FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ASCENSÃO, TRANSPARÊNCIA E APROVEITAMENTO — INCONSTITUCIONALIDADE

— Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.

— O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas títulos, não o sendo, porém, para os cargos subseqüentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a "promoção".

— Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição e ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.

— O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o "aproveitamento", uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo.

— Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 231.
Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro
Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro
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, em julgar procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente, declarando a constitucionalidade de tais dispositivos.

Brasília, 05 de agosto de 1992. *Sydney Sanches* — Presidente. *Moreira Alves* — Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves: Adoto como relatório a parte inicial do parecer da Procuradoria-Geral da República, de autoria do Dr. AFFONSO HENRIQUE PRATES CORREIA, a qual bem sintetiza as peças constantes destes autos:

"O Governador do Estado do Rio de Janeiro propõe a presente ação, objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 77 e 80, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, pelos quais ficou estabelecido que:

"Art. 77 — Os servidores públicos civis estatutários ou contratados, que tenham exercido ou estejam no exercício de suas atribuições em qualquer órgão da administração direta do Estado e que comprovem o desempenho das atribuições de encarregado de garagem e motorista, poderão optar pelo ingresso na classe de motorista policial do quadro permanente da polícia civil, no prazo de trinta dias a contar da promulgação desta Constituição".

"Art. 80 — Fica assegurado aos Detetives-Inspetores e Escrivães da Polícia de 1ª Classe, Bacharéis em Direito, com mais de 10 anos de efetivo serviço no grupo POL que, à época da promulgação da Constituição Federal, possuíam mais de 5 anos na classe e que tenham freqüentado o mínimo de 50% de horas/aula no curso específico inerente ao cargo, o aproveitamento na classe inicial do cargo de Delegado de Polícia."

Argumenta, em suma, o requerente que:

— houve invasão de competência do chefe do Executivo, a quem cabe "dispor sobre a organização e o funcionamento da administração", bem como a iniciativa de leis que "criem cargos ou aumentem sua remuneração" (CF, arts. 84, VI e 61 §§ 1º II "a");

— as normas impugnadas permitem que titulares de cargos públicos determinados passem a ocupar cargos distintos, para os mesmos criados, caracterizando investidura que, por força do artigo 37, II da Carta Federal só se admite, por concurso público, sendo ato da competência exclusiva do Governador do Estado (CF art. 84, XXV);

— as atribuições do motorista policial são muito diferentes daquelas dos motoristas de carro oficial, envolvendo as primeiras, diligências perigosas, até com risco de vida, para o que se demanda especiais qualidades físicas, técnicas e psíquicas, não exigidas para as segundas;

— a criação de tantos cargos de motoristas policiais, além de desfalcar os quadros de motoristas e encarregados de garagem dos diversos serviços, irá inchar o quadro policial com pessoal despreparado e possível de colocar em risco aqueles que transportar;

— O artigo 80, por sua vez, prevê hipótese de primeira investidura (em cargo novo), sem concurso público, o que afronta o art. 37, II, da Carta Magna, pressupondo a criação dos cargos para os beneficiários, na falta de vaga, o que seria de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II, "a", da mesma Carta, que também foi violado;

— a Suprema Corte, por inúmeras vezes, decidiu contra disposições que, como as impugnadas tentaram burlar princípios constitucionais, os quais, apesar da mudança operada na ordem constitucional, continuam incólumes, tais como o da "iniciativa privativa do Chefe do Executivo", o da "harmonia dos poderes" e o do "sistema federativo";

— o art. II do ADCT, da Constituição Federal, embora conferindo poderes Constituintes às Assembléias Legislativas, não as isentou da obediência aos princípios maiores do Estatuto Federal;

— dada a natureza das disposições contestadas, justifica-se a suspensão liminar de sua eficácia.

Deferiu-se, por unanimidade, a medida cautelar, tendo o Exmº. Sr. Ministro Relator concluído, em seu voto, que:

"No caso, como tem decidido esta Corte em hipóteses análogas, há relevância jurídica e conveniência administrativa inclusive porque se trata de área sensível como o é a segurança pública a justificarem a concessão liminar" (fl. 54).

A Assembléia Legislativa prestou suas informações através de sua presidência (fls. 58/78), argüindo, em síntese, que:

— O artigo 77 atacado não cria cargos com

aumento de despesa pública, mas apenas permite a transferência de motoristas da administração direta para a classe de motorista policial, não suprimindo a qualificação profissional, nem impedindo um adequado treinamento dos beneficiários;

— os motoristas optantes, pelo princípio da isonomia, percebem remuneração idêntica aos demais, não necessitando de concurso para ingresso no cargo, visto já serem servidores da administração direta do Estado;

— em defesa do mencionado artigo 77, aplica-se os mesmos argumentos sustentados em favor do impugnado artigo 80;

— por esse artigo 80 não se cria cargos novos, com aumento de despesa, mas propõe o aproveitamento de servidores em cargos já existentes, que são em número superior ao dos possíveis ocupantes e se as vagas existem, há previsão orçamentária capaz de suportar a respectiva despesa;

— o artigo 80 não trata da organização da Administração, não dispondo sobre suas funções ou atribuições o que implica na própria formação do organismo administrativo, seus órgãos e aparelhamento em geral;

— O artigo 84, VI, da Constituição Federal remete a organização e funcionamento da Administração à lei ordinária, não havendo como confrontar norma estadual com disposição constitucional ainda dependente de lei;

— o dispositivo impugnado não previu forma de provimento sem concurso público, sendo "elementar, em Direito Administrativo", que, além dos provimentos de cargos mediante primeira investidura, existem os provimentos derivados, dentre os quais, o acesso;

— não houve violação do disposto no art. 61 da Carta Federal, pois este se refere a leis complementares e ordinárias e, no caso, a norma atacada tem hierarquia constitucional, não se sujeitando, como aquelas, aos princípios de competência e iniciativa;

— tendo a Constituição Federal (art. 11 do ADCT) investido a Assembléia Estadual de poderes constituintes, pode o Poder Constituinte Estadual "organizar a vida político-administrativa de todo o Estado, com a única restrição de simetria aos princípios gerais da Constituição da República";

O artigo 80 veio, apenas, consolidar situação já prevista em legislação estadual anterior não totalmente cumprida (Leis nºs 621/82 e 699/83), objeto de infindáveis discussões no âmbito administrativo e do judiciário, visando o constituinte estadual, com a edição do preceito impugnado "tão-só suprir omissão do Poder Público".

Manifestou-se a Advocacia-Geral da União pela constitucionalidade dos dispositivos em tela (fls. 98/110), assim resumindo suas conclusões:

1. — a Constituição Federal em vigor, na forma do art. 25 e do art. 11 do ADCT da maior autonomia aos Estados para se organizarem, diferentemente do que fazia a Constituição anterior (artigos 13 e 200 da EC nº 1/69);

2. — o Supremo Tribunal Federal, através de manifestações individuais de seus eminentes Ministros, já se tem pronunciado a respeito e reconhecido essa circunstância;

3. — no que se refere ao processo legislativo, não há limite imposto aos Estados nem vinculação obrigatória ao modelo Federal e, mesmo que tal se admitisse, *ad argumentandum tantum,* esse limite somente se impõe ao legislador ordinário;

4. — com relação à investidura em cargo público, não se pode dar ao art. 37 da C.F. uma interpretação excessivamente literal, a ponto de inadmitir o provimento derivado sem concurso;

5. — aliás, essa interpretação literal já foi afastada pelos Tribunais Superiores nos provimentos derivados de cargos que efetuou, na vigência da nova Constituição" (fl. 110). (fls. 117/122).

Às fls. 122 a 133, assim opina a Procuradoria-Geral da República, no referido parecer:

"Como se observa da inicial, duas imputações de ordens diversas recaem sobre os dispositivos impugnados, ou seja, a de inconstitucionalidade formal e de inconstitucionalidade material, a primeira consubstanciada na invasão, pelo legislador constituinte estadual, de competência assegurada pela Constituição Federal ao Chefe do Poder Executivo, para a iniciativa de leis que disponham sobre a criação de cargos públicos ou aumento de sua remu-

neração e sobre organização administrativa e para o provimento de cargos públicos (arts. 61 § 1º "a" e "c", 84, VI e XXV) e a segunda, caracterizada pela possibilidade de investidura em cargo público, sem realização do respectivo concurso, como determina o art. 37, II, da Carta Política vigente.

No que concerne à competência para a iniciativa de leis, é bom lembrar que a Suprema Corte, se bem que na vigência das Cartas revogadas, mas dentro do mesmo espírito do atual ordenamento jurídico, consolidou entendimento no sentido de que não se pode subtrair à disciplina da lei ordinária matéria cujo poder de iniciativa foi atribuído, com exclusividade, ao Chefe do Poder Executivo, nem mesmo através de emenda Constitucional, ainda que por ele proposta (entre outras, Rp. 1.061/SP — RTJ 102/474; Rp. 1.107/SE — RTJ 115/18).

Nada importa se a Carta Política de 1988 deixou de mencionar, expressamente, como princípio a ser observado pelos Estados, aquele que trata do processo legislativo, como fizera a anterior, aí compreendida a competência para a iniciativa de leis, porquanto o mesmo se conta entre os princípios constitucionais implícitos de observância obrigatória pelos Estados, incluindo-se entre aqueles pertinentes à organização dos Poderes.

