também livremente nomeados pelo Presidente da República, obedecendo à prescrição do art. 19 do Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), regra aceita na esfera federal, sem até hoje existir qualquer dúvida quanto à sua constitucionalidade.

O Projeto de Emenda Constitucional foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e esta ratificou o procedimento da Mesa Diretora, aprovando o parecer do relator, Dep. Cleonâncio Fonseca, pela sua constitucionalidade.

Em plenário foi submetida a proposta a discussão e votação, sendo aprovada em ambos os Turnos, tendo a Mesa finalmente promulgado a Emenda Constitucional que tomou o nº 14/81 (xerox anexo).

Promulgando a Emenda Constitucional nº 14/81, a Mesa desta Assembléia seguiu o mesmo procedimento adotado para com o Projeto de Emenda Constitucional nº 4/80, transformado na Emenda Constitucional nº 13/80, com a qual, convém repetir, guarda aquela, perfeita identidade nas disposições constantes do texto indicado como art. 160, na Emenda nº 13/80 citada, como de igual maneira agiu em relação ao projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 7, de 12.12.77, as quais à época foram aceitas como legais, sem ferir ou entrar em conflito quer com 'o modelo federal' ou 'com o espírito da Lei Magna do próprio estado', e o próprio suscitante da representação, Deputado Leopoldo de Araujo Souza Neto (Leopoldo Souza), foi um dos signatários da Emenda Constitucional nº 13/80, concordando assim plenamente com a sua insofismável constitucionalidade a qual também agasalha a Emenda Constitucional nº 14/81, ora questionada (xerox anexo).

Esta presidência, como de resto os demais componentes deste Poder, têm convicção de que o suscitante, legislador e cultor do direito, sabe à saciedade que a norma jurídica estadual por ele noticiada não conflita com princípios decorrentes de Constituição da República.

O dispositivo questionado não afronta o princípio constitucional da acessibilidade, por concurso, aos cargos públicos.

Dispondo o § 1º do art. 97 da Constituição da República que 'a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em Lei', deixa antever na própria regra relacionada com o concurso público protegida a possibilidade de exceções, ditadas por lei ordinária e, por conseqüência, pelas Constituições estaduais, seguidores que são dos preceitos de hierarquia maior.

Quanto a exceções à regra, o eminente mestre Pontes de Miranda nos seus *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969* (Tomo III — p. 409), tecendo considerações em torno dos arts. 94 e 96, deixou claro o tratamento diverso dado ao Tribunal de Contas, ao sentenciar:

'À lei federal incumbe organizar o Ministério Público federal, o da Justiça comum (abstraído de ser local o juiz), militar, inclusive estadual (se a lei federal entender conveniente), eleitoral e do trabalho. Não se falou do Tribunal de Contas, por ter trato à parte do Poder Judiciário. E a lei, constitucional ou ordinária estadual, que organiza a Justiça estadual e o Ministério Público estadual. A lei federal organiza a Jus-

tiça do Distrito Federal e organiza ou deixa à legislação local organizar o Ministério Público, quanto aos que, se se tratasse de Ministério Público estadual, teriam de ser regidos pela lei estadual. Os cargos do Ministério Público municipal do Distrito Federal, salvo alguma regra jurídica inserta na lei orgânica, são providos pelo governador. Pelos governadores, quanto aos territórios.'

Equivoca-se o suscitante quando afirma que o colendo Tribunal Federal tem fulminado, com a decretação de inconstitucionalidade dispositivos semelhantes, uma vez que, após proceder a estudo da matéria, o renomado Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, prova o contrário mostrando ser ponto pacífico no direito brasileiro o cânone relativo ao concurso público abrigar a possibilidade de exceções estabelecidas por lei ordinária, mostrando com a citação de inúmeros casos concretos a rejeição sempre pelo excelso pretório, de argüições de inconstitucionalidade, quando reportadas à dispensa de concursos para cargos específicos, e, indo além, reputando-as prejudicadas no caso de haverem sido propostas sob a vigência da Carta de 1967, mas julgadas no império da Emenda nº 1, de 1969, em face da superveniência da precitada exceção aberta na parte final do art. 97, § 1º.

Entre os inúmeros julgados apontamos a Representação nº 758-MG, na qual o eminente Ministro Decio Miranda, então Procurador-Geral da República, opinou pela improcedência da argüição de inconstitucionalidade oposta contra o art. 85 da Constituição mineira. De acordo com este dispositivo, os auditores do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo governador do estado, sem concurso. Em acórdão de 19 de novembro de 1969, do qual foi relator o preclaro Ministro Luiz Gallotti, julgou-se prejudicada a representação no que respeita ao ponto focalizado. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que ditos auditores não fariam parte da Secretaria do Tribunal, donde a possibilidade de serem nomeados pelo governador, e sem concurso, ante o permissivo do § 1º do art. 97, da Emenda nº 1, de 1969 superveniente a argüição (*RTJ*, v. 54, p. 642 e segs.).

Esse colendo tribunal reputou improcedente, a Representação nº 916-CE, na qual se argüia vício do art. 31 da Constituição do estado, que criara, perante o Conselho de Contas, uma Procuradoria, integrada por dois cargos de procurador, providos sem concurso pelo Governador do estado. O Prof. Bandeira de Mello põe em evidência o julgado, que foi relatado pelo saudoso mestre Aliomar Baleeiro, teve acórdão unânime de 5.3.75, e no qual o próprio parecer da Procuradoria-Geral da República, então sob a responsabilidade do eminente Ministro Moreira Alves, opinava por sua improcedência (*RTJ*, v. 73, p. 700 e segs.).

Nas suas conclusões o mestre diz já ter ficado assentado na Suprema Corte que as Constituições estaduais podem estabelecer hipóteses de dispensa de concurso para provimento de cargos efetivos, nos casos especificados.

Procurando provar não haver *venia concessa*, qualquer infringência à Constituição Federal, diz ocorrer que a norma examinada, § 2º do art. 159 da Constituição de Sergipe, foi absolutamente estrita. Sequer deferiu ao legislador ordinário a faculdade maior de caracterizar os cargos dispensados de concurso. Nominou-os e circunscreveu-lhes o número, pois está reportada especificamente a cinco cargos de procuradores da Fazenda estadual, que funcionarão como órgão do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

A Assembléia Legislativa de Sergipe, votando e promulgando as Emendas Constitucionais n.os 7/77, 13/80 e 14/81, teve a convicção também de não contrariar o art. 91 da própria Constituição do Estado de Sergipe, porque não ofendendo a regra da Constituição Nacional; como não ofendeu, não cabe opor um dispositivo da Constituição estadual a uma Emenda Constitucional estadual, para considerar que a segunda é inconstitucional por contrariar disposição anterior.

Acolhemos a lição do Prof. Bandeira de Mello, de que tudo que se incorpora a uma Constituição estadual, evidentemente, é constitucional.

Cremos ter apresentado ao eminente ministro as informações deste Poder Legislativo, confiantes da inexistência de qualquer desencontro entre o art. 159, § 2º, da Constituição estadual de Sergipe e a Constituição Federal e aguardando serenamente o julgamento da representação argüida.

Nesta oportunidade renovamos a Vossa Excelência os protestos de alta consideração e do nosso mais distinguido apreço."

A fls. 58-61, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Moacir Antonio Machado da Silva:

"Por solicitação do Deputado Estadual Leopoldo de Araujo Souza Neto, a presente representação argúi a inconstitucionalidade do § 2º do art. 159 da Constituição do Estado de Sergipe, na redação da Emenda Constitucional nº 14, de 15.5.81, que prevê a nomeação de cinco procuradores da Fazenda Pública para funcionarem como órgãos do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por livre escolha do governador do estado.

É este o teor da disposição citada:

'§ 2º Funcionarão como órgão do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, cinco procuradores da Fazenda Pública Estadual, nomeados por livre escolha do governador do estado, dentre brasileiros com título de bacharel em ciências jurídicas e sociais, possuidores de reconhecida idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos.'

2. Instados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator, prestaram informações o governador e o presidente da Assembléia Legislativa do estado, sustentando a constitucionalidade da regra, com base nas seguintes considerações:

a) o art. 97, § 1º, da Constituição Federal, ressalva da obrigatoriedade de concurso público 'os casos indicados em lei' e, *a fortiori*, os previstos nas Constituições estaduais;

b) o Supremo Tribunal Federal rejeitou sempre as argüições de inconstitucionalidade, quando reportadas à dispensa de concursos para cargos específicos (Rp. nº 758; *RTJ*, 54/642; Rp. nº 808, *RTJ*, 55/532; Rp. nº 839, *RTJ*, 60/12; e Rp. nº 916, *RTJ*, 73/700).

