

— *Representação de inconstitucionalidade. Dispensa de concurso para primeira investidura, em caráter efetivo, nos cargos de Auditor e Procurador do Conselho de Contas dos Municípios do estado do Pará, com violação do art. 97, § 1.º, combinado com o art. 13, V, da Constituição Federal.*

Representação de inconstitucionalidade julgada procedente, declarada a inconstitucionalidade do art. 46 e seu parágrafo único da Lei n.º 5.033, de 18 de junho de 1982, na redação da Lei n.º 5.292, de 17 de dezembro de 1985, do estado do Pará.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Representação nº 1.359

Representante: Procurador-Geral da República

Representados: Governador e Assembléia Legislativa do estado do Pará

Relator: Sr. Ministro OSCAR CORRÊA

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 unanimidade de votos, em julgar procedente a representação e declarar a inconstitucionalidade do art. 46 e seu parágrafo único da Lei nº 5.033, de 18 de junho de 1982, na redação da Lei nº 5.292, de 17 de dezembro de 1985, do estado do Pará.

Brasília, 28 de maio de 1987. *Rafael Mayer*, Presidente. *Oscar Corrêa*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Oscar Corrêa: 1. A questão vem assim resumida e apreciada no parecer da Procuradoria-Geral da República, emitido pelo ilustre Procurador Moacir Antonio Machado da Silva, com aprovação do eminente Procurador-Geral J. P. Sepúlveda Pertence (fls. 111-20):

“Com fundamento no art. 119, I, I, da Constituição Federal, o Procurador-Geral da República ofereceu a presente representação, arguindo a inconstitucionalidade, em face do art. 97, § 1º, da Lei Fundamental, do art. 46 da Lei nº 5.033, de 18 de junho de 1982, na redação do art. 13 da Lei nº 5.292, de 17 de dezembro de 1985, do estado do Pará, que autoriza o Chefe do Poder Executivo a prover, em caráter efetivo, cargos de Auditor e Procurador do Conselho de Contas dos Municípios, independentemente de concurso público.

O dispositivo impugnado apresenta a seguinte redação:

‘Art. 46. A primeira investidura nos cargos de Auditor e Procurador será feita pelo Chefe do Poder Executivo, em caráter efetivo.

Parágrafo único. Na medida em que ocorrer a vacância nos cargos mencionados neste artigo, o provimento far-se-á através de concurso, como prevêm os arts. 9º e 11.’

As informações foram prestadas pelo Chefe do Poder Executivo e pela Presidência da Assembléia Legislativa do estado. Em linhas gerais, coincidem esses pronunciamentos, na defesa da legitimidade do preceito impugnado, deles cabendo destacar, em síntese, os seguintes fundamentos:

‘a) o art. 97, § 1º, da Constituição Federal, ressalva da obrigatoriedade de concurso público ‘os casos indicados em lei’; a orientação mais recente do Supremo Tribunal Federal não coincide com a posição assumida nas Representações n.ºs 758 (RTJ, 53/642), 808 (RTJ, 55/532), 839 (RTJ, 60/12) e 916 (RTJ, 73/700), e importa no acréscimo de um *plus* ao texto constitucional, ou seja, a exigência do requisito subjetivo da natureza especial do cargo;

b) o elemento histórico desautoriza esse entendimento, porque, dilatando a exceção da Carta de 1967, que só se referia a cargos em comissão (art. 95, § 2º), o texto resultante da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, compreende, além desses, também os cargos de provimento efetivo, exceção, diga-se, que não ficou sujeita a qualquer condição, além da necessidade de previsão legal,

não sendo possível a introdução de um novo requisito;

c) a decisão proferida na Rp. nº 1.107-SE (RTJ, 115/19) é solitária, sendo certo que os cargos de Procuradores do Ministério Público junto aos Tribunais ou Conselhos de Contas só podem ser classificados como de natureza especial, porque são isolados, e não de carreira, e não se inserem no Ministério Público comum, cujos cargos devem ser providos mediante concurso público de provas e títulos (arts. 95, § 1º, e 96, parágrafo único);

d) embora na Rp. nº 1.113-SE, o Supremo Tribunal Federal tenha entendido que os cargos de Auditor não têm natureza especial, o certo é que são isolados e não integram as Secretarias dos Tribunais de Contas, pois compõem um órgão tipicamente auxiliar, como foi decidido na Rp. nº 758-MG’ (RTJ, 54/642).