O Ministério Público Federal já se posicionou sobre esta questão na ADIN nº 72-1-ES, através de parecer do ilustre Sub procurador-Geral da República, MOACIR ANTONIO MACHADO DA SILVA, tendo sustentado os seguintes argumentos, que ora se reiteram:

"A regra transcrita do art. 61, § 1º, II, alínea *a*, concernente ao processo legislativo, impõe à observância dos Estados-membros, por força do disposto no art. 25 da mesma Constituição Federal.

As regras pertinentes ao processo legislativo incluem-se entre as de organização dos Poderes (CF/88, Título IV, Seção VIII). Sem excluir outras regras essenciais, as que dispõem sobre competência para a iniciativa ou aprovação legislativa são de ordem pública, demarcam as relações entre os Poderes, compreendendo-se entre as limitações implícitas a serem necessariamente observadas pelos Estados-membros.

"Entre os princípios implícitos a serem observados nos Estados" — observa Caio Tácito —, "está o da organização política, tomando-se como paradigma a divisão dos poderes da União e sua correlação (As Constituições Estaduais e sua Adaptação à Carta Federal, *RDA* 89, p. 432). Referindo-se às limitações implícitas decorrentes do citado art. 25 da Constituição vigente, assinala, por igual, José Afonso da Silva: "Na organização dos poderes Estaduais, o Poder Constituinte Decorrente terá que respeitar o princípio da divisão de poderes, que é um princípio fundamental da ordem constitucional brasileira (art. 2º)".

As regras constitucionais de competência dos Poderes, no campo de elaboração legislativa, são consideradas essenciais, necessárias e inderrogáveis (cf. Francisco Campos, Poder Executivo..., *RDA* 73, p. 384). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aliás, desde o início, firmou-se no sentido de que a usurpação de competência para a iniciativa de leis sobre aumento de vencimentos de servidores públicos, atribuída pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo, fere o princípio da independência e harmonia dos Poderes (Rp. nº 427-PR, RTJ 16/3, e outras aí referidas: Rp. nºs 194, 228, 250 e 356).

A atribuição de competência exclusiva a um dos Poderes para a iniciativa de leis importa em subtrair a dos demais (cf. Francisco Campos, ob. cit., p. 385, e Caio Tácito, Lei — Iniciativa do Poder Executivo — Sanção — criação de cargos e aumento de vencimentos *in* *Revista Forense* 202, 1963, p. 57). A propósito do tema, cita Caio Tácito este trecho do voto do então eminente Desembargador José Frederico Marques, (ob. cit., *Revista Forense* 202, p. 58):

"O legislador constitucional impôs a iniciativa do Executivo para as leis sobre elevação de estipêndios do funcionalismo público, por motivos de alta sabedoria política. Seu intuito foi o de impedir surtos demagógicos tendentes a favorecer a copiosa clientela eleitoral dos servidores públicos, demagogia essa que iria colocar o Executivo diante do "fato consumado contra o qual se sentiria, muitas vezes, em grave dificuldade para ele opor-se, decidida e corajosamente, prejudicando, assim,

com a sua omissão, de maneira irremediável, a administração financeira e o serviço público".

De fato, a abrangência das normas discutidas pressupõe, necessariamente, a criação de cargos de motorista policial e de delegado de polícia, para viabilizar a absorção de todos os interessados. Embora a Assembléia Legislativa, em suas informações, tenha afirmado já existirem os cargos a serem preenchidos, não o demonstrou, nem o constituinte estadual esclareceu este detalhe, restringindo-se a consignar o benefício e as condições pessoais para alcançá-lo.

No que respeita aos motoristas policiais, por exemplo, seria até difícil conceber a disponibilidade de tantos cargos vagos quantos sejam os encarregados de garagem e motoristas de toda a Administração direta do Estado, com direito à opção pela carreira policial.

Não havendo previsão em lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo para a criação desses cargos, tem-se por violado o princípio da independência e harmonia entre os Poderes, além daquele que dispõe sobre a iniciativa de leis.

Essas disposições legais vêm provocar sensível alteração na lotação do quadro da Polícia Civil do Estado, cuja organização, como se sabe, é também atribuição exclusiva do Poder Executivo, inserida na competência para a organização administrativa em geral (que envolve a Administração Pública em todos os seus aspectos, formal, material e operacional).

Sendo a fixação ou alteração do número de servidores, necessários a cada setor da Administração, matéria tipicamente administrativa, só o Poder Executivo poderá dispor sobre lotação e relotação de seus quadros. Como bem acentuou HELY LOPES MEIRELLES, referindo-se à lotação tanto numérica, como nominal,

"Ambas são atos administrativos típicos, e, como tais da competência privativa do Executivo, no que concerne aos serviços. Por lei se instituem os cargos e funções; por decreto se movimentam os servidores, segundo as necessidades dos serviços. A lotação e a relotação constituem prerrogativas do Executivo, contra as quais não se podem opor os servidores, desde que feitas na forma estatutária. Na omissão da lei entende-se amplo e discricionário o poder de movimentação dos servidores, por ato Executivo, *no interesse do serviço, dentro do quadro a que pertence*" (grifos) (Dir. Adm. Bras. 14ª ed., SP-RT 1989 pág. 361).

Ora, o que se vê do artigo 77 é que ele vem propiciar uma retirada de motoristas e encarregados de garagem, das mais distintas áreas da Administração Pública, muitas vezes sem o menor preparo físico ou psíquico, para a carreira específica de motorista policial, acarretando, forçosamente, uma superlotação no quadro de motoristas da Polícia Civil do Estado, sem qualquer previsão numérica ou qualitativa, independentemente das reais necessidades do serviço, pois, pelo teor do dispositivo, deverão ser aproveitados todos aqueles servidores estatutários ou não, que atendidos os parcos e genéricos requisitos da norma, desejam optar pelo ingresso na nova carreira, cujas atribuições são próprias da polícia, envolvendo práticas perigosas a demandarem aptidões especiais, treinamento adequado, idade, e forma física condizentes, e mais as condições de equilíbrio emocional, destemor, moderação e outras fundamentais ao fiel cumprimento das finalidades do serviço.

Parece insuperável a inconstitucionalidade formal tanto do artigo 77, quanto do artigo 80 contestados, que, ademais disto, se apresentam eivados do vício da inconstitucionalidade material, como já aludido, porquanto permitem que os prefalados cargos policiais sejam providos sem concurso público, a despeito do que determina o inciso II, do artigo 37 da Carta Federal, que obriga à seleção mediante concurso, toda e qualquer investidura em cargo público, diversamente do Estatuto revogado, que o impunha somente para a primeira investidura.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que as normas sobre Administração Pública compreendidas no Capítulo VII, do Título III, da vigente Constituição Federal, seguindo tradição que veio se consolidando no direito brasileiro, ora por via de interpretação, ora por determinação expressa das Cartas Federais, destinam-se, não só à União, como também aos Estados, Distrito Federal e Municípios, ex-

vi do artigo 37, o qual inclui entre aqueles princípios administrativos explícitos, de observância obrigatória pelos Estados, o que exige concurso para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, inc. II).

Portanto, não mais comporta indagar se as Constituições Estaduais deveriam ou não adotar a imposição de concurso para o provimento de cargos públicos do Estado ou se poderiam contornar tal exigência, prescrevendo outras formas de investidura estranhas ao Estatuto Federal.

Hoje, a proibição de se prover cargos públicos sem concurso torna-se mais rigorosa, pois a necessidade de concurso não é só para a primeira investidura, como ocorria no ordenamento constitucional anterior, mas também para as demais investiduras eventualmente sobrevindas no decorrer da vida profissional do funcionário, para cargo diferente daquele no qual já fora investido, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão.

A intenção do legislador em imprimir maior vigor à ascessibilidade aos cargos públicos é inquestionável, bastando proceder, para percebê-la, a uma rápida incursão pelas prescrições que a respeito continham as últimas Constituições do país:

A de 1934 já falava em 1ª investidura, estatuindo no art. 170, § 2º:

"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 e títulos";

A Carta de 1937 estabeleceu no art. 156, "b", que:

"a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos";

A Carta de 1946 também especificou no art. 186 que:

"A primeira investidura nos cargos de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde".

O Estatuto de 1967 procurou dificultar um pouco mais, estendendo a exigência de concurso a outras investiduras, com a substituição da expressão "primeira investidura" pela abrangente "nomeação", adotando novamente o sistema de provas ou provas e títulos, lendo-se do art. 95 § 1º, *verbis:*

"A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos".

Pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, voltou-se ao critério das Constituições anteriores, com relação à necessidade de concurso somente para a primeira investidura mantendo o sistema de seleção mediante provas ou provas e títulos, abrindo-se a possibilidade de serem criadas exceções através de lei, como se vê do art. 97, § 1º, *verbis:*

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

Diante dos abusos que vinham ocorrendo nas diversas esferas da Administração Pública, a Carta Política atual foi mais severa, não só quanto ao ingresso inicial, como para a movimentação de servidores no serviço público, dispondo no artigo 37, II, que:

"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Como se pode depreender, não foi por acaso que se deu a supressão da palavra "primeira" antecedendo a "investidura" na atual Constituição, e sim, por vontade expressa do constituinte federal, que preferiu retornar ao regime mais rígido de 1967 do que manter o de 1969, objetivando tornar efetivos, entre outros, os princípios da igualdade, moralidade e justiça na Administração Pública. Não fosse para condicionar ao concurso público toda investidura em cargo novo, para que, teria alterado o critério anterior de forma tão manifesta?