3. Alega o requerente que o Supremo Tribunal Federal tem declarado a inconstitucionalidade de dispositivos semelhantes que, procurando abrigo na exceção constitucional, rotulam de temporário e de confiança cargos que, por sua destinação e natureza, somente podem ser providos de forma efetiva.

4. Não resta dúvida de que o art. 97, § 1º, da Constituição Federal deixa entrever a possibilidade de um primeiro provimento de cargo sem concurso público, desde que a lei assim o admita, *in verbis*:

'Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas, ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.'

5. Entretanto, como foi acentuado no julgamento das Representações n.os 888 (*RTJ*, 67/324), 1.036 (*DJ* de 29.8.80) e 1.083 (*DJ* de 17.9.81), a cláusula final do art. 97, § 1º, da Constituição Federal, não justifica essa forma anômala de provimento, que somente pode ser admitida para aqueles cargos, declarados em lei, cuja natureza especial recomenda a dispensa de concurso.

6. Essa ressalva final tem âmbito material restrito, por exclusão, em face do próprio alcance do princípio contemplado na primeira parte do dispositivo. Se essa prerrogativa não estivesse limitada, chegar-se-ia ao extremo de admitir que o legislador ordinário federal, estadual ou municipal poderia neutralizar toda a eficácia do princípio jurídico constitucional, que impõe a aprovação prévia em concurso público para a primeira investidura em cargo público.

7. No julgamento da Representação nº 1.052 (*DJ* de 11.2.82), o egrégio plenário

do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 1, de 18.10.79, do estado de Mato Grosso do Sul, que previa o provimento de cargos de procuradores junto ao Tribunal de Contas, independentemente de concurso público.

8. Como acentuou esta Procuradoria-Geral em Parecer na aludida representação, inexiste razão ontológico-jurídica que justifique a dispensa de concurso para provimento de cargos de procurador junto aos Tribunais de Contas. Se esses cargos não têm natureza especial, somente podem ser providos mediante concurso público, nos moldes constitucionais, porque estão submetidos à regra geral do art. 97, § 1º, primeira parte, da Constituição Federal. Para a validade da dispensa, não é bastante a existência de lei, segundo um ângulo estritamente formal, devendo concorrer o aspecto substancial pertinente à própria natureza especial do cargo, a recomendar o provimento excepcional independente de concurso público.

9. O § 2º do art. 159 da Constituição do Estado de Sergipe é ainda inconstitucional em face do que dispõe o art. 57, V, combinado com o art. 13, III, da Constituição Federal, pois é da competência exclusiva do Chefe do Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre provimento de cargos públicos.

10. Não importa que a matéria venha tratada na Constituição do estado. O princípio da iniciativa reservada implica em limitação ao poder do estado-membro de criar, como ao de revisar sua Constituição, como tem decidido o colendo Supremo Tribunal Federal (Rp. nº 893, *RTJ*, 69/638; Rp. nº 855, *RTJ*, 57/384; Rp. nº 939, *RTJ*, 88/13; Rp. nº 982, *DJ* de 31.8.79; Rp. nº 940, *RTJ*, 92/1.000 etc.).

11. Trata-se, com efeito, de limitação ligada à própria organização do estado-membro. Ao conferir aos estados a capacidade de auto-organização e a de autogoverno, a Constituição Federal já impõe a obrigatória observância de vários princípios entre os quais o pertinente ao processo legislativo (art. 13 e seu inciso III), de modo que o legislador constituinte estadual não pode validamente dispor sobre as matérias referidas no art. 57 da Lei Fundamental.

12. Em face do exposto, o Parecer é pela procedência da representação."

É o relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia aos Senhores Ministros.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves: 1. Trata-se, no caso, de criação de cargos públicos, com o conseqüente aumento de despesas, e de modo de seu provimento, instituídos por emenda constitucional.

Ora, em se tratando das hipóteses previstas no art. 57 (aplicável aos estados por força do disposto no inciso III do art. 13) da Constituição Federal — e as presentes estão previstas nos incisos II e V do primeiro desses dispositivos — não podem elas ser disciplinadas por texto constitucional estadual, reservadas que estão à competência de lei ordinária, de iniciativa exclusiva do governador. Admitir-se que emenda constitucional, ainda que proposta pelo chefe do Poder Executivo, regule tais matérias implicaria cerceamento a posterior iniciativa deste ou dos governadores que o sucedessem, os quais, em virtude da existência do texto hierarquicamente superior, não poderiam exercitar, livremente, seu poder de iniciativa de lei ordinária para alterar essa disciplina em face da conveniência atual da Administração Pública, que é, aliás, a razão de ser da outorga, ao governador, desse poder.

Portanto, o dispositivo constitucional ora impugnado ofende o art. 57, II e V, combinado com o art. 13, III, ambos da Constituição Federal.

2. Ademais, e em face da jurisprudência mais recente desta Corte, viola ele, também, o art. 97, § 1º, combinado com o art. 13, V, da mesma Constituição, porquanto dispensa de concurso a primeira investidura em cargos públicos efetivos e per-

manentes, sem que tenham natureza especial que justifique a dispensa dessa exigência.

Como acentua o Parecer da Procuradoria-Geral da República,

"Não resta dúvida de que o art. 97, § 1º, da Constituição Federal deixa entrever a possibilidade de um primeiro provimento de cargo sem concurso público, desde que a lei assim o admita, *in verbis*:

'Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas, ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.'

Entretanto, como foi acentuado no julgamento das Representações n.os 888 (*RTJ*, 67/324), 1.036 (*DJ* de 29.8.80) e 1.083 (*DJ* de 17.9.81), a cláusula final do art. 97, § 1º, da Constituição Federal, não justifica essa forma anômala de provimento, que somente pode ser admitida para aqueles cargos, declarados em lei, cuja natureza especial recomenda a dispensa de concurso.

Essa ressalva final tem âmbito material restrito, por exclusão, em face do próprio alcance do princípio contemplado na primeira parte do dispositivo. Se essa prerrogativa não estivesse limitada, chegar-se-ia ao extremo de admitir que o legislador ordinário federal, estadual ou municipal poderia neutralizar toda a eficácia do princípio jurídico constitucional, que impõe a aprovação prévia em concurso público para a primeira investidura em cargo público.

No julgamento da Representação nº 1.052 (*DJ* de 11.2.82), o egrégio plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 1, de 18.10.79, do estado de Mato Grosso do Sul, que previa o provimento de cargos de procurador junto ao Tribunal de Contas, independentemente de concurso público.

Como acentuou esta Procuradoria-Geral em Parecer na aludida representação, inexiste razão ontológico-jurídica que justifique a dispensa de concurso para provimento de cargos de Procurador junto aos Tribunais de Contas. Se esses cargos não têm natureza especial, somente podem ser providos mediante concurso público, nos moldes constitucionais, porque estão submetidos à regra geral do art. 97, § 1º, primeira parte, da Constituição Federal. Para a validade da dispensa, não é bastante a existência de lei, segundo um ângulo estritamente formal, devendo concorrer o aspecto substancial pertinente à própria natureza especial do cargo, a recomendar o provimento excepcional independente de concurso público" (fls. 59-60).

3. Em face do exposto, julgo procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 159 da Constituição do Estado de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Sr. Presidente, acompanho, integralmente, o Sr. Ministro Moreira Alves, até porque a matéria já foi objeto de decisão plenária deste Tribunal, ao ensejo da aludida Representação nº 2.052, julgada na sessão de 3 de fevereiro do ano próximo passado.

Julgo também procedente a representação.

EXTRATO DA ATA

Rp nº 1.107-1-SE — Rel.: Ministro Moreira Alves. Repte.: Procurador-Geral da República. Rpdos.: Assembléia Legislativa e Governador do Estado de Sergipe.

Decisão: pediu vista o Ministro Oscar Corrêa, depois dos votos dos Ministros Relator e Aldir Passarinho, julgando procedente a Representação para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 159, da Constituição do Estado de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981. Falou pelos Repdos. o Dr. Celso Antonio Bandeira de Mello. (Plenário, 23.3.83.)

Presidência do Sr. Ministro Cordeiro Guerra. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa e Aldir Passarinho.

Procurador-Geral da República, Professor Inocêncio Mártires Coelho.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Oscar Corrêa: 1. Pedi vista ante a própria afirmação do eminente relator, no encaminhamento oral que fez, de que a jurisprudência da Corte, anteriormente, se orientava em sentido contrário à representação, e recentemente se modificara.