Assim delimitado o alcance da controvérsia, passamos ao exame do mérito da arguição.

A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, como reconhecem os representados, orientou-se decididamente no sentido de que a ressalva final do art. 97, § 1º, da Constituição Federal — ‘salvo os casos indicados em lei’ — tem alcance limitado a situações excepcionais, entre as quais se inclui a da primeira investidura em cargos, cuja natureza especial justifique a dispensa de concurso público (Representações n.ºs 888, RTJ, 67/324; 1.036, DJ de 19.8.80; 1.083, DJ de 17.9.81; 1.107, RTJ, 115/19; e 1.113, RTJ, 115/47).

Essa restrição não representa um acréscimo aleatório à letra da Constituição Federal, como insinua as informações, constituindo, pelo contrário, uma inferência lógica do próprio significado normativo da regra inscrita no art. 97, § 1º, da Lei Maior. Fixado como princípio geral e obrigatório a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como condição para a primeira investidura em cargo público, a ressalva contida na parte final do preceito constitucional em causa constitui evidentemente uma exceção, de sorte que a dispensa somente

pode ocorrer em casos excepcionais previstos em lei. Não é demais sempre lembrar que devem ser interpretadas estritamente as cláusulas que constituam exceções às regras gerais firmadas pela Constituição (cf. Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. 1948. v. 1, p. 140).

A tese tendente a subordinar a dispensa de concurso apenas ao aspecto formal, de simples indicação em lei, importaria em deixar ao legislador ordinário um poder discricionário absoluto, inclusive de afastar a exigência do concurso para todos ou a maior parte dos cargos do serviço público municipal, estadual ou federal.

Por essa razão, acentuou a Procuradoria-Geral, em pareceres anteriores sobre a mesma questão constitucional, que a ressalva do art. 97, § 1º, da Lei Fundamental, 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.

Esse entendimento, por outro lado, leva a admitir que o princípio geral da igualdade seja excepcionado nos casos previstos em lei, o que constitui completa inversão do art. 153, § 1º, da Lei Fundamental. O princípio da acessibilidade de todos os brasileiros aos cargos públicos, com efeito, não é senão um corolário ou uma especificação do princípio da igualdade de todos perante a lei.

A acessibilidade aos cargos públicos como decorrência do princípio da isonomia vem afirmada de forma indiscrepante pela doutrina. Segundo Alcino Pinto Falcão, o postulado do igual acesso aos cargos públicos é uma exigência de qualquer forma do Estado democrático, voltado para transformar a igualdade política em igualdade concreta, inclusive no tocante ao acesso às carreiras (*Constituição anotada*. 1957. v. 3, p. 62-3); Cláudio Pacheco observa que a acessibilidade aos cargos públicos é uma regra especial

decorrente da regra geral da igualdade perante a lei (*Tratado das Constituições brasileiras*. 1965. v. 13, p. 32); e Carlos Maximiliano assinala que a democracia não admite preferências perante a lei e que só o mérito constitui condição para subir aos mais altos postos. Na mesma linha o pronunciamento de numerosos autores, dentre os quais podem ser lembrados Celso Bastos (*Curso de direito constitucional*. 5. ed., 1982. p. 194), Charles Fourier (*La liberté d'opinion du fonctionnaire*. Paris, 1957. p. 16), Anacleto de Oliveira Faria (Concurso público. In: *RDP* 26/65-6) e Contreiras de Carvalho (*Estatuto dos funcionários públicos interpretado*. 3. ed., 1964. v. 1, p. 153).