Nada mais esclarecedor dessa vontade que a justificativa apresentada (em 11/07/88) na emenda supressiva (2T00736-1) da expressão mencionada, nestes termos colocada:

"Suprima-se, no artigo 38, inciso II, a expressão "*primeira*".

JUSTIFICATIVA

O texto, da forma como está redigido, per-

mite o ingresso no serviço público através de um concurso público para carreiras cujas exigências de qualificação profissional sejam mínimas como mero trampolim para, por mecanismos internos muitas vezes escusos, se atingir cargos mais especializados.

Da mesma forma, por este dispositivo, nada impede que alguém ingresse por concurso em um órgão "X", onde não há grande concorrência, e isso sirva como justificativa para admissão em outro órgão sem qualquer concurso".

Aliás, essa tendência moralizante já se fazia sentir sob o império das ordens constitucionais pretéritas, tendo o Colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que admitia exceção em relação à própria primeira investidura (art. 97, § 1º), julgado procedente inúmeras Representações por Inconstitucionalidade de dispositivos estaduais, que autorizavam nomeação para cargo público inicial sem concurso, com base na ressalva da parte final do § 1º, do art. 97 de dita Emenda, sob o fundamento de que os cargos a serem providos não tinham natureza especial que justificasse a dispensa de concurso público, nos termos do citado § 1º (art. 97) (entre outras, Rp. 1.052-MS, RTJ 101/924 a 929; Rp. 1.107-SE, RTJ 115/18 a 46; Rp. 1.113-SE, RTJ 115/47 a 61; Rp. 1.305-CE, RTJ 123/852 a 868).

Também entre os doutrinadores sempre existiu como que um consenso a respaldar tal posição de severidade quanto ao provimento de cargos públicos, tornando-se a obrigatoriedade de concurso público como um princípio moralizador imprescindível à consecução das finalidades precípuas da Administração Pública.

Parece evidente que muitas daquelas formas de movimentação de servidores dentro do serviço público foram eliminadas com a promulgação da nova Constituição Federal, que consagrou, explicitamente, no artigo 37, inciso II, a orientação restritiva que vinha se firmando na doutrina e jurisprudência pátrias, até então, pela via da interpretação.

Por isso, pode-se afirmar que algumas modalidades de promoção desapareceram, visto implicarem, efetivamente, em investidura em cargo novo, sendo indiferente se o interessado já prestara concurso para ingresso no serviço público, para cargo de natureza diversa.

É certo, pois, que os artigos 77 e 80 das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro afrontam também materialmente a Lei Fundamental, uma vez que, contornando a vedação constitucional do artigo 37, II, estipulam, sob a roupagem de uma simples promoção, formas de investidura em cargo de carreiras distintas daquelas dos respectivos beneficiários, sem a realização do devido concurso público.

Não é preciso ir muito longe para perceber que a carreira de motorista da polícia civil, que se insere em quadro próprio desta, nada tem a ver com outras que obrigam motoristas ou encarregados de garagem nos demais setores da Administração, sendo as atividades inerentes a cada uma delas muito diversificadas, guardando como ponto comum, quase que tão-só a habilitação para dirigir veículos.

Quanto ao artigo 80 atacado, a infringência ao Texto Fundamental é flagrante, defluente de seu próprio teor, que institui, exatamente, o acesso a grau inicial de uma carreira, por quem se encontra em grau final de carreira inferior, de outra espécie.

O fato de se ter acesso a cargo inicial de carreira hierarquicamente superior, mediante o chamado "provimento derivado", antes corriqueiro na Administração, era admissível porque em nada contrariava a Norma Constitucional revogada, que, no artigo 97, § 1º, só prescrevia concurso público para a primeira investidura no serviço público. Agora, porém, esse tipo de ascensão funcional foi abolido, face à comentada alteração procedida na nova ordem constitucional, que passou a condicionar à aprovação em concurso público toda e qualquer investidura em cargo ou emprego público, só isentando dessa imposição os pretendentes a cargo em comissão declarada em lei de livre nomeação e exoneração. Assim, investidura inicial em cargo público, mediante provimento derivado, comumente aceita na vigência da Carta Política precedente, está, hoje, absolutamente vedada, eliminando-se toda a possibilidade de promoção pelo denominado acesso (passagem do funcionário do cargo mais

elevado de sua série de classes (carreira) para o inicial de outra série de classe (outra carreira) considerada principal em relação à anterior).

Não se pode deixar de atentar, também, para a natureza dos cargos de que cogita o prefalado artigo 80. Trata-se de cargos que compõem uma carreira especial, a de delegado de polícia, a qual não se confunde com o quadro da polícia civil, em geral, que, por sua vez, é integrado por várias outras carreiras, além dessa de delegado de polícia.

É verdade que algumas funções, por apresentarem características assemelhadas, podem ser englobadas numa só carreira, mas não é o que ocorre com as de delegado de polícia, para cujo cargo de atribuições específicas, se exige formação também específica.

A Constituição Federal, ao dispor sobre a Segurança Pública no Capítulo III, do Título V, determinou que as polícias em todos os seus segmentos seriam disciplinadas em carreira e as polícias civis seriam dirigidas por delegados de polícia de carreira (art. 144, § 4º), numa alusão expressa a essa categoria especial organizada em carreira própria dentro da polícia civil do Estado.

O supradito artigo 80 não deixa dúvidas sobre estar consagrando uma investidura em cargo inicial de carreira, sem concurso público ao propiciar a ascensão de seus destinatários à classe inicial da carreira de delegado de polícia, classe esta cujos cargos iniciais só poderão ser providos mediante o correspondente concurso público, por força do incontornável mandamento do art. 37, II, da Constituição Federal.

Em vista do que foi exposto e independentemente das razões que inspiraram o legislador constituinte estadual, irrelevantes no caso, é o parecer no sentido de que se julgue procedente a ação senão pela evidente inconstitucionalidade formal dos dispositivos impugnados, por sua inconstitucionalidade material."

É o relatório, cuja cópia a Secretaria deverá encaminhar aos Srs. Ministros.

Brasília, 31 de maio de 1991.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator): — 1. Sustenta o parecer da Procuradoria-Geral da República que procede a argüição de que os dois dispositivos impugnados são formalmente inconstitucionais, porque atentatórios da competência da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo — princípio de observância obrigatória pelos Estados-membros — das leis que disponham sobre a criação de cargos públicos ou aumento de sua remuneração, bem como sobre organização administrativa e provimento de cargos públicos (arts. 61, § 1º, "a" e "c", e 84, V e XXV, ambos da Constituição Federal).

Passo a examinar essa argüição de inconstitucionalidade formal dos dois dispositivos atacados nesta ação direta.

A Emenda Constitucional nº 1/69, em seu artigo 13, estabelecia que "Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: ... III — o processo legislativo". E como a competência para a iniciativa das leis integrava o processo legislativo, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que a exclusividade da iniciativa das leis conferida ao Chefe do Poder Executivo — e, portanto, ao Governador — não poderia ser-lhe cerceada de qualquer forma, nem mesmo por emenda constitucional, ainda quando esta fosse da iniciativa do Governador. Com efeito, na Representação nº 1.061, de que foi relator o Sr. Ministro Néri de Silveira, decidiu-se:

"Representação. Emenda Constitucional estadual, de iniciativa legislativa, que veda a estipulação de limite máximo de idade, para o ingresso no serviço público estadual, respeitando-se, apenas, o limite máximo de idade para a aposentadoria compulsória e os requisitos estabelecidos em lei para a forma e as condições de provimento de cargos. Emenda Constitucional nº 15, de 25.4.1980, à Constituição do Estado de São Paulo. Sua inconstitucionalidade, em face dos arts. 57, V; 131, e 10, VII, alínea "c", da Constituição Federal. Não afasta o vício da iniciativa, na ordem estadual, o fato da criação da norma por via de emenda constitucional e não de lei ordinária. A vedação posta na Emenda Constitucional impugnada importa em subtrair a matéria

à disciplina de lei ordinária, retirando, em decorrência, o poder de iniciativa atribuído com exclusividade, na espécie, ao Chefe do Poder Executivo. Representação procedente para declarar inconstitucional a Emenda Constitucional nº 15, de 25.4.1980, do Estado de São Paulo" (RTJ 102/474).

E, na representação 1.107, de que fui relator, vencido apenas o Sr. Ministro Oscar Corrêa, acentuei, em meu voto:

"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 artigo 57 (aplicável aos Estados por força do disposto no inciso III do artigo 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 artigo 57, II e V, combinado com o artigo 13, III, ambos da Constituição Federal" (RTJ 115/28).

A atual Constituição não mais declarou que, dentre outros princípios estabelecidos no texto constitucional federal, deveria ser respeitado o processo legislativo. Limitou-se, nesse particular, a estabelecer, no "caput" do artigo 25: "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição."