Em breve exame a que me entregara, pareceu-me que a linha do pensamento do Tribunal era contrária à representação e favorável à constitucionalidade do texto impugnado e nesse sentido me inclinava. Daí a necessidade de reexaminar os elementos com mais vagar e segurança.

2. Desde logo, permita-me a Corte breve digressão. Sempre me pareceu que nos cabe lutar, quanto nos permitam nossas atribuições, no sentido de resguardar e, se possível, repor e renovar a tradição federalista que, entre nós, nos últimos anos, sofreu grave e profunda debilitação.

Se a Federação é um dos dois princípios fundamentais — imutáveis em nossas Constituições Republicanas — cumpre tê-la como diretriz principal a ser sempre obedecida, permanentemente presente nas deliberações tomadas.

Quando, pois, o Tribunal — como os demais poderes — verifica que determinada interpretação desserve a este princípio, deve optar por outra que lhe sirva, em obediência à linha de força que a indica como fundamento da organização nacional.

3. Em oportunidades anteriores, tivemos ocasião de o salientar. Parece-nos, contudo, que este é o momento mais próprio de reafirmá-lo, precisamente porque a questão que se põe ao nosso exame e solução envolve o predomínio ou o abandono dessa orientação.

Tem-se afirmado que, infelizmente, as administrações estaduais nem sempre se pautam pela firmeza e segurança em questões como a que se analisa; e impõe-se à Corte trazê-las ao caminho exato, ainda quando restringindo-lhes o âmbito de atuação, em detrimento do princípio federativo. Mesmo porque, aduz-se, afinal, em última análise, acabarão elas por recorrer ao Governo Federal, que arcará com os ônus dos abusos, acaso cometidos, e permitidos nas interpretações mais amplas do Judiciário.

4. Aqui o equívoco, *data venia*, dos que o assinalam: o intervencionismo indiscriminado e anárquico a que nos levou a tendência centralizadora e unitarista — largamente prevalente — nesta nova fase dita republicana — sobretudo depois de 1964, e, mais ainda, após a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 — é que aguçou esse sentimento nos estados: sujeitos à intervenção ilimitada da União, acostumaram-se a debitar-lhe os ônus do mau desempenho das administrações estaduais. Se em tudo interfere o Poder Central, é razoável que arque com os ônus mais sérios dessas intervenções, tanto mais quanto se reserva à União a parte do leão na arrecadação tributária no país.

E o próprio Poder Central o faz, não apenas com finalidades econômico-financeiras — de planejamento geral — quase diríamos, da planificação global da economia nacional, o que a Carta de 67 institucionalizou e a EC 1/69 agravou — como com a finalidade política de exercer pressão sobre as administrações estaduais, procurando jungi-las aos próprios interesses eleitorais do Poder Central.

5. Estabelece-se, assim, o círculo vicioso do clientelismo econômico e político: os governos estaduais recorrem à União porque esta lhes exige atuação na linha que lhe interessa, e deve, assim, arcar com os ônus da prática; e a União, cada vez mais, exige

deles submissão; e eles, cada vez mais, exigem da União benesses e favores.

Para reviver a Federação impõe-se, portanto, dar responsabilidade aos estados — dentro da linha de interpretação constitucional que a preserve, e deles exigir que saibam exercer a missão do governo dentro delas.

Nem é esta Corte juiz dessas conveniências. Atenta ao princípio fundamental, cumpre-lhe preservá-lo, como idéia-força a que deve obediência. E o mais que se desenvolva com respeito à norma maior.

6. Esta hipótese em apreciação é oportunidade de comprová-lo: inquina-se de inconstitucional o preenchimento, pelo governador do estado de Sergipe, de cinco cargos de procurador da Fazenda Pública Estadual, de livre escolha, dentre brasileiros com título de bacharel em ciências jurídicas e sociais, possuidores de reconhecida idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos.

O eminente relator salientou, em seu douto voto; acompanhado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho:

"1. Trata-se, no caso, de criação de cargos públicos, com o conseqüente aumento de despesa, e de modo de seu provimento, instituídos por emenda constitucional.

Ora, esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que, em se tratando das hipóteses previstas no art. 57 (aplicável aos estados por força do disposto no inciso III do art. 13) da Constituição Federal — e as presentes estão previstas nos incisos II e V do primeiro desses dispositivos — não podem elas ser disciplinadas por texto constitucional estadual, reservadas que estão à competência de lei ordinária, de iniciativa exclusiva do governador. Admitir-se que emenda constitucional, ainda que proposta pelo chefe do Poder Executivo, regule tais matérias, implicaria cerceamento a posterior iniciativa deste ou dos governadores que o sucedessem, que, em virtude da existência do texto hierarquicamente superior, não poderiam exercitar, livremente, seu poder de iniciativa de lei ordinária para alterar essa disciplina em face da conveniência atual da Administração Pública, que é, aliás, a razão de ser de outorga, ao governador, desse poder.

Portanto, o dispositivo constitucional ora impugnado ofende o art. 57, II e V, combinado com o art. 13, III, ambos da Constituição Federal.

2. Ademais, e em face da jurisprudência mais recente desta Corte, viola ele, também, o art. 97, § 1º, combinado com o art. 13, V, da mesma Constituição, porquanto dispensa de concurso a primeira investidura em cargos públicos efetivos e permanentes, sem que tenham natureza especial que justifique a dispensa dessa exigência."

7. Dois são, portanto, os fundamentos da decretação da inconstitucionalidade: 1º) a vulneração do art. 57, II e V, combinado com o art. 13, III, da Constituição Federal; 2º) a violação do art. 97, § 1º, c/c art. 13, V, da mesma Constituição.

Examinemos ambas as invocações.

A primeira — art. 57, II e V — c/c o art. 13, III, da Constituição Federal — diz respeito ao processo legislativo federal, imposto às Unidades federadas, com o que o governador tem a competência exclusiva para as iniciativas que, no âmbito federal são do Presidente da República e, na hipótese — das leis que:

"II — criam cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública;"

"V — disponham sobre servidores públicos (...), seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade."

O argumento, *in casu*, diz respeito não apenas à iniciativa do governador, como ao fato de se ter realizado a modificação por Emenda Constitucional.

Na hipótese, a Emenda Constitucional foi de iniciativa do governador, o que eliminaria a impugnação da ausência de iniciativa. Mas o argumento extrapola esta circunstância essencial para ir mais longe, inadmitindo que possa Emenda Constitucional regular tais matérias, pois "implicaria em cerceamen-

to a posterior iniciativa deste ou dos governadores que o sucedessem, que, em virtude da existência do texto hierarquicamente superior, não poderiam exercitar livremente seu poder de iniciativa de lei ordinária para alterar essa disciplina em face da conveniência atual da Administração Pública, que é, aliás, a razão de ser da outorga, ao governador, desse poder. Seria, como se disse, *poder indisponível.*

8. Ora, o argumento prova demais: a prevalecer, ter-se-ia de retirar do processo legislativo a competência do governador (ou do Presidente da República) para qualquer Emenda Constitucional, sobre qualquer matéria, visto como se estaria incorrendo no vício que se imputa à emenda em apreciação.

Mas, na hipótese, não colhe o argumento; porque como se trata de prerrogativa que se concede ao chefe do Poder Executivo Estadual de livremente escolher os 5 procuradores — obedecidos os requisitos do § 2º do art. 159 — pode ele, em qualquer ocasião, abrir mão da livre escolha e submetê-los ao processo que julgar mais conveniente, sem ofender qualquer direito juridicamente reclamável, apenas não se prevalecendo de prerrogativa que a emenda lhe confere.

Demais disso, se se pretendem guardar os parâmetros federais e se confere, no texto federal, essa competência ao Presidente da República, com propriedade se deve outorgar ao governador do estado.

9. A segunda invocação é a do art. 97, § 1º c/c art. 13, V, aplicando-se aos servidores estaduais as normas relativas aos funcionários públicos, e dependente, desta forma, a primeira investidura em cargo público, de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

Em face da ressalva — "salvo os casos indicados em lei" —, salienta o douto voto, com base no parecer da Procuradoria-Geral da República que (fls. 23-25):

"... como foi acentuado no julgamento das Representações n.os 888 (*RTJ* 67/324), 1.036 (*DJ* de 29.8.80) e 1.083 (*DJ* de 17.9.81), a cláusula final do art. 57, § 1º, da Constituição Federal, não justifica essa forma anômala de provimento, que somente pode ser admitida para aqueles cargos, declarados em lei, cuja natureza especial recomenda a dispensa de concurso.