Dessa própria vinculação ao princípio geral da igualdade decorre interpretação restritiva ao poder conferido ao legislador para estatuir condições de provimento de cargos, como assinalou, com precisão, Alaim Almeida Carneiro, em comentários ao art. 184 da Constituição de 1946 (ob. cit. p. 367):

'A lei ordinária ficou reservado criar os pressupostos para o provimento dos cargos públicos dada, porém, a filiação do art. 184 ao princípio geral estabelecido no art. 141, § 1º, tais pressupostos a ambos os dispositivos citados forçosamente se subordinarão.'

O elemento histórico evidencia essa relação genética entre a igualdade de acesso e o princípio geral da igualdade e ainda — ao contrário do que afirmam os representados — conduz à exegese restritiva da ressalva contida na parte final do art. 97, § 1º, da Constituição Federal.

A Revolução Francesa deduziu a igualdade de acesso aos cargos públicos do princípio geral da igualdade e com esse conteúdo foi expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Constituição de 3 de setembro de 1791: 'Tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autres distinctions que celles de leurs vertus et de leurs talents' (cf. Carneiro, Alaim de Almeida. O capítulo dos funcionários públicos na nova Constituição Federal, *RDA*

v. 8, abr./jun. 1947. p. 366; Ducos, Jean-Marie Auby-Robert. *Ader, droit administratif*. Paris, Dalloz, 1973, p. 74).

Esse modelo inspirou a Constituição Imperial de 1824, que garantia o acesso aos cargos públicos de todo cidadão, 'sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos e virtudes' (art. 179, nº XIV). Todas as Constituições posteriores contemplaram a igualdade de acesso, sendo que a de 1937 tratou da matéria no capítulo pertinente aos Direitos e Garantias Individuais, tornando ostensiva sua vinculação ao princípio geral da igualdade (art. 156, b).

Na evolução dos textos constitucionais, a exigência de concurso público surgiu para garantir a efetividade do princípio de igual acesso. A Constituição de 1891 subordinava o acesso à observância das condições de *capacidade especial* (art. 73), tendo sido recusada emenda oferecida pelo Deputado Barbosa Lima, que previa o concurso para preenchimento de cargos públicos, sob o entendimento de que ao legislador deveria ser deixada a escolha do meio de ajuizar essa capacidade (cf. Roure, Agenor de. *A constituinte republicana*. 1920. v. 1, p. 841-3).

A exigência explícita de concurso veio a partir da Constituição de 1934, cujo art. 170, § 2º, dispunha: 'A primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos.'

Mesmo assim, abriam-se vias de escapamentos ao sistema do mérito. No regime constitucional de 1946, vários atos legislativos dispensaram o concurso para a efetivação de interinos, a pretexto de que a própria Constituição estabelecia um símile, ao conferir estabilidade aos ocupantes de cargos isolados de provimento efetivo, com cinco anos de exercício (art. 188, II) (ver, a propósito: MS nº 16.853-DF, *RTJ*, 44/235; MS nº 16.659-DF, *RTJ*, 42/578; e MS nº 16.854-DF, *RTJ*, 44/261).

Em comentário a essa Constituição, que admitia a nomeação em caráter efetivo para cargos isolados, independentemente de concurso, e ainda interinamente, em vaga dei-

xada pelo ocupante efetivo de cargo isolado e em cargo vago da classe inicial de carreira, se não houvesse candidato legalmente habilitado, assinalou Cláudio Pacheco (*Tratado das Constituições brasileiras*. 1965. v. 13, p. 52-3):

'Mas outra via de escapamento se abre, desafiando até mesmo o sentido igualitário que é essencial e por isto mesmo é constitucional no concurso, quando este é promovido sob a cláusula de inscrição privativamente reservada aos ocupantes interinos do cargo posto em concorrência. Ora, o concurso não pode fugir à regência do princípio geral de igualdade, enunciado no § 1º do art. 141 e especializado para o acesso aos cargos públicos no art. 184 da atual Constituição. Falta completamente o requisito de igualdade a uma inscrição tornada restrita por força de um privilégio reconhecido a ocupantes interinos de cargos. Até mesmo se frustra, em tais casos, o efeito, característico do concurso, de contenção do poder de nomear porque a autoridade, que faz a livre nomeação dos interinos, usufrui antecipadamente uma faculdade de livre escolha.'