Adstringindo-me à questão da iniciativa das leis — que é a que interessa no caso sob julgamento —, a indagação a fazer-se é esta: dentre os princípios da Constituição Federal a ser observados obrigatoriamente pelo Estado estarão implícitos os que determinam a da competência dos Poderes quanto à iniciativa das leis?

Impõe-se, a meu ver, a resposta afirmativa.

Com efeito, dentre os princípios fundamentais que o Título I da Constituição Federal estabelece com relação ao Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, se encontra o enunciado no artigo 2º: "São Poderes de União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Em razão de o princípio da separação dos Poderes ser princípio fundamental do Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, e, portanto, indissociável do regime democrático adotado em nosso país, não foi preciso, como o faziam nossas Constituições anteriores, a partir da reforma constitucional de 1926, aludir expressamente, entre os princípios sensíveis da Constituição Federal cuja inobservância dá margem à intervenção federal nos Estados, ao da independência e harmonia dos Poderes, abarcado que estava ele no princípio sensível do regime democrático, aludido na parte final da letra "a" do inciso VII do artigo 34 da atual Constituição. Mas tal foi o relevo que a Carta Magna vigente emprestou ao princípio da separação dos Poderes que o incluiu entre as "cláusulas pétreas", ao determinar que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ... III — a separação dos Poderes".

Para que esse princípio fundamental seja observado pelos Estados-membros, é, sem dúvida, indispensável que a organização dos Poderes estritamente estaduais (o Executivo, na figura de seu chefe, o Governador, e o Legislativo consubstanciado na Assembléia Legislativa unicameral a que a própria Constituição Federal alude) — deixo de lado o Poder Judiciário que é de natureza nacional, estando suas linhas estruturais globais rigidamente fixadas na Carta Magna federal —, é, repito, sem dúvida, indispensável que a organização dos Poderes estritamente estaduais siga à dos Poderes federais correspondentes, máxime

quanto ao âmbito de suas competências e funções, cuja invasão de limites de um por outro acarreta a violação da separação dos Poderes, caracterizada pela independência e harmonia deles. Ora, a fixação das competências de iniciativa legislativa exclusiva ou concorrente dos Poderes integra a organização destes, para caracterizar o âmbito de cada um deles em face dos outros do qual a violação dá margem, inclusive, à intervenção federal dos Estados-membros, que, por isso mesmo, não podem estabelecer esse âmbito à sua discrição. Assim sendo, as normas, que, no parágrafo 1º do artigo 61 da Constituição Federal, estabelecem as matérias cujas leis são da iniciativa exclusiva do Presidente da República, são da observância obrigatória pelos Estados-membros na correspondente fixação dessa iniciativa para seus Governadores.

Por outro fundamento, JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Curso de Direito Constitucional Positivo", 5ª edição, págs. 518/519, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989) chega à mesma conclusão, ao estudar as limitações implícitas a que estão sujeitos os Estados-membros. De feito, depois de acentuar que essas limitações "são geradas pelos princípios que defluem do sistema constitucional adotado", acentua que:

"III — 'dos princípios do Estado Democrático de Direito, provém que as unidades federadas só possam atuar segundo o princípio da legalidade, da moralidade e do respeito à dignidade da pessoa humana (arts. 1º, 5º, II, e 37); daí também decorre que os Estados têm que atender os princípios constitucionais relativamente ao processo de formação das leis, tais como critério da iniciativa das leis, incluindo a iniciativa popular, e os de elaboração legislativa, compreendidas as regras sobre o veto e sanção de projeto de lei."

Entendido, portanto — como entendo —, que as normas constitucionais federais que estabelecem a iniciativa, inclusive e exclusiva, do Presidente da República são de observância obrigatória pelos Estados-membros no que diz respeito aos seus Governadores, segue-as daí que permanece aplicável, em face da Constituição federal vigente, a orientação que esta Corte firmou em inúmeros julgamentos, dos quais aludi, de início, a dois: os nas representações 1.061, relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, e 1.107, de que fui relator. Por essa orientação, como bem acentuou o Ministro Néri da Silveira, na representação nº 1.061.

"Não afasta o vício da iniciativa, na ordem estadual, o fato da criação da norma por via de emenda constitucional e não de lei ordinária. A vedação posta na Emenda Constitucional impugnada importa em subtrair à matéria disciplina de lei ordinária, retirando, em decorrência, o poder de iniciativa atribuído com exclusividade, na espécie, ao Chefe do Poder Executivo."

Esse raciocínio obviamente se aplica também às Constituições estaduais elaboradas pelo Poder Constituinte decorrente originário, pois, no âmbito estadual, seu Poder constituinte, em face da Constituição Federal, é sempre decorrente dela, seja ele originário, seja ele derivado, o que implica dizer que um (o de elaborar originariamente uma Constituição estadual) e outro (o de emendar essa mesma Constituição estadual) estão sujeitos à observância dos princípios constitucionais federais de respeito obrigatório pelos Estados-membros. Nesse sentido, aliás, já nas representações 826 e 855 (esta publicada na RTJ 57/384 e segs.), esta Corte declarava inconstitucionais os artigos da Constituição do Estado de Mato Grosso que cerceavam a iniciativa exclusiva do Governador. Na última dessas representações, seu relator, o Sr. Ministro BARROS MONTEIRO, adotava como razão de decidir esta passagem da inicial da representação: "... ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos".

No caso, ainda que se tenha, como sustenta a Assembléia Legislativa em contraposição ao afirmado pelo Governador do Estado, que as disposições dos artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro não impliquem a necessidade da criação de novos cargos, o certo é que ambos dis-

põem sobre formas derivadas de provimento, ainda que anômalas: o primeiro dando aos servidores públicos civis estatutários ou contratados que tenham exercido ou estejam no exercício de suas atribuições em qualquer órgão da administração direta do Estado e que comprovem o desempenho das atribuições de encarregado de garagem e motorista, o direito à opção pelo ingresso na classe de motorista policial do quadro permanente da polícia civil; e o segundo assegurando aos detetives-inspetores e escrivães de polícia de 1ª classe, bacharéis em direito, com mais de 10 anos de efetivo serviço no grupo POL que, à época da promulgação da Constituição Federal, possuíam mais de 5 anos na classe e que tenham freqüentado o mínimo de 50% de horas/aula no curso específico inerente ao cargo, o aproveitamento na classe inicial do cargo de Delegado de Polícia.

Ora, também são da iniciativa exclusiva do Presidente da República, e, portanto, dos Governadores, no âmbito estadual, as leis que disponham sobre os servidores públicos, inclusive no que diz respeito ao provimento dos cargos (artigo 61, § 1º, II, "c"). Portanto, por vício de iniciativa, são formalmente inconstitucionais os dois dispositivos impugnados na presente ação.

2. Por outro lado, também sob o ângulo da inconstitucionalidade material é procedente esta ação direta.

3. Diversamente do que dispunha a Emenda Constitucional nº 1/69, que, no parágrafo 1º do artigo 97 preceituava que "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", a atual Constituição não mais alude à primeira investidura em cargo público, mas estabelece que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (art. 37, II). Até o projeto B (2º Turno), o inciso correspondente a este se referia à "primeira" investidura em cargo ou emprego público", mas a alusão à "primeira" investidura caiu com a emenda supressiva 2T00736-1, apresentada em 11.07.88, nestes termos:

"Suprima-se, no artigo 38, inciso II, a expressão 'primeira'.

'Justificativa'

O texto, da forma como está redigido, permite o ingresso no serviço público através de concurso público para carreiras cujas exigências de qualificação profissional sejam mínimas como mero trampolim para, por mecanismos internos muitas vezes escusos, se atingir cargos mais especializados.

Da mesma forma, por este dispositivo, nada impede que alguém ingresse por concurso em um órgão 'X', onde não há grande concorrência, e isso sirva como justificativa para admissão em outro órgão sem qualquer concurso."

Portanto, o elemento histórico indica que a intenção da retirada do adjetivo "primeira" foi impedir práticas abusivas, feitas por via de provimentos derivados como a ascensão e a transferência, com base no preceito maleável contido no § 1º do artigo 97 da Emenda Constitucional nº 1/69. E, com essa supressão, realmente alterou-se, de modo profundo, a exigência do concurso público para a investidura nos cargos públicos. O inciso II do artigo 37 da atual Constituição não mais apresenta os dois fatores de afrouxamento do moralizante princípio administrativo da necessidade do concurso público para o provimento dos cargos públicos que se encontravam no texto da Emenda Constitucional nº 1/69: a referência à PRIMEIRA investidura em cargo público e a possibilidade de a lei estabelecer exceções à exigência do concurso público para essa primeira investidura.

A referência à primeira investidura vinha da Constituição de 1934, que, no artigo 170, § 2º, rezava: "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 e títulos". A exigência do concurso, portanto, constitucionalmente só se fazia para a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, podendo a lei exigi-lo para outros. A Constituição de 1937, na letra "b" do artigo 156, exigiu concurso pú-

blico apenas para "a primeira investidura nos cargos públicos". Foi no interregno entre a queda do Estado Novo e a promulgação da Constituição de 1946 que surgiu, em nosso direito público, a figura do "acesso", criada pelo Decreto-Lei nº 8700/46, e assim estruturada:

"Art. 1º — O provimento, por nomeação da classe inicial da carreira de Oficial Administrativo será feito nos termos seguintes:

I — metade das vagas será preenchida, obrigatoriamente, mediante acesso, por escriturários da classe final, cabendo a outra metade aos candidatos habilitados em concurso, na ordem de classificação.