Essa ressalva final tem âmbito material restrito, por exclusão, em face do próprio alcance do princípio contemplado na primeira parte do dispositivo. Se essa prerrogativa não estivesse limitada, chegar-se-ia ao extremo de admitir que o legislador ordinário federal, estadual ou municipal poderia neutralizar toda a eficácia do princípio jurídico constitucional, que impõe a aprovação prévia em concurso público para a primeira investidura em cargo público.

No julgamento da Representação nº 1.052 (*DJ* de 11.2.82), o egrégio plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 1, de 18.10.79, do estado de Mato Grosso do Sul, que previa o provimento de cargos de procurador junto ao Tribunal de Contas, independentemente de concurso público.

Como acentuou esta Procuradoria-Geral em parecer na aludida representação, inexiste razão ontológico-jurídica que justifique a dispensa de concurso para provimento de cargos de procurador junto aos Tribunais de Contas. Se esses cargos não têm natureza especial, somente podem ser providos mediante concurso público nos moldes constitucionais, porque estão submetidos à regra geral do art. 97, § 1º, primeira parte, da Constituição Federal. Para a validade da dispensa, não é bastante a existência de lei, segundo um ângulo estritamente formal, devendo concorrer o aspecto substancial pertinente à própria natureza especial do cargo, a recomendar o provimento excepcional independente de concurso público" (fls. 59 e 60).

10. Ora, desde logo, uma questão fundamental aflora, antes mesmo de se analisar a jurisprudência da Corte: a ressalva — "salvo os casos indicados em lei" — merece exame.

Indicados em que *lei?* Lei *Federal?* Óbvio que não, a menos que se pretenda derrogar, de vez, o princípio federativo, tão rigidamente firmado no § 1º do art. 47 da Constituição Federal, submetendo os estados à subordinação a texto de lei federal, que indicasse quais os cargos que poderiam ser por eles preenchidos, independentemente da exigência do artigo 97, § 1º. E, demais disso, inviável, quando não pode Lei Federal prever todas as hipóteses em que, em determinadas Unidades, devam ou não tais cargos submeter-se a este ou aquele regime.

Nem a indicação vaga — *em lei* — significa *Lei Federal.* Pode ou não significá-lo, pois nem sempre o explicita o texto constitucional, que faz inúmeras referências simplesmente *a lei,* sem indicar a fonte e órbita do poder do qual deve emanar.

No artigo 108, por exemplo, §§ 2º, 3º e 4º, a indicação é genérica e abrange Lei Federal e estadual; mas não há como retirar dessa análise — que nos levaria à indicação de inúmeros artigos do texto constitucional — conclusão válida.

11. Diz-se, repetindo a Representação nº 1.052, que "não há razão ontológico-jurídica que justifique a dispensa de concurso para provimento de cargos de procurador junto aos Tribunais de Contas. Se esses cargos não têm natureza especial, somente podem ser providos mediante concurso público (...)."

Ainda aqui não vemos em que se fundamente a alegação que, aliás, parte do pressuposto indemonstrado de que não têm natureza especial, o que não se provou. A existência ou não dessa razão dependerá, em cada caso, de exame que — e aqui nossa discordância — não cabe a este Supremo Tribunal Federal, nem obedece a razões ontológico-jurídicas e, assim, prevalentes sobre circunstâncias especiais.

Não pode esta Corte estar, permanentemente, a examiná-las, nas organizações estaduais, a não ser quando, *evidentemente e flagrantemente inconstitucionais,* representando risco para a normalidade da vida jurídica à qual atingem. Ou quando firam direitos, que devam ser reparados e que por outros meios podem pleitear-se, não em ação direta de inconstitucionalidade, por provocação do Procurador-Geral da República.

12. Há que, além disso, perquirir a origem do artigo: obviamente impedir que a norma geral — do provimento dos cargos por concurso de títulos e provas — fosse postergada sem pronunciamento específico, em, cada caso, do Poder competente — que é o Legislativo.

Se o Executivo remete ao Legislativo proposição dispensando o concurso e este a aprova; ou se o Legislativo, *sponte sua,* a propõe e aprova, e o Executivo a sanciona, cumpriu-se a determinação constitucional, que teve em mira exigir precedesse à nomeação sem concurso a *prévia* autorização legal, e não a *indiscriminada, inominada, inespecífica* autorização legal.

Esta a finalidade do artigo. Este o seu alcance. Nem é o Supremo Tribunal Federal, sempre, o juiz desse alcance, se não clama, *evidentemente,* de inconstitucionalidade, como quando não se rege pela *lei,* ou se apresenta indiscriminadamente.

13. Mas, analisemos os precedentes da Corte, indicados nos autos.

I — Comecemos pela Representação nº 758, a mais antiga indicada (*RTJ 54/642*-MG, relator o Exmo. Ministro Luiz Gallotti). Na ementa lê-se:

"Concurso.

Auditores do Tribunal de Contas de Minas Gerais.

A Constituição de 1969 não reproduz o § 1º do art. 95 da Constituição de 1967, que exigia concurso para preenchimento dos cargos públicos, excetuados apenas os em comissão.

A nova Carta, no § 1º do art. 97, permite à lei dispensar o concurso nos casos por ela indicados.

Esta exceção apenas não se estende aos funcionários admitidos por tribunais federais e estaduais, assim como pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelas Assembléias Legislativas e pelas Câmaras Municipais (art. 108, § 2º).

No caso, trata-se de auditores que não integram a Secretaria do Tribunal de Contas e são nomeados pelo Poder Executivo, tal como ocorre na órbita federal.

Assim, em face do novo preceito constitucional, está prejudicada a argüição de inconstitucionalidade, nessa parte.

Na outra parte, atinente à vitaliciedade, a representação procede, em face de dispositivos que constam da vigente Carta federal e se contrapõem à equiparação e à vinculação concedidas pela Carta estadual (v. art. 13, item V, parágrafo único do art. 98, arts. 108, 100, 113, 121 e 72, § 3º)."

E no parecer do então Procurador-Geral da República — hoje eminente Ministro Decio Miranda (fls. 643):

"Por outro lado, parece-nos que os estados têm relativa liberdade de organizar os Tribunais de Contas segundo sua melhor conveniência, sendo digno da consideração, a esse respeito, o douto voto proferido pelo Sr. Ministro Aliomar Baleeiro na Rp. nº 764, do Espírito Santo, julgada em 6.3.68, admitindo até mesmo a auditoria singular, de um auditor geral."

Embora não concordando com esse parecer, o saudoso relator ponderava, contudo:

"Acontece, porém, que a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69, posterior ao parecer de fls. 40-42, não reproduz o § 1º do art. 93 da Constituição de 1967, que exigia concurso para preenchimento dos cargos públicos, excetuados apenas os em comissão.

Dispõe a nova Carta, no § 1º do art. 97:

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

Esta exceção apenas não se estende aos funcionários admitidos por Tribunais federais e estaduais, assim como pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelas Assembléias Legislativas e pelas Câmaras Municipais (art. 108, § 2º).

No caso, trata-se de auditores, que não integram a secretaria do Tribunal de Contas e são nomeados pelo Poder Executivo, tal como ocorre na órbita federal.

Assim, em face do novo preceito constitucional, tenho como prejudicada a argüição de inconstitucionalidade nessa parte."

E assim se julgou prejudicada a representação nesse ponto.

II — Na Representação nº 808 (*RTJ*, 55/532) — Paraná, ainda relator o Exmo. Ministro Luiz Gallotti, decidiu-se, no mesmo sentido, não sem a ressalva do Relator (p. 544):

"Se a Constituição Federal permitiu às leis ordinárias, e, portanto, às Constituições estaduais abrirem exceção ao salutar princípio da exigência do concurso, que antes era rígido, o problema não é nosso. Podemos lamentar, mas nada nos cabe fazer."

E não sem a desolada queixa do eminente Ministro Adaucto Cardoso (p. 546):

"Lutei durante doze anos contra o sistema, mas vejo que S. Exa. (o relator) concluiu como eu também seria forçado a concluir."

III — Na Representação nº 839-Alagoas (*RTJ*, 60/12), relator o Exmo. Ministro Djaci Falcão, a Corte julgou improcedente a argüição de inconstitucionalidade do art. 81 da Constituição daquele estado, em face da ressalva do § 1º do art. 97 da Emenda Constitucional nº 1/69.

E o eminente relator assim sintetizou, com precisão, a espécie:

"Da leitura do § 1º do art. 97, antes citado, verificamos que para a primeira investidura em cargo público se impõe concurso público de provas, ou de provas e títulos. Portanto, previu o concurso de provas, ou de provas e títulos. Acontece, porém, que na sua parte final ficou estabelecido: 'Salvo os casos indicados em lei.' É de convir que se o pressuposto do concurso pode até ser dispensado em casos indicados pela lei ordinária, com maior razão não há que falar em inconstitucionalidade de preceito contido em Constituição estadual, estabelecendo o provimento de cargo isolado, definido por lei como de natureza técnica ou científica, mediante concurso apenas de

título. Trata-se, não há negar, de uma espécie do gênero concurso público. Desde que a Lei Básica estabelece ampla reserva, permite o mais, isto é, até o provimento independentemente de concurso nos casos indicados em lei ordinária, como ficou reconhecido por esta Corte ao apreciar a Representação nº 808, do Paraná, relatada pelo eminente Ministro Luiz Gallotti, não divisamos a inconstitucionalidade argüida. (...)"

IV — Na Representação nº 888-MT — *RTJ, 67/324*, relator o Eminente Ministro Aliomar Baleeiro, o tribunal declarou a inconstitucionalidade "do art. 121, III, da Constituição do Estado de Mato Grosso, que permite o provimento, sem concurso, de cargos vagos, por doze meses só, se não houver candidatos habilitados em concurso".

O insigne relator assim fundamentou seu voto:

"Conhecem os nobilíssimos juízes minha convicção de que, na dúvida, deve entender-se constitucional o dispositivo do Estado, numa República com tabuleta de 'Federativa' e que assegura às Unidades da Federação a liberdade de se organizarem e regerem-se pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados apenas os princípios taxativamente enumerados no art. 13, da Emenda nº 1/69.

No caso dos autos, porém, não tenho dúvida, porque 'as normas relativas aos funcionários públicos' figuram expressamente entre os princípios desse art. 13, além de iterativamente impostas aos estados pelo art. 108, também da Emenda nº 1/69.

V — Entendo que o art. 121, III, da Constituição estadual de Mato Grosso ultrapassa as fronteiras das exceções dos arts. 97, § 1º, e 106.

Concordo com a Procuradoria-Geral da República em que a cláusula 'salvo os casos indicados em lei' não pode abranger todas e quaisquer admissões em caráter temporário, mormente se o art. 121, III, não restringiu sua licença aos casos taxativos do art. 106, da Emenda nº 1/69. Nem sequer se limitou a hipótese possível, talvez tolerável, de não ter havido candidatos aprovados após a realização do concurso, condicionada a duração dos temporários até ultimação do novo concurso a ser procedido imediatamente. Seria medida de urgência, para evitar o colapso dos serviços."

Verifica-se que, na hipótese, ampliava-se, desmedida e inaceitavelmente, a área de admissões, para se estender a *todas elas*, ainda que de caráter temporário, mas sem prever a realização dos concursos. Era a *indiscriminada* admissão, que não constituiria ressalva da lei, mas *norma geral*. Daí a vedação constitucional, acolhida por este Supremo Tribunal Federal.

V — Na Representação nº 916-CE — *RTJ, 73/700*, relator o mesmo e insigne Ministro Aliomar Baleeiro, recusou a Corte a inconstitucionalidade do art. 31 da Emenda nº 4/73 à Constituição do Ceará, que criou dois cargos de procuradores junto ao Conselho de Contas dos Municípios, os quais pela Lei Estadual nº 9.819, de 1974, serão providos em comissão, a exemplo do que acontece com o Procurador-Geral do Tribunal de Contas da União (Decreto-lei federal de 13.3.74). E a ementa completou-se:

"II — O art. 97, § 1º, da Emenda nº 1/69 exige o concurso para provimento de cargos mas acrescenta a exceção 'salvo os casos indicados em lei'."

Vale, a propósito, transcrever a parte que no relatório repete o parecer do então eminente Procurador-Geral da República, Prof. José Carlos Moreira Alves:

"Em suas informações, às fls. 13 e segs. dos autos, o Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará defende a constitucionalidade da norma impugnada, salientando, em síntese:

a) o art. 31 da Constituição do Estado não especifica que os dois cargos de procuradores serão providos em caráter efetivo; e a Lei estadual nº 9.819, de 2.5.74, estabelece que os citados cargos são de provimento em comissão;

b) ainda que fossem eles de provimento efetivo, não haveria inconstitucionalidade, em virtude da ressalva contida na parte final do § 1º do art. 97 da Emenda Constitucional nº 1: 'salvo os casos indicados

em lei', em conformidade, aliás, com o que decidiu esse colendo Supremo Tribunal Federal (*RDA, 110/60*).

Improcede, a nosso ver, a presente representação.

Com efeito, além de o artigo em causa não dispor que os dois cargos de procuradores são de provimento efetivo — e a lei ordinária estabelece o contrário — a ressalva da parte final do § 1º do art. 97 da Emenda Constitucional nº 1/69 visa exatamente cargos que, por suas características, devam ser, excepcionalmente, a critério do legislador, providos independentemente de concurso.

Note-se, ademais, que esses procuradores do Conselho de Contas dos Municípios não integram o Ministério Público Estadual, não se lhes aplicando, portanto, o disposto no art. 96 da Emenda Constitucional nº 1/69; e, por estarem vinculados ao Poder Executivo, não incide sobre eles o preceituado no § 1º do art. 108 da citada emenda."

Esse parecer foi acolhido pelo relator (fls. 702).

Não é preciso salientar que ali, como aqui, não se refere o artigo à natureza do provimento dos cargos.

VI — Na Representação nº 1.036-MA — Relator o eminente Ministro Rafael Mayer (*RTJ, 95/1.000*), a Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 94, III, da Constituição daquele estado, que, diz a ementa, "permite, genericamente, o provimento de cargos públicos sem prévio concurso, e em caráter temporário", referindo-se ao "precedente específico — Representação nº 888".

A ementa é suficientemente expressiva da orientação da Corte e, ainda mais, ao se referir ao "precedente específico" — Representação nº 888, do Mato Grosso.

Ora, nesses dois casos cuidava-se de provimento *genérico, indiscriminado,* sem concurso, de cargos isolados ou iniciais de carreira, em caráter temporário.

Não há como invocá-los para exame da hipótese em julgamento, absolutamente diversa.

VII — Na Representação nº 1.052-MS, relator ainda o eminente Ministro Rafael Mayer (*RTJ, 101/924*), questionou-se a constitucionalidade do art. 21 da Lei Complementar nº 1, de Mato Grosso do Sul, que rezava:

"Art. 21. O primeiro provimento dos cargos do Ministério Público Especial será feito, em caráter efetivo, por livre escolha do governador do Estado, dentre brasileiros e com os demais requisitos do artigo anterior."

Ora, verifica-se que, em verdade, as situações são diferentes: ali, abria-se ampla exceção a todos os cargos de um denominado "Ministério Público Especial" e *em oposição ao próprio texto do art. 20* anterior, da mesma lei complementar — tanto que o parecer da Procuradoria-Geral da República considerou os dois artigos "incompossíveis", acentuando (p. 926):

"No particular, temos por incompossíveis os arts. 20 e 21 da Lei Complementar nº 1, do estado de Mato Grosso do Sul, na medida em que o primeiro, editado em conformidade estrita com a Lei Maior, declara — em regra permanente — que os cargos de procurador, pela sua natureza, hão de ser providos mediante concurso público de provas e de títulos, enquanto o dispositivo impugnado (art. 21) dispensa daquela exigência, sem qualquer razão ontológico-jurídica, o primeiro provimento dos aludidos cargos, gerando, assim, esta antinomia: ou esses cargos possuem natureza especial, que justifique o seu provimento sem concurso em caráter permanente (art. 97, § 1º, *in fine,* da Constituição Federal), ou participam da regra geral (art. 97, § 1º, primeira parte, também da Constituição Federal), e, assim, somente mediante concurso público, nos moldes constitucionais, podem ser validamente preenchidos. (...)"

Aliás, frise-se, a invocação feita no parecer da Procuradoria-Geral da República, nesta representação, daquele pronunciamento, da mesma Procuradoria-Geral da República, na Representação nº 1.052 não está exata; porque o de que se cuidou não

foi de procurador do Tribunal de Contas, mas do aludido "Ministério Público Especial" junto ao Tribunal.

E o fundamento do voto do eminente relator é, precisamente, o de que "não terá o beneplácito da norma constitucional a proposição legislativa que exceda de parâmetros que se devem pautar pela *excepcionalidade, singularidade* ou *especialidade dos casos ressalvados*" (p. 927 — grifo nosso); o que naquele caso não se configurava.

Não nos parece, por outro lado, e o repetimos, e *data venia* dos que o sustentam, se deva subordinar à lei federal a fixação desses parâmetros, não só pela impossibilidade de fazê-lo, como porque de duas uma:

a) ou desceria a lei a pormenores que a tornariam casuísta e inaplicável, e, ainda assim, insuficiente;

b) ou se restringiria às normas gerais — orientação que deveria prevalecer — e obviamente ficariam aos estados as normas complementares, aliás, dentro da competência federativa que têm.

O impossível e inadmissível é que lei federal regule estritamente essa competência, mesmo no regime atual da Emenda Constitucional nº 1/69.

VIII — Na Representação nº 1.083, relator o eminente Ministro Cordeiro Guerra (*DJ* 4.12.81) também se cuidou de matéria diversa, como prova trecho da própria ementa: "provimento de cargos públicos sem prévio concurso e em caráter temporário", nos §§ 1º e 2º do art. 68 da Constituição da Paraíba, assim redigidos:

"§ 1º Não havendo candidato habilitado em concurso, os cargos isolados ou iniciais de carreira poderão ser providos pelo Poder Executivo em caráter temporário, pelo prazo máximo de dois anos, considerando-se, então, findo o provimento e vedado novo preenchimento sem concurso."

"§ 2º O ocupante em caráter temporário, na forma do parágrafo anterior, poderá ser exonerado a critério da administração e, obrigatoriamente, quando de provimento mediante concurso."

Lembrou-se, como semelhante, o caso da Representação nº 888 do Mato Grosso, na qual a nomeação temporária era por doze meses, e, aqui, por dois anos, idênticos os dispositivos.

Como tivemos oportunidade de salientar, no exame da Representação nº 888, a extensão dada à norma não se compadecia, em realidade, com a especificidade exigida pelo art. 97, § 1º, da Constituição Federal, fazendo-se regra geral.

IX — E também não colhe a invocação da Representação nº 1.036-Maranhão, Relator o Exmo. Ministro Rafael Mayer — (*RTJ, 95/1.000*) — feita na Representação nº 1.036 — porque o art. 94, III, da Constituição maranhense repete a mesma norma genérica do Mato Grosso e da Paraíba, e, como esta, pelo prazo de dois anos.

Tanto que a ementa diz: "Funcionário estadual — Nomeação sem concurso. Admissão temporária. Constituição do Estado do Maranhão, art. 94, III (inconstitucionalidade). É inconstitucional o art. 94, III, da Constituição do Estado do Maranhão, que permite, genericamente, o provimento de cargos públicos sem prévio concurso, e em caráter temporário. Precedente específico: Representação nº 888. Representação procedente."

14. Desta forma, não vemos em que o texto restrito e específico do § 2º do art. 159 da Constituição de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 14/81, fira o texto constitucional do art. 97, § 1º. A menos que, em verdade, se pretenda que os estados abdiquem de toda a sua competência legislativa em favor da União, e, mais precisamente, do Presidente da República, em autorização ampla, que tanto não é de seu exercício tranqüilo e eficiente que, passados mais de 14 anos, ainda se não exerceu.

Cremos firmemente que este Supremo Tribunal Federal deve constituir-se em baluarte de defesa das prerrogativas estaduais, em cumprimento à diretriz maior da Constituição — pela Federação e a República —, re-

cusando-se a colaborar no sentido de transformar-nos em Estado unitário e servindo — em defesa da linha centralizadora — como impenitente censor e tutor dos estados-membros, em favor da União.

Digo-o, eminentes ministros, de convicção, e espero se veja nas minhas palavras o único e superior intuito de servir a esta Casa, ao Direito e ao país, o que, estou certo, é, porque sempre foi, a superior vocação desta Corte.

Nestes termos, *data venia* dos votos já proferidos do eminente relator e do eminente Ministro Aldir Passarinho, julgo improcedente a representação.

É o voto.

EXTRATO DA ATA

Rp. nº 1.107-1-SE — Rel.: Ministro Moreira Alves. Repte.: Procurador-Geral da República. Repdos.: Assembléia Legislativa e Governador do Estado de Sergipe.

Decisão: pediu vista o Ministro Oscar Corrêa, depois dos votos dos ministros relator e Aldir Passarinho, julgando procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 159, da Constituição do Estado de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981. Falou pelos Repdos. o Dr. Celso Antonio Bandeira de Mello. Plenário, 23.3.83.

Decisão: pediu vista o Ministro Néri da Silveira, depois dos votos dos Ministros Relator e Aldir Passarinho, julgando procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 159, da Constituição do Estado de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981; e do voto do Ministro Oscar Corrêa, julgando-a improcedente. Impedido o Sr. Ministro Alfredo Buzaid. Plenário, 14.4.83.

Presidência do Sr. Ministro Cordeiro Guerra. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio Mártires Coelho.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Néri da Silveira: O Dr. Procurador-Geral da República argüiu a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 160, da Constituição do Estado de Sergipe, que passou a constituir o § 2º do mesmo artigo, na redação da Emenda Constitucional nº 7, de 12.12.1977, correspondente ao atual § 2º do art. 159, na redação da Emenda Constitucional nº 14, de 15.5.1981.

Na redação primitiva da Carta estadual, seu art. 160, § 3º, dispunha:

"Funcionarão junto ao Tribunal dois procuradores, sendo escolhidos entre procuradores da Fazenda Pública Estadual ou assistentes jurídicos efetivos lotados em órgãos do estado, com vencimentos, direitos e atribuições que a lei estabelecer."

Com a citada Emenda Constitucional à Carta do Estado de Sergipe, de nº 7, de 12.12.1977, o § 3º, transcrito renumerou-se como o § 2º, do art. 160, nestes termos:

"Funcionarão como órgãos do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas três procuradores da Fazenda Pública Estadual, nomeados por livre escolha do governador do estado, entre os servidores públicos de órgãos ou entidade estadual, titular de cargo ou emprego privativo de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais por tempo superior a dois anos e desde que detentores de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos."

Por fim, a Emenda Constitucional nº 14, de 15.5.81, dispõe no art. 159, § 2º:

"Funcionarão como órgão do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas cinco procuradores da Fazenda Pública Estadual, nomeados por livre escolha do governador do estado, entre brasileiros, com título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, possuidores de reconhecida idoneidade moral e notórios conhecimentos."

Sustenta-se que esse dispositivo está em conflito com o art. 97, § 1º, da Constituição Federal, que reza:

"§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas, ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei."

Prevê o § 2º, do art. 97, da Lei Maior federal, que prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados, em lei, de livre nomeação e exoneração.

Verifica-se, desde logo, em face do teor do dispositivo estadual impugnado, que não se cogita de cargos em comissão, eis que, na livre nomeação, não se compreende, também, a cláusula de livre exoneração, própria dos cargos em comissão. A fórmula "livre nomeação", usada largamente no regime da Constituição Federal de 1946, corresponde ao provimento efetivo, independente de concurso, previsto no art. 188, II, da Carta de 1946, assegurando-se aos assim nomeados a estabilidade aos cinco anos. Era o sistema dos cargos isolados de provimento efetivo sem concurso, que coexistiam com os cargos de carreira, cuja primeira investitura dependia, sempre, de concurso público, e com cargos isolados também providos por concurso, quando a lei o determinasse, a teor do art. 186, da Constituição de 18 de setembro. De acordo com o art. 188, da Constituição referida, eram estáveis, depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso (inciso I) e, depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso. Dispunha, então, o parágrafo único, do citado art. 188: "O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão."

Em parecer que emiti, a 7 de fevereiro de 1966, como Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, tive ensejo de analisar essas situações, em face do art. 188, da Constituição de 1946. Fi-lo, nestes termos:

"7. Ambas as hipóteses de estabilidade do art. 188, da Lei Magna da República, falam em funcionários efetivos — distinguindo-se o interstício, conforme hajam sido nomeados — com concurso (dois anos) e sem concurso (cinco anos). Constituem essas as duas grandes classes de funcionários efetivos, como excelentemente registra J. Cretella Júnior, *in* op. cit., pág. 258 — a dos nomeados por concurso e a dos nomeados sem concurso. E aduz o autor citado: 'Importante é essa divisão, no que diz respeito à estabilidade, porque os primeiros se tornam estáveis ao completarem dois anos e um dia de exercício, enquanto que os segundos somente depois de atingirem cinco anos e um dia de exercício' (op. cit. p. 258). Confronte-se o art. 188, da Constituição Federal vigente, *verbis*:

'São estáveis: I — depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso.

II — depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.'

Nessa mesma linha, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, *in Direito municipal brasileiro*, v. I, p. 205-6, *in verbis:* 'Duas hipóteses prevê a Constituição para a aquisição da estabilidade. A primeira é a dos nomeados por concurso e em caráter efetivo, que a adquirem depois de dois anos de exercício (art. 188, I). A segunda é a dos funcionários efetivos, nomeados sem concurso, que a adquirem, depois de cinco anos de exercício (art. 188, II). Como se vê, o concurso não é requisito indispensável à aquisição da estabilidade; é, tão-somente, causa de redução do estágio probatório (dois anos para os nomeados por concurso e cinco anos para os nomeados sem concurso). Requisito necessário à aquisição da estabilidade é a nomeação efetiva. Só o nomeado em caráter efetivo tem a possibilidade de adquiri-la. Os nomeados sem efetividade no cargo, tais como os interinos e os extranumerários (mensalistas, diaristas, tarefeiros, contratados e pessoal de obras), jamais poderão estabilizar-se no cargo ou função, en-

quanto persistir o caráter precário da nomeação.' No Rio Grande do Sul, é certo, prevê a Carta Política de 1947 regime especial de estabilidade para extranumerários (art. 205, II, 2ª Parte, e III) e para o pessoal de obras (art. 218, parágrafo único). Os funcionários interinos e em substituição não podem, entretanto, lograr estabilidade na função pública.

Cumpre ressaltar, em favor do entendimento, segundo o qual os funcionários nomeados em caráter interino ou em substituição ao titular de um cargo estão afastados da regra do art. 188, II, aludida, que a Constituição Federal de 1946, quando pretendeu beneficiar os funcionários interinos, fê-lo, de maneira expressa. Assim, o art. 23, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1946, dispôs (*sic*):

'Os atuais funcionários interinos da União, dos estados e municípios, que contem, pelo menos, cinco anos de exercício, serão automaticamente efetivados na data da promulgação deste ato; e os atuais extranumerários que exerçam função de caráter permanente há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação serão equiparados aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias.'

Impende, dessa sorte, concluir que a disposição do art. 188, inciso II, da Constituição Federal assegura estabilidade a funcionários efetivos nomeados sem concurso, isto é, a funcionários nomeados para cargos isolados de provimento efetivo sem concurso, vale dizer, provimento efetivo independente de concurso. Em situações tais, o ato de nomeação opera-se, discricionariamente, podendo a administração escolher, dentre aqueles que satisfaçam os demais pressupostos de investidura, como bem lhe aprouver. A nomeação processa-se, aí, não em caráter precário, mas com índole de definitividade; o nomeado faz-se titular do cargo, investe-se nele, permanentemente. Desde a investidura, assim, é funcionário efetivo. Dado, entretanto, que não se tornou titular (definitivo) do cargo, mediante concurso (e isso porque face à natureza do posto, definida na lei que o criou, seria o mesmo de provimento efetivo sem concurso), estabelece a Constituição (art. 188, II) que a estabilidade somente ocorrerá, após cinco anos de exercício. Na órbita federal e de grande número de estados-membros, a espécie era e ainda é de larga voga e isso porque, segundo o art. 186, do Estatuto Político do Brasil, a exigência constitucional do concurso é restrita à 'primeira investidura em cargo de carreira e outros que a lei determinar'. À vista disso, a lei pode criar cargos isolados de provimento efetivo sem concurso, isto é, independente de concurso. Esses cargos também são denominados de livre nomeação, muito embora não o sejam de livre demissão, qual sucede com os cargos em comissão ou de confiança, que se caracterizam pela livre nomeação e demissão. É a esses funcionários efetivos sem concurso que se destina o art. 188, II, da Constituição, e jamais aos interinos ou em substituição. No estado do Rio Grande do Sul, a Carta Política de 1947 foi mais radical, ao estatuir, no art. 201, que 'a investidura em todos os cargos, de carreira ou não, efetuar-se-á, mediante concurso público, salvo naqueles que a lei, no ato da criação, declarar de comissão ou de confiança'. Dessa sorte, quer os cargos isolados, quer os de carreira, hão de se prover mediante concurso público. Funcionários efetivos somente serão aqueles cuja investidura em cargo de provimento efetivo se der mediante concurso. Foi eliminada do sistema de pessoal do estado, assim, a categoria de cargos de provimento efetivo independentemente de concurso. Antes de 1947, entretanto, constituía, também, entre nós, espécie de ampla aplicação, tendo sido, evidentemente, em virtude de tal, que a Constituição do estado em vigor, ao tratar da estabilidade, inseriu, em seu art. 205, II, 1ª parte, regra de índole transitória, assegurando dita garantia maior da função pública, 'depois de cinco anos de exercício, aos ocupantes de cargos de provimento efetivo, independente de con-

curso, neles investidos na vigência da lei permissiva dessa forma de provimento'. Não pode a lei criar, no plano do estado do Rio Grande do Sul, cargos de provimento efetivo independente de concurso."

Entendo, dessa sorte, que a norma impugnada, da Constituição do Estado de Sergipe, ao prever que os procuradores serão nomeados por livre escolha do governador do estado, atribui-lhes a condição de funcionários efetivos sem concurso. Não são funcionários sujeitos à livre exoneração, tal como previsto no § 2º do art. 97, da Lei Magna federal, em se tratando de ocupantes de cargos em comissão. Estes são servidores de livre nomeação e exoneração, como preceituado nessa regra maior.

Afasto, assim, a discussão quanto à natureza dos cargos, não os tendo como em comissão, porque, a tanto, mister seria que a lei assim os intitulasse (Constituição, art. 97, § 2º). Cuida-se de cargos isolados de provimento efetivo sem concurso.

Ora, o teor do art. 97, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas, ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei. Na redação primitiva da Constituição de 1967, a matéria estava regulada no § 1º, do art. 95, ao dispor: "A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas, ou de provas e títulos", prescindindo de concurso, consoante o § 2º do referido art. 95, "a nomeação para os cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração".

Acerca do art. 95, da Carta de 24 de janeiro de 1967, Pontes de Miranda escreveu: "A Constituição de 1967, art. 95, § 1º, exige o concurso, em geral, para a primeira investidura em cargo de carreira ou não. O concurso tem de ser feito em obediência à Constituição de 1967. Há direito, pretensão e ação para concorrer. Se alguma entidade estatal provê, sem concurso, cargo que deveria ser provido por concurso, cabe a qualquer pessoa do povo, que tenha interesse de agir (necessidade de tutela jurídica), ação contra a entidade estatal, que infringiu a regra jurídica constitucional, ou as regras jurídicas constitucionais, notadamente a ação declaratória e a ação mandamental, quer com o rito especial (mandado de segurança), quer com o rito ordinário" (*in Comentários à Constituição de 1967*, t. III, p. 455 e 456). Noutro passo, anotou: "A Constituição de 1967 estabeleceu o dilema: ou o cargo só é provível pelo concurso, ou se trata de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração. A solução foi mais radical do que a de 1946. Frise-se ainda que somente a lei pode dizer que é dispensado o concurso, por ser em comissão o exercício. Sem o concurso não há estabilidade" (op. cit., p. 460).

Vê-se, dessa sorte, que a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, retornou, em termos, ao sistema, de 1946, na medida em que, no art. 97, § 1º, *in fine*, admite que a lei possa indicar casos de primeira investidura, sem prévia aprovação em concurso público, não compreendidos entre os cargos em comissão, de que cuida o § 2º do mesmo artigo. Cumpre entender, assim, no regime vigente, a viabilidade da exigência de cargos públicos de provimento efetivo, sem concurso, à semelhança do que, de explícito, previa a Carta Política de 1946, em seu art. 188, II. Certo está que, pela especialidade da norma do § 2º do art. 108, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, os Tribunais Federais e Estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas, ou provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, por lei aprovada pela maioria absoluta dos membros das Casas Legislativas competentes, votada em dois turnos, com intervalo mínimo de quarenta e oito horas entre eles (CF, art. 108, § 3º), cumprindo admitir, apenas, aí se criem cargos em comissão, em face do art. 97, § 2º, e também do disposto no art. 108, § 1º, da Lei Maior, visto serem esses postos de chefia indispensáveis à organização e dinâmica dos siste-

mas de classificação de cargos, que os Poderes Legislativo e Judiciário estão autorizados a adotar, a teor do § 1º, do art. 108, citado.

Se, na órbita federal, dessarte, pode a lei indicar cargos cujo provimento não dependerá de aprovação prévia em concurso público, questão se propõe, no que concerne à competência dos estados-membros e municípios para, em lei, disporem sobre cargos que se possam preencher, independentemente de concurso, não sendo em comissão.

De acordo com o art. 108, *caput*, da Constituição, o disposto na Seção VIII, do Capítulo VII, aplica-se aos funcionários dos três Poderes da União e aos funcionários, em geral, dos estados, do Distrito Federal e dos territórios e dos municípios, introduzindo os parágrafos do mesmo artigo normas específicas, quanto aos Poderes Legislativo e Judiciário.

À sua vez, o art. 109, do Estatuto Maior, prevê que lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, respeitado o disposto no art. 97 e seu § 1º e no § 2º do art. 108, definirá: "I — O regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos territórios; II — a forma e as condições de provimento dos cargos públicos; e III — as condições para a aquisição da estabilidade."

De outra parte, o art. 13, ao estipular que os estados se organizarão e regerão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: "V — as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal."

Bem de ver é, assim, que, onde a lei federal houver disposto, na disciplina do art. 97, § 1º, da Constituição, poderão os estados adotar, no que concerne a seus cargos correspondentes, a mesma forma de investidura. Essa é, aliás, a orientação já consagrada, nesta Corte, quanto às exigências para o provimento de determinados cargos em que a Constituição Federal prevê a investidura, com prévia aprovação do Senado Federal (art. 42, III). Nesse sentido, é assente o entendimento, quanto à inviabilidade de os estados exigirem prévia aprovação, pela Assembléia Legislativa, para nomear o Procurador-Geral da Justiça, Procurador-Geral do Estado, os dirigentes de entidades autárquicas (Representação nº 1.064-3-RS). Não existindo essa exigência, no plano constitucional federal, para os cargos correspondentes, interditado está aos estados-membros estipular tal condição como forma de investidura, por não lograr correspondência no âmbito da União.

Penso que, na compreensão do art. 97, § 1º, *in fine*, da Carta Magna, não se há de entender que somente a lei federal poderá indicar cargos cujo provimento se possa fazer na União, nos estados e municípios, de forma efetiva, sem concurso. Celso Antonio Bandeira de Mello, *in* Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos, Rev. dos Tribunais, 1972, p. 45 e 46, a tal propósito, escreveu: "Cabe, aqui, uma indagação: qual a lei hábil para indicar, na forma do § 1º do art. 97, os cargos cujo preenchimento independe de concurso? É a lei federal, de iniciativa privativa do Presidente da República, pois, em razão do citado art. 109, nº II, a ela compete dispor sobre forma e condições de provimento dos cargos públicos."

Compreendo, *data venia*, que, nos casos indicados pela lei federal, podem os estados, desde logo, acolher, para os cargos correspondentes de seu serviço, idêntica forma de investidura. Se, todavia, a União não houver, em lei, previsto provimento efetivo sem concurso, não podem os estados, para cargos correspondentes de seu *ruolo* administrativo, adotar essa forma de provimento. Inexistente, entretanto, função similar, no âmbito federal, nada obsta possa o estado-membro, em lei, atendida a especialidade do serviço, prever investiduras efetivas, sem concurso público, de acordo com a autorização decorrente do art. 13, *caput*, da Lei Maior, quanto à organização de seus serviços.

Ora, no caso concreto, trata-se de cargo de procurador da Fazenda Estadual, junto ao Tribunal de Contas. No âmbito federal, existem as funções de procurador, junto ao Tribunal de Contas da União. Se, no âmbito federal, os cargos fossem de provimento efetivo sem concurso, entendo que nenhum óbice existiria a se estipular igual forma de investidura para cargos de procurador junto ao Tribunal de Contas dos estados. No regime da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que estabeleceu, em seu art. 108, se aplicarem aos estados e municípios os princípios gerais da União, quanto a funcionários públicos, o que se repete no art. 13, V, não parece possível, em realidade, criem os estados cargos novos de conteúdo correspondente aos da órbita federal, com investidura efetiva, sem concurso, quando a exigência do competitório, norma maior, não se dispensou para os correspondentes cargos federais. Não modifica a conclusão o fato de a dispensa do concurso público se inserir no texto da Constituição estadual, eis que já se assentou que a via da emenda constitucional, no concernente a cargos públicos e seus ocupantes, não é suficiente a tornar válida a regra estadual, se houve o vício de iniciativa ou se dispôs, contrariamente aos preceitos maiores da Constituição Federal, quanto às condições e formas de investidura.

Pois bem, no caso concreto, de acordo com o Decreto-lei nº 199, de 25.2.1967, prevê-se no art. 30, I, que funciona, no Tribunal de Contas da União, como parte integrante de sua organização, o Ministério Público, dispondo o art. 18 do mesmo diploma compor-se de um procurador e de três adjuntos de procurador. De acordo com o art. 19 do decreto-lei em referência, o procurador e os adjuntos de procurador serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em direito, devendo o primeiro satisfazer os requisitos exigidos para provimento do cargo de ministro. No regime do Decreto-lei nº 199, o procurador era de livre escolha do Presidente da República, provendo-se em caráter efetivo, sem concurso, enquanto os adjuntos de procurador eram de provimento efetivo, mediante concurso público.

No que concerne a esses cargos, a lei de aumento do funcionalismo público federal de 1979 — Decreto-lei nº 1.660, de 24 de janeiro de 1979 — transformou, em seu art. 3º, os cargos de procurador em subprocurador-geral, em comissão.

Dessa sorte, a situação atual do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União prevê cargos em comissão e não mais cargos de provimento efetivo. De qualquer sorte, anteriormente, os adjuntos de procurador eram de provimento efetivo, mediante concurso público.

Penso, assim, que os parâmetros federais na organização do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que tem previsão no art. 72, § 5º da Constituição, não autorizam, a esta altura, no regime em vigor, criem os estados cargos de procurador da Fazenda Estadual, junto ao Tribunal de Contas, de provimento efetivo, sem concurso, com apoio na parte final do § 1º, do art. 97, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Não só. Em face da lei federal, os cargos do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, de provimento sem concurso, como a lei, de explícito, os prevê, todos são em comissão. Nada impediria, é certo, que os estados pudessem criá-los, de acordo com a conveniência de organização dos serviços do Tribunal de Contas, como de provimento efetivo, devendo sujeitá-los, todavia, à disciplina geral do concurso público.

Do exposto, julgo procedente a representação, para também declarar a inconstitucionalidade do art. 159, § 2º, da Emenda Constitucional do Estado de Sergipe nº 14, de 15.5.1981, dispensando-me de examinar o argumento posto no voto do ilustre Ministro Moreira Alves, segundo o qual não poderia ser utilizada, mesmo com a iniciativa do governador do estado, a Emenda Constitucional, como processo legislativo para criar os cargos, nos termos previstos no dispositivo da Carta Maior estadual impugnado.

EXTRATO DA ATA

Rp. nº 1.107-1-SE — Rel.: Ministro Moreira Alves. Repte.: Procurador-Geral da República. Repdos.: Assembléia Legislativa e Governador do estado de Sergipe.

Decisão: pediu vista o Ministro Oscar Corrêa, depois dos votos dos Ministros Relator e Aldir Passarinho, julgando procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 159, da Constituição do Estado de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981. Falou pelos Repdos. o Dr. Celso Antonio Bandeira de Mello. Plenário, 23.3.83.

Decisão: pediu vista o Ministro Néri da Silveira, depois dos votos dos Ministros Relator e Aldir Passarinho, julgando procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 159, da Constituição do Estado de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981; e do voto do Ministro Oscar Corrêa, julgando-a improcedente. Impedido o Sr. Ministro Alfredo Buzaid. Plenário, 14.4.83.

Decisão: julgou-se procedente a representação e declarou-se a inconstitucionalidade do § 2º, do art. 159, da Constituição do Estado de Sergipe, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 14, de 15 de maio de 1981, vencido o Ministro Oscar Corrêa. Votou o Presidente. Plenário, 18.5.83.

Presidência do Sr. Ministro Cordeiro Guerra. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, substituto, o Dr. Francisco de Assis Toledo.