Certamente para evitar essas vias de escapamento, a Constituição de 1967 foi a mais rígida possível, tornando obrigatório o concurso público de provas ou de provas e títulos para a nomeação a qualquer cargo público de provimento efetivo, de carreira ou isolado, ressaltando apenas os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação ou exoneração (art. 95, §§ 1º e 2º), e só conferindo estabilidade, após dois anos de exercício, aos funcionários nomeados por concurso (art. 99).

A Constituição em vigor conserva a exigência de concurso público para todos os cargos, exceto os em comissão, abrandando, em parte, o rigorismo da Carta de 1967 apenas para admitir a dispensa nos casos indicados em lei.

A evolução do tratamento da matéria nos textos constitucionais revela, portanto, o nítido propósito de garantir a efetividade plena do sistema do mérito para o acesso aos cargos públicos. A exigência de concurso,

primeiramente de provas ou de títulos e, numa fase posterior, de provas ou de provas e títulos, bem como as crescentes limitações materiais às exceções ao princípio geral do concurso denotam essa tendência. Parece justo concluir-se, dessa forma, que o art. 97, § 1º, da Constituição vigente, confere rigidez à exigência de concurso público para a primeira investidura em cargo público e limita o alcance de sua parte final a casos que se revistam de excepcionalidade, atributo este emergente do próprio caráter executivo da ressalva.

É certo que os procuradores junto ao Tribunal ou ao Conselho de Contas e os auditores não se incluem na regra do art. 108, § 2º, da Constituição, pois não integram a Secretaria do Tribunal de Contas, mas, sem dúvida, o acesso aos cargos correspondentes está inteiramente submetido ao disposto no art. 97 e seus parágrafos da Lei Fundamental. Não importa que se trate de cargos isolados, porque a exigência de concurso abrange tanto os cargos isolados quanto os de carreira, sem distinção.

Ora, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, os cargos de Procurador e os de Auditor junto aos Tribunais de Contas não têm natureza especial que justifique a dispensa de concurso para a primeira investidura. No julgamento da Representação nº 1.052-MS, Relator Ministro Rafael Mayer (RTJ, 101/924), o egrégio Plenário declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 1, de 18 de outubro de 1979, do estado do Mato Grosso do Sul, que dispunha sobre o provimento de cargos de Procurador junto ao Tribunal de Contas, independentemente de concurso público. Na Representação nº 1.113-SE, relatada pelo Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal pronunciou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei nº 2.148/77, do estado de Sergipe, que dispensava de concurso a primeira investidura em cargos de Procurador da Fazenda junto ao Tribunal de Contas e de Auditor do mesmo Tribunal, por violação do art. 97, § 1º, combinado com o art. 13, V, da Constituição Federal (RTJ, 115/47). Por último, ao julgar a Representação

nº 1.107-SE, que teve o mesmo eminente relator, o Pretório excelso voltou a afirmar a ilegitimidade da dispensa de concurso para o provimento inicial de cargo de Procurador da Fazenda Pública junto ao Tribunal de Contas, reputando inconstitucional, em consequência, o § 2º do art. 159 da Constituição do estado de Sergipe, que dispunha nesse sentido (RTJ, 115/18).

Em face do exposto, o parecer é no sentido de procedência da representação, declarada a inconstitucionalidade do art. 46 e seu parágrafo único da Lei nº 5.033, de 18 de junho de 1982, na redação do art. 13 da Lei nº 5.692, de 17 de dezembro de 1985, do estado do Pará, por violação do art. 97, § 1º, combinado com o art. 13, V, da Lei Fundamental.”

É o relatório, do qual, nos termos do art. 172 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, determino sejam remetidas cópias aos Exmos. Srs. Ministros.

VOTO

O Sr. Ministro Oscar Corrêa (Relator):

1. O parecer da Procuradoria bem apreciou a hipótese dos autos, já conhecida de outros precedentes pela Corte, como nele se lembrou.