II — O acesso a que se refere a 1ª parte do item anterior obedecerá ao critério do merecimento absoluto, apurado na forma da legislação vigente.

Art. 2º — O disposto no artigo 1º não se aplica aos quadros dos ministérios enquanto neles existirem escriturários beneficiados pelo Decreto-Lei nº 145, de 1937.

Art. 3º — A promoção à classe final da carreira de Escriturário obedecerá ao critério alternado da antigüidade e do merecimento."

Como se tratava de mudança de carreira inferior para carreira superior, esse Decreto-lei não se referia a ela como promoção, mas, com todo o rigor técnico, "como nomeação, por acesso", dos escriturários da classe final (ou seja, do cargo final da carreira de escriturários) para o cargo inicial da carreira de Oficial Administrativo, obedecido o critério do merecimento absoluto; e, como a carreira de Oficial Administrativo era diversa da de escriturário, deixava a metade das vagas a ser providas por concurso, que era público.

Promulgada a Constituição de 1946, dispôs ela no artigo 186: "A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde." A referência da primeira investidura em cargo de carreira de modo indeterminado deu margem a que se pudesse sustentar que o concurso público era exigido apenas para o ingresso no serviço público quando se tratasse de cargo de carreira, mas o que assim ingressou poderia ser deslocado para outra carreira sem necessidade de novo concurso, razão por que esse instituto de acesso foi acolhido pelo artigo 255 da Lei nº 1.711, de 28.10.52, nos termos seguintes:

"Art. 255 — As vagas dos cargos de classes iniciais das carreiras consideradas principais, nos casos de nomeação, serão providas da seguinte forma:

I — Metade por ocupantes das classes finais das carreiras auxiliares e metade por candidatos habilitados em concurso;

II — O acesso obedecerá ao critério de merecimento absoluto, apurado na forma da legislação vigente."

Estendeu-se, assim, a possibilidade de acesso a todas as carreiras tidas como secundárias em face de outras consideradas principais com relação a elas, e, como, em verdade, se tratava de ingresso em nova carreira, continuou-se a falar em nomeação por acesso e necessidade de concurso para metade das vagas.

A Lei nº 3.780, de 12.7.60, disciplinou o acesso, evitando aludir a carreira, e utilizando em lugar dela a denominação "escalão inferior" para traduzir a carreira inferior de que saia o servidor para ingressar na superior. Mas, persistiu, no emprego da expressão "nomeação por acesso", a demonstrar que, na realidade, o que havia era provimento em cargo inicial de outra carreira e não modalidade de promoção. E, abandonando o critério do merecimento absoluto, estabelecer que "a nomeação por acesso, além das exigências legais e das qualificações que couberem em cada caso, obedecerá a provas práticas que compreendam tarefas típicas relativas ao exercício do novo cargo e, quando couber, à ordem de classificação em concurso de título que aprecie a experiência funcional" (art. 34, § 5º).

Não escapou a CONTREIRAS DE CARVALHO o problema da constitucionalidade dessa "nomeação por acesso" mesmo diante do artigo 186 da Constituição de 1946 que só exigia concurso para a "primeira investidura em cargo público". Comentando o artigo 255 da Lei nº 1.711/52 ("Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado", vol. II, 3ª edição, págs. 293 e segs., Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1964), observou:

"... esta lei reproduz o preceito contido no art. 186 da Constituição Federal, segundo o qual "a primeira investidura em cargo de car-

reira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso", enquanto, no seu art. 255, prevê o ingresso em classe inicial de carreira (primeira investidura) mediante acesso, isto é, sem a formalidade constitucional do exame competitivo. E para conciliar o critério adotado em seu texto, procurou dividir as carreiras em "principais" e "auxiliares".

A divisão já decorria, praticamente, da nomenclatura com que se distinguiam os diversos agrupamentos de classes: oficial administrativo, escriturário, estatístico-auxiliar etc., embora, como, aliás, foi dito no aludido comentário, não o autorizasse o texto constitucional. Dissemos, também, ser inconstitucional, por essa razão, o critério que fora, inicialmente, adotado no texto do Decreto-lei nº 8.700 citado e consagrado neste Estatuto, sem discutir, todavia, as razões de ordem humana que tenham levado o poder público a instituir o sistema";

E, mais adiante, depois de dizer que a Constituição deixou à lei o fixar do conceito de carreira, e que a Lei nº 1.711/52 o havia fixado impropriamente como "um agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, com denominação própria", salientou:

"Instituiu esta lei duplo critério de provimento para a primeira investidura em cargo de carreira: 'investidura por acesso e investidura por concurso', quando a disposição constitucional é expressa e taxativa: 'A primeira investidura em cargo de carreira... efetuar-se-á mediante concurso ...' A não ser que se estabeleça um outro conceito para 'carreira' que não o do art. 7º deste Estatuto, há, indiscutivelmente, infringência do texto constitucional, quando se restringe o direito de candidatos habilitados em concurso, obstando-se seu ingresso em cargos públicos, providos sem se atender a essa condição."

Ao concluir, seguindo essa curiosa doutrina de que, para a lei ordinária ser constitucional, bastaria que alterasse o conceito de carreira, examinou o texto da Lei nº 3.780/60 e chegou à conclusão de que esse Diploma Legislativo, substancialmente, não modificara o conceito de carreira, a dizer, assim, que também ele persistia, nesse ponto, viciado por inconstitucionalidade.

A Constituição de 1967, em seu artigo 95, § 1º, disciplinou mais rigidamente essa matéria, substituindo a expressão "primeira investidura nos cargos de carreira por nomeação para cargo público", e exigindo que ela se fizesse mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos". Pela sua pouca duração, não se chegou a discutir o problema da recepção da figura da "nomeação por acesso" para o cargo inicial das "carreiras principais" mediante provas práticas ou concurso de títulos entre os ocupantes de cargo final das "carreiras auxiliares", na proporção de 50% das vagas existentes.

Foi editada, então, a Emenda Constitucional nº 1/69 que afrouxou o sistema rígido do concurso, voltando a aludir a "primeira investidura em cargo público", para exigir, para ela, a aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei".

Esse abrandamento, inclusive com a possibilidade da exigência do concurso mesmo para a primeira investidura em cargo público ser afastada nos casos indicados em lei, levou à interpretação de que "primeira investidura em cargo público" não significava "investidura em cargo inicial de carreira", mas investidura inicial no serviço público, permitindo, assim, que quem ingressasse no serviço público por concurso poderia ter acesso a outros cargos, ainda que iniciais de carreira, sem necessidade de outro concurso público de provas ou de provas e títulos.

Nessa linha, orientou-se a Lei nº 5.645, de 10.12.70, que estabeleceu diretrizes para a classificação de cargos do serviço civil da União. Em seu artigo 6º, substituiu o instituto do "acesso" pelo da "ascensão", a este se referindo assim:

"Art. 6º. A ascensão e a progressão funcionais obedecerão a critérios seletivos, a serem estabelecidos pelo Poder Executivo, associados a um sistema de treinamento e qualificação destinado a assegurar a permanente atualização e elevação do nível de eficiência do funcionalismo."

E, no artigo 13, preceituou: "Observado o disposto na Seção VIII da Constituição e, em particular, no seu artigo 97, as formas de pro-

mento de cargos, no Plano de Classificação decorrente desta Lei, serão estabelecidas e disciplinadas mediante normas regulamentares específicas, não se lhes aplicando as disposições a respeito contidas no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União."

Mesmo sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69, houve manifestações contrárias à admissibilidade a certas formas de "provimento derivado" para cargos que deveriam ser providos originariamente, e, portanto, por concurso. Entre outras, é de destacar-se a de BARBOSA MOREIRA ("O Concurso na Constituição Estadual", Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, vol. 17, págs. 77 a 86), sobre a norma da Constituição do Estado da Guanabara que reproduzia o princípio constitucional federal, obrigatório para os Estados, da necessidade de concurso para a "primeira investidura". Depois de se referir à interpretação de que "primeira investidura" "introduzia uma distinção entre os casos de provimento do cargo com pessoa estranha aos quadros funcionais ou com quem a eles já pertencesse, embora em cargo de natureza diversa", sendo que, por isso, "o concurso seria exigível naquela hipótese, mas dispensável nesta, pois aqui não se trataria de "primeira investidura" mencionada na Constituição", interpretação que levaria a que "para ingressar no serviço público estadual, teria o interessado de prestar concurso; mas o funcionário nomeado, inicialmente, para o cargo de "enfermeiro" poderia, mais tarde, sem cumprir aquele requisito, passar a médico bem como, nas mesmas condições, o topógrafo a engenheiro, o inspetor de alunos a professor — e assim por diante", acentuava BARBOSA MOREIRA:

"Se fosse levado a "sério" — e não, como costumava ocorrer, à guisa de camuflagem para manobras, algumas sutis, outras nem tanto — revelaria o argumento, preso à "literalidade" da norma, escassa familiaridade com as modernas diretrizes da hermenêutica. Eram claríssimas, no particular, as razões e os fins que tinham levado o constituinte a redigir o dispositivo. Tratava-se, à evidência, de instituir, para o recrutamento do pessoal, o sistema do mérito, presumivelmente aferido pelo meio menos imperfeito que até hoje se conseguiu inventar... O artigo 50, "a", inteligentemente compreendido, não podia deixar de significar que o concurso era exigível sempre que alguém, funcionário ou não, houvesse de investir-se, "pela primeira vez", em cargo de "certa carreira" ou em "certo" cargo isolado. É óbvio que, no tocante a "carreira", bastaria a prova inicial de habilitação, feita por ocasião do concurso para o "primeiro cargo" dela. Dentro da carreira, com efeito, é sempre "essencialmente" igual o tipo de atividade que se espera do funcionário, podendo embora, às vezes, variar "acidentalmente" de classe para classe, ou de categoria para categoria."

E, mais adiante, arrematava:

"Qualquer forma de provimento em cargo inicial de carreira ou em cargo isolado, que não pressuponha a aprovação em concurso de provas, ou de provas e títulos, para o 'cargo de que se trata', quer-nos parecer ilegítima — seja qual for o nome que se lhe dê. Chamar-lhe acesso ou atribuir-lhe outra denominação adrede excogitada não muda a natureza das coisas. Não há para o funcionário, ocupante de cargo isolado ou de carreira, seja qual for, e desejoso de ingressar noutra carreira, mesmo 'afim', ou de investir-se em outro cargo isolado, nenhum caminho senão o de submeter-se a concurso público de provas ou de provas e títulos. Os cursos que haja seguido, na Administração ou fora dela, bem como os concursos que porventura haja antes prestado, inclusive para o cargo de que seja titular, poderão naturalmente ser-lhe computados como títulos, se for o caso. Mas não o dispensarão, em hipótese alguma, do concurso para o cargo a ser preenchido. Sob esse ponto de vista, o candidato funcionário não goza de qualquer vantagem, 'de iure', sobre o candidato estranho aos quadros funcionais."

Na prática administrativa e na legislação ordinária — a Lei nº 5.645, de 10.12.70 — prevaleceu a tese de que, como a Emenda Constitucional nº 1/69 se referia a "primeira investidura", esta só dizia respeito à nomeação em suas características próprias de provimento originário e autônomo, e não para a ascensão ou acesso que era forma de provimento derivado, ainda que houvesse passagem de uma carreira

para outra, desde que esta fosse mais elevada, porém correlata ou afim daquela. Em geral, o fundamento para essa prevalência foi o da literalidade da expressão "primeira investidura". Expressiva é esta defesa feita por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ("Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos", nota 16, pág. 45, 3ª tiragem da 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981):

"Acesso é a ascensão do funcionário de um cargo situado na última classe de sua carreira (ou série de classes, na terminologia atual) para cargo da classe inicial de outra carreira (ou série de classes) mais elevada e afim, quando se trate de carreiras complementares, em seqüência, isto é, quando a segunda seja, por lei, definida como principal em relação à primeira.

O fato do acesso se fazer para cargo inicial de carreira não implica infringência do artigo 97, § 2º, da Lei Magna. O cargo a que ascende o beneficiado pelo acesso é inicial, mas o provimento não o é. Dada a organização das carreiras (série de classes) em seqüência, embora mantenham, cada qual, sua individualidade, a elevação de alguém da carreira inferior para a superior não burla o princípio da acessibilidade dos cargos públicos, desde que parte das vagas da classe inicial (metade como prevê a legislação) de uma carreira complementar permaneça aberta a todos os interessados."

Teses realmente curiosas. Provimento derivado para cargo inicial, mas só admitido se as carreiras, embora autônomas, forem correlatas, afins ou escalonadas em principais e secundárias. E por que não ingresso em qualquer carreira para quem já havia ingressado em outra inferior mediante concurso para esta, desde que a "ascensão", por ser provimento derivado, implica passagem de carreira inferior para carreira superior? E mais. Preservação do princípio da necessidade do concurso público, porque, embora a ascensão traduzisse passagem de uma carreira para outra, com investidura no cargo inicial desta, uma parte das vagas dela seria reservada aos candidatos de fora do serviço público, o que bastaria para tranqüilizar as consciências quanto à burla do princípio, também constitucional, da acessibilidade, a todos os brasileiros, dos cargos públicos em geral. E tranqüilidade de consciência principalmente porque, até talvez em respeito ao princípio da isonomia, a proporção era igual (50%) para os de dentro e para os de fora do serviço público...

De qualquer sorte — como se vê no levantamento feito pela Procuradoria-Geral da República na Representação de Inconstitucionalidade 1.305 (RTJ 123/852 e segs.) —, com base no entendimento de que a Emenda Constitucional nº 1/69, ao contrário da Constituição de 1967, só exigiria concurso para a primeira investidura em cargo público e que ainda admitia que a lei o dispensasse, mesmo para essa primeira investidura, quando a natureza especial do cargo justificasse tal dispensa, considerou constitucionais leis estaduais que dispensavam o concurso público para o aproveitamento de funcionário em disponibilidade em cargo equivalente ao que tivera, bem como para a transferência de uma carreira para outra.

Não mais aludindo a atual Constituição, em seu artigo 37, II, à "primeira" investidura, nem admitindo que a lei possa dispensar o concurso público de provas ou de provas e de títulos, é evidente que caíram por terra os argumentos que compatibilizavam os institutos da transferência e da ascensão (ou acesso) com o artigo 97, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1/69 exigir este concurso público de provas ou de provas e títulos para a "primeira" investidura em cargo público, e serem aqueles institutos formas de provimento derivado de quem já fora investido, originariamente, em cargo público por concurso.

Essa interpretação que decorre, inequivocamente, do próprio texto constitucional, independentemente do elemento histórico de sua formação, é corroborada categoricamente por este, que demonstra que se trata de modificação consciente e que visou exatamente — como resulta da justificativa da emenda que suprimiu o adjetivo "primeira" que qualificava a "investidura" — a impedir o que a expressão "primeira investidura" permitiria, ou seja:

"O texto, de forma como está redigido, permite o ingresso no serviço público através de um concurso público para carreiras cujas exigências de qualificação profissional sejam mí-

nimas como mero trampolim para, por mecanismos internos, muitas vezes escusos, se atingir cargos mais especializados.

Da mesma forma, por este dispositivo, nada impede que alguém ingresse por concurso em um órgão "x", onde não há grande concorrência, e isso sirva como justificativa para admissão em outro órgão sem qualquer concurso" (emenda supressiva 2T00736-1, apresentada em 11.07.88 e aprovada em votação plenária).

Com essa interpretação, que decorre do próprio texto do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, se coaduna o sistema adotado por outros textos expressos desta. Com efeito, nenhum dispositivo da atual Constituição, direta ou indiretamente, alude aos institutos da ascensão e da transferência que foram a razão de ser da supressão acima referida. Mas, para que não se pretenda levar ao extremo a necessidade de concurso para qualquer cargo ou emprego público em qualquer circunstância, a própria Constituição abre exceções a formas de provimento derivado que expressamente admite. Assim, e ao contrário da Emenda Constitucional nº 1/69, que silenciava quanto à possibilidade de "aproveitamento" de servidor em disponibilidade (art. 100, parágrafo único), a Carta Magna atual (§ 3º do art. 41) estabelece que "extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo". E não é só. Para que não se pretenda que é incompatível com a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público a promoção (provimento também derivado), pois esta pressupõe uma carreira que é formada por uma série de cargos iniciais iguais, escalonando-se em séries de cargos intermediários ascendentes até alcançar-se a série de cargos finais que é o último elo dessa cadeia ascendente, e se poderia sustentar que a ascensão de um cargo de carreira para o imediatamente superior nela seria também uma investidura em cargo público a exigir novo concurso, em diversos dispositivos a atual Constituição alude a cargos de carreira "e a promoção" inclusive "por merecimento", em contraposição à por antigüidade. Aliás, a Constituição, quando se refere a carreiras específicas do Poder Executivo (e, portanto, de servidores públicos sem peculiaridades que os diferenciem, nesses particulares, aos demais servidores públicos em geral) — assim a dos advogados da União e a dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal —, frisa que esses servidores serão organizados em carreira, sendo que o ingresso na classe inicial dependerá de concurso público de provas e títulos (arts. 131 e 132).

O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, portanto, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subseqüentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que à "promoção".

Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.

Nem se pretenda mascarar a ascensão como forma de provimento que se enquadraria no gênero promoção, pois não há promoção de uma carreira inferior para outra carreira superior, correlata, afim ou principal. Promoção — e é esse o seu conceito jurídico que foi adotado pela Constituição toda vez que a ele se refere, explicitando-o — é provimento derivado dentro da mesma carreira. Passagem de uma carreira para outra é saída daquela para ingresso nesta. Só pode decorrer de concurso público de provas ou de provas e títulos, aberto à concorrência de qualquer brasileiro que atenda aos requisitos estabelecidos em lei para esse ingresso (artigo 37, I), sem a possibilidade de se privilegiar alguns com "concur-

cursos internos", de concorrência restrita e de aferição de mérito num universo limitado, deixando aos demais brasileiros uma parte das vagas para uma concorrência sem essa restrição, e que, aí, sim, permite aferição do mérito, como, moralizadoramente, o quer a atual Constituição.

O que não se me afigura possível é que, tendo a Constituição inequivocamente alterado o princípio anterior, se venha a dizer que a alteração nada modificou com relação às conseqüências do princípio alterado, senão na economia vã do desperdício de uma palavra — o adjetivo "primeira" — cuja literalidade é que dava margem à interpretação que agora não tem, sequer, para persistir, esse único suporte.

4. Fixada essa conclusão, tem-se que os dois dispositivos impugnados, além de formalmente inconstitucionais, são também inconstitucionais materialmente.

5. Reza o primeiro deles — o artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro:

"Art. 77. Os servidores públicos civis estatutários ou contratados, que tenham exercido ou estejam no exercício de suas atribuições em qualquer órgão da administração direta do Estado e que comprovem o desempenho das atribuições de encarregado de garagem e motorista, poderão optar pelo ingresso na classe de motorista policial do quadro permanente da polícia civil, no prazo de trinta dias a contar da promulgação desta Constituição."

A imprecisão desse dispositivo — como sói acontecer em disposições dessa natureza — é de tal sorte que, por ele, mesmo o desvio de funções se enquadra na sua hipótese de incidência. Com efeito, se os servidores públicos civis estatutários ou contratados, que tenham exercido ou estejam no exercício de suas atribuições em qualquer órgão da administração direta do Estado e que comprovem o desempenho das atribuições de encarregado de garagem e motorista fossem apenas os motoristas de outros quadros que não o da polícia civil, não teria sentido que os que "tenham exercido" (portanto, no passado) as atribuições de encarregado de garagem ou de motorista comprovem (no presente) o desempenho dessas atribuições que não estão exercendo. Ou, se se interpretar que o texto exige a comprovação (no presente) do desempenho das atribuições de encarregado de garagem ou de motorista (no presente e no passado), também fica sem sentido que o motorista, para transferir-se de um quadro para outro, ambos de motorista, tenha que comprovar que, em algum momento, no serviço público haja exercido suas atribuições. Salvo se quis o texto excepcionar o motorista que jamais tenha exercido as atribuições do seu cargo, por desvio de função, hipótese que, por sua pouca freqüência, não demandaria circunlóquio que abarca também os servidores não-motoristas que estejam desviados de suas funções.

Por outro lado, não se trata sequer de "transferência" em sentido técnico, pois esta, que pode dar-se entre cargos da mesma carreira, mas de quadros diversos, ou entre cargos de mesmo quadro, mas de carreiras diferentes, ou entre cargo isolado e de carreira, e vice-versa, ou, finalmente, entre cargos isolados, não pode, como salienta OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO ("Princípios Gerais de Direito Administrativo", vol. II, 38.10, pág. 410, Forense, Rio de Janeiro) "acarretar alteração de vencimento" e tem de "respeitar a posição profissional do empregado", o que implica dizer que essa mudança não pode acarretar elevação nem diminuição funcional, já que se trata de uma mudança horizontal. No caso, nem isso se dá, pois, como salienta o Governador do Estado o fim a que visa esse artigo 77 é permitir que os favorecidos por ele "passem a ganhar mais" (fl. 4), e isso porque, pelo menos, há gratificações, na polícia em razão de suas atribuições, que não são concedidas aos servidores de outros cargos.

De qualquer sorte, ainda que se tratasse tecnicamente do instituto da transferência, também ele — como já salientei — não mais é admissível em face do inciso II do artigo 37 da atual Constituição. Até o elemento histórico da formação desse dispositivo, com a retirada do adjetivo "primeira" ("primeira investidura), indica que isso se fez, e não há nenhum outro texto constitucional que afaste essa interpretação que, ao contrário, é corroborada pelo elemento sistemático, indica, repito, que isso se fez para impedir "que alguém

ingresse por concurso em um órgão "x", onde não há grande concorrência, e isso sirva como justificativa para admissão em outro órgão sem qualquer concurso" (justificativa da emenda supressiva 2T00736-1).

6. Dispõe o segundo dos artigos impugnados — o 80 do mesmo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro:

"Art. 80 — Fica assegurado aos Detetives-Inspetores e Escrivães de Polícia de 1ª Classe, Bacharéis em Direito, com mais de 10 anos de efetivo serviço no grupo POL que, à época da promulgação da Constituição Federal, possuíam mais de 5 anos na classe e que tenham freqüentado o mínimo de 50% de horas/aulas no curso específico inerente ao cargo, o aproveitamento na classe inicial do cargo de Delegado de Polícia."

No caso, não se trata sequer, propriamente, de ascensão funcional, instituto esse a que alude a Constituição do Estado do Rio de Janeiro no artigo 185, § 1º — que é objeto da ação direta de inconstitucionalidade 245, de que também sou relator — no qual se lê:

"Art. 185 (...)

§ 1º — A carreira de Delegado de Polícia faz parte da carreira única da polícia civil, dependendo o respectivo ingresso de classificação em concurso público de provas e títulos e, por ascensão, sendo que metade das vagas será reservada para cada uma dessas formas de provimento podendo ser aproveitadas para concurso público as vagas que não forem preenchidas pelo instituto da ascensão."

Por isso mesmo o referido artigo 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estadual não se refere à ascensão, mas diz que, no caso, se trata de um "aproveitamento", termo aí empregado em sentido vulgar e, portanto, não-técnico. Em outras palavras, trata-se de ingresso em outra carreira sem concurso, e até sem o preenchimento integral do requisito do curso específico inerente ao cargo de Delegado de Polícia. Não o permite o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

7. Em face do exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro.

EXTRATO DE ATA

ADIn 231-7 — RJ — Rel.: Min. Moreira Alves. Reqte.: Governador do Estado do Rio de Janeiro (Advs.: José Eduardo Santos Neves e outros). Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: Após o voto do Relator, que julgava procedente a ação e declarava a inconstitucionalidade dos arts. 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro, pediu vista dos autos o eminente Ministro Célio Borja. Plenário, 08.08.91.

Presidência do Senhor Ministro Octávio Gallotti, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Presentes a sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Sydney Sanches, Presidente.

Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, substituto.

PEDIDO DE VISTA

O Senhor Ministro Marco Aurélio — Senhor Presidente, aguardava o voto do Ministro Célio Borja sobre a matéria, até mesmo para uma reflexão maior, isto considerado o voto que proferi em relação à própria Constituição do Estado do Rio de Janeiro, envolvendo titulares de cartórios e aposentadorias — a fixação de proventos desses titulares — mas S. Exª, até certo ponto, infelizmente, deixou-nos. Até certo ponto, porque o fez para ocupar o Ministério do Estado.

Não obstante, recebi, ontem à tarde, um memorial sobre esses dois processos, ou, pelo menos, sobre um desses processos, e não tive oportunidade de examiná-lo.

Por isso, Senhor Presidente, com a vênia do nobre Relator e também do Ministro Ilmar Galvão, solicito vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

ADIn 231-7 — RJ — Rel.: Min. Moreira Alves. Reqte.: Governador do Estado do Rio de Janeiro (Advs.: José Eduardo Santos Neves e outros). Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: Após o voto do Relator, que julgava procedente a ação e declarava a inconstitucionalidade dos arts. 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro, pediu vista dos autos o eminente Ministro Célio Borja. Plenário, 08.08.91.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude da necessidade de ausentar-se o Ministro Célio Borja (que havia pedido vista dos autos), para presidir sessão do Tribunal Superior Eleitoral. Plenário, 19.12.91.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator e Ilmar Galvão, que julgavam procedente a ação e declaravam a inconstitucionalidade dos artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Marco Aurélio. Plenário, 08.08.92.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

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

VOTO (VISTA)

O Senhor Ministro Marco Aurélio — Inicialmente, consigno que recebi estes processos para exame em 10 de abril de 1992, liberando-os no dia 30 de maio seguinte.

Estes processos foram apregoados em conjunto, sendo que, na assentada alusiva ao início do julgamento, o Ministro Relator, acompanhado pelo Ministro Ilmar Galvão, concluiu pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro neles impugnados — artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, na ação direta de inconstitucionalidade nº 245, o § 1º do artigo 185 do corpo permanente da referida Carta.

Permito-me votar em ambos os processos procedendo ao destaque das matérias versadas em cada qual, pois nelas encontro alguns aspectos que as individualizam. Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade nº 231 versa sobre preceitos constitucionais relativos ao aproveitamento de servidores, mediante opção por ingresso na classe de motorista policial do Quadro Permanente da Polícia Civil e na classe inicial do cargo de Delegado de Polícia, a ação direta de inconstitucionalidade nº 245 diz respeito a parágrafo de artigo do corpo permanente da Constituição Estadual em que se prevê o enquadramento do cargo de Delegado de Polícia na "carreira única da Polícia Civil", dispondo ainda a norma sobre o ingresso na carreira por concurso público e a movimentação com base no instituto da ascensão funcional, para o que foi reservada metade das vagas.

Aprecio, em primeiro lugar, o que constante da ação direta de inconstitucionalidade nº 231.

Eis os preceitos atacados:

"artigo 77 — Os servidores públicos civis estatutários ou contratados, que tenham exercido ou estejam no exercício de suas atribuições em qualquer órgão da administração direta do Estado e que comprovem o desempenho das atribuições de encarregado de garagem e motorista, poderão optar pelo ingresso na classe de motorista policial do Quadro Permanente da Polícia Civil, no prazo de trinta dias a contar da promulgação desta Constituição".

"artigo 80 — Fica assegurado aos Detetives-Inspetores e Escrivães de Polícia de 1ª Classe, Bacharéis em Direito, com mais de 10 anos de efetivo serviço no grupo POL que, à época da promulgação da Constituição Federal, possuíam mais de 5 anos na classe e que tenham freqüentado o mínimo de 50% de horas/aula no curso específico inerente ao cargo, o aproveitamento na classe inicial do cargo de Delegado de Polícia".

O Requerente, o Governador do Estado do

Rio de Janeiro, aponta a contrariedade aos artigos 37, inciso II, 61, par. 1º, inciso II, alínea "a" e 84, inciso VI da Lei Básica Federal, asseverando que os princípios neles insertos foram colocados em plano secundário pelo legislador constituinte estadual.

Em primeiro lugar, ressalto que no julgamento de um pedido formulado na via da ação direta de inconstitucionalidade há de se distinguir a natureza da norma impugnada — se ordinária ou constitucional, devendo-se resistir, também, à tentação de julgá-la sob o ângulo da conveniência e da oportunidade do ato impugnado. Ambas afiguram-se como predicados da atuação política e ao Supremo Tribunal Federal não compete a censura do ato normativo sob tal óptica, especialmente com o fim de declará-lo inconstitucional. No campo da conveniência e da oportunidade em disciplinar desta ou daquela forma os próprios serviços e as estruturas organizacionais, os Estados gozam de autonomia e somente estão sujeitos aos princípios constantes da Lei Básica Federal, entendendo-se como tais aqueles que, uma vez desprezados, coloquem em jogo a harmonia norteadora do próprio sistema federativo e o equilíbrio entre os Poderes. Este enfoque, no que homenageia a liberdade organizacional dos Estados-membros e preserva, a um só tempo, a supremacia da Carta Federal, ganha importância ímpar quando em questão não uma simples lei estadual, mas dispositivo da própria Constituição do Estado.

Assim, parto da premissa de que a declaração de inconstitucionalidade de preceito de Constituição estadual há de decorrer de flagrante desprezo a princípio constante da Constituição Federal, sem o que descabe a atuação principal do Supremo Tribunal Federal — de guardião da Carta. Impossível é exacerbar a noção decorrente da chamada simetria para, a partir dela, fulminar dispositivos das Constituições estaduais. A assim não se entender, estarão descaracterizadas as Cartas estaduais, passando a revelar cópias fiéis da Federal, com inegável prejuízo para o sistema federativo.

Por isso mesmo — repito — levo em conta que, em ambos os processos, os pedidos estão direcionados de modo a fulminar não preceitos de índole ordinária, mas constitucionais, resultantes dos trabalhos desenvolvidos pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, investida dos poderes constituintes outorgados em face à regra do artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Diploma Maior da República.

DA INEXISTÊNCIA DO CONCURSO PÚBLICO

Projeto para o término deste voto o exame da repercussão do fato de na atual Carta não haver alusão à primeira investidura no cargo.

O artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta do Estado do Rio de Janeiro dispôs sobre a opção de determinados servidores pelo ingresso na classe de motorista policial do Quadro Permanente da Polícia Civil. Portanto, a norma em comento diz respeito ao aproveitamento não de cidadãos comuns, mas de prestadores de serviços que, à época da promulgação da Carta, já se encontravam integrados à administração direta do Estado. Como o concurso, antes mesmo da Carta de 1988, era condição *sine qua non* para o ingresso no serviço público, é mister ter-se em conta a ocorrência do atendimento ao que exigido constitucionalmente. O preceito que se pretende ver alvejado contempla, com o direito à opção, pessoas que já haviam ingressado no serviço público e que, portanto, submeteram-se a concurso.

Sob tal ângulo, não procede o pedido de declaração de inconstitucionalidade, valendo notar que também a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre o ingresso em nova carreira sem impôr a necessidade de feitura de um novo concurso. Cito, para exemplificar, a opção proporcionada aos Procuradores da República em relação à nova carreira da Advocacia-Geral da União e, também, a passagem dos integrantes dos quadros suplementares dos Ministérios Públicos do Trabalho e Militar para os alusivos às carreiras pertinentes — pars. 2º e 4º do artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Os Constituintes, nas órbitas federal e estadual, atenderam às peculiaridades notadas à época, valendo frisar que, em relação ao Ministério Público do Trabalho, sequer foram contemplados concursados, o

que, ao que tudo indica, não é o caso dos beneficiários da norma estadual.

O mesmo entendimento adoto em relação à regra, também transitória, do artigo 80 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no que assegurou aos detetives-inspetores e aos escrivães de polícia de primeira classe, bacharéis em Direito e com mais de dez anos de efetivo serviço no grupo POL e que, à época da promulgação da Carta, contassem com mais de cinco anos da classe e com 50% de horas-aula no curso específico, o aproveitamento na classe inicial do cargo de Delegado de Polícia.

Ressalto, mais uma vez, que a hipótese não comporta o exame dos requisitos "conveniência" e "oportunidade", cabendo perquirir tãosomente a observância do princípio segundo o qual o ingresso em cargo público há de ocorrer mediante concurso. Os servidores públicos beneficiados com o preceito ingressaram nos cargos que ocupavam à época da promulgação da Carta pela via do concurso e, assim, sequer se faz necessária a interpretação conforme o texto constitucional federal para chegar-se, admitindo-se aplicável a norma apenas aos concursados, à conclusão sobre a improcedência da pecha.

DA INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

Decorre do dispositivo evocado pelo Requerente como a consubstanciar princípio constitucional obrigatório no âmbito dos Estados-membros que a iniciativa de leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou sobre aumento de remuneração é do Chefe do Poder Executivo — alínea "a" do inciso II do artigo 61 da Constituição Federal. O preceito muito tem a ver com a separação e a harmonia entre os Poderes. Encerra a competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo para a iniciativa de leis que versem sobre tais matérias quando ligadas à administração direta e autárquica. Compulsando-se a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, verifica-se que o princípio foi observado. Repetiu-se o que constante da Carta Federal, com a particularidade de se haver explicitado que a iniciativa diz respeito às leis aplicáveis no âmbito do Executivo — alínea "a" do inciso II do artigo 112. Em momento algum atribuiu-se a outrem a iniciativa de leis direcionadas ao pessoal do Executivo, valendo notar que o princípio não alcança a impossibilidade de a Assembléia Estadual Constituinte, presentes quadro e circunstância próprios, regular determinada matéria, desde que o faça, como ocorreu na hipótese dos autos, de forma transitória, verdadeira repetição da prática adotada no âmbito federal, em relação à qual até aqui ninguém argüiu a inconstitucionalidade.

Também sob este ângulo concluo pela ausência de malferimento a princípio constante da Carta Federal, ou seja, o de que incumbe ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre o próprio quadro de pessoal. Trata-se de norma inibidora da atuação do legislador comum e não do legislador constituinte, no que atue no campo das disposições transitórias visando a atender a peculiaridades reinantes no Estado.

DA COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PARA DISPOR SOBRE A ORGANIZAÇÃO E O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO, NA FORMA DA LEI

Mais um princípio observado pelos Constituintes dos Estados do Rio de Janeiro. O inciso VI do artigo 142 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro repete, com todas as letras, o que se contém no inciso VI do artigo 84 da Carta Federal. Novamente olvida-se que, no caso, ocorreu a disciplina de determinada matéria não pelo legislador comum, mas pelo próprio constituinte e isto se deu com limitação no tempo, ou seja, mediante preceito de natureza transitória. Também aqui não tenho como procedente a articulação do Requerente.

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 245

Nesta está em discussão o § 1º do artigo 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que, versando sobre o instituto da ascensão, conduziu-me a analisar, à luz do que nele disposto, o problema da exigência, ou não, de novo concurso público na passagem de um para outro cargo, estando ambos situados na mesma carreira. Até que ponto interfere na ascensão o fato de a Carta de 1988, ao contrário

da anterior, não repetir a expressão "primeira investidura"?

A norma atacada, ao contrário das mencionadas na ação direta de inconstitucionalidade nº 231, está inserta no corpo permanente da Carta do Estado do Rio de Janeiro e diz respeito, especialmente por se tratar daquele Estado, a um dos mais indispensáveis serviços que o Estado está obrigado a prestar à sociedade — o da segurança pública. Versa o preceito atacado sobre a estruturação da Polícia Civil, prevendo-se no *caput* do artigo, em harmonia com a Constituição Federal, que a direção do Órgão cabe a Delegado de Polícia de carreira, incumbindo-lhe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares.

Não obstante, assevera-se que o § 1º do artigo 185 é inconstitucional, isto em face do enquadramento do cargo de Delegado de Polícia na carreira única da Polícia Civil, por ele criada, e da determinação de que o ingresso far-se-á mediante classificação em concurso público de provas e títulos, reservado o percentual de 50% das vagas para a movimentação dos respectivos integrantes mediante ascensão funcional.

De início, afasto o argumento, *ad terrorem*, sobre a introdução de isonomia abrangente ou de vinculação remuneratória considerados os preceitos dos artigos 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal. No § 1º em comento não se cuida de isonomia por semelhança, mas, tão-