Assim, na Representação nº 1.052-MS, Relator o Ministro Rafael Mayer, vê-se na ementa:

“Representação. Inconstitucionalidade. Dispensa de concurso para provimento de cargo efetivo (art. 21 da Lei Complementar nº 1/79 do estado do Mato Grosso do Sul). Ao dispensar de concurso, no art. 21, o primeiro provimento de cargos efetivos e permanentes que estabelecera como concursáveis, por títulos e provas, no art. 20, a Lei Complementar nº 1/79, do estado do Mato Grosso, contrariou o princípio constitucional da obrigatoriedade de concurso prévio para o provimento de cargos públicos, de que somente se ressalvam os cargos em comissão ou, excepcionalmente, os casos indicados com fulcro em lei nacional (art. 97, § 1º, c/c art. 109, II da Constituição Federal). Representação julgada procedente” (RTJ, 101/924).

Em seu voto, afirma o eminente Relator: “O dispositivo originário da Carta de 1967 dispunha simplesmente *que a nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos* (art. 95, § 1º), enquanto daí se excepciona no sentido de que *prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração* (art. 95, § 2º).

Ora, ao acrescentar dentre os ressalvados do prévio concurso, além dos cargos em comissão, casos outros indicados em lei, a Emenda nº 1 não poderia ter em mira, por essa cláusula de exceção vinda na parte final do § 1º do art. 97, infirmar o princípio constitucional da exigência de concurso prévio, cabendo-lhe, portanto, um alcance restrito a situações especiais ou excepcionais, análogas às outras ressalvas constantes dos cargos em comissão. De outro modo, como registra acertadamente o eminente Procurador-Geral, o legislador ordinário poderia neutralizar a eficácia do princípio que se pauta pelos valores da moralidade e igualdade no recrutamento de pessoal” (RTJ, 101/926-7).

2. Na mesma orientação, posteriormente, a Representação nº 1.107-SE, Relator o Ministro Moreira Alves (RTJ, 115/18) que assim compendiou o decidido, na ementa:

“Representação de inconstitucionalidade.

— Cerceia a iniciativa exclusiva, do Chefe do Poder Executivo estadual, de apresentar projeto de lei ordinária emenda constitucional, ainda que proposta por ele, que discipline qualquer 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, § 1º, combinado com o art. 13, V, ambos da Constituição Federal.

Representação de inconstitucionalidade julgada procedente, 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” (RTJ, 115/18).

E na mesma linha, a Representação nº 1.113-SE (RTJ, 115/47), com o mesmo relator, ratificando os julgamentos anteriores, como se vê da ementa:

“Representação de inconstitucionalidade.

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

— Em se tratando de servidores da Secretaria de Assembléia Legislativa estadual, sua admissão só é permitida, sem qualquer exceção, mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos (§ 2º do art. 108 da Constituição Federal).

Representação que se julga procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 2.350, de 13 de novembro de 1981, bem como das expressões ‘Procurador da Fazenda Pública e Auditor’ contidas no parágrafo único do art. 6º da Lei nº 2.148, de 21 de dezembro de 1977, ambas essas leis do estado de Sergipe.”

Nesses dois precedentes votei vencido, com os fundamentos que expendi (RTJ, 115/30-9).

Assentada a jurisprudência da Corte na diretriz expressa nesses precedentes e no parecer da Procuradoria-Geral da República, julgo procedente a representação e declaro a inconstitucionalidade do art. 46 e seu parágrafo único da Lei nº 5.033, de 18 de junho de 1982, na redação da Lei nº 5.292, de 17 de dezembro de 1985, do estado do Pará.

É o voto.

EXTRATO DA ATA

Rp. nº 1.359-6-PA — Rel.: Ministro Oscar Corrêa. Repte.: Procurador-Geral da República. Rpdos.: Governador e Assembleia Legislativa do estado do Pará.

Decisão: julgou-se procedente a representação e declarou-se a inconstitucionalidade do art. 46 e seu parágrafo único da Lei nº 5.033, de 18 de junho de 1982, na redação da Lei nº 5.292, de 17 de dezembro

de 1985, do estado do Pará. Decisão unânime. Votou o Presidente. Plenário, 28 de maio de 1987.

Presidência do Sr. Ministro Rafael Mayer. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja.

Procurador-Geral da República, substituto, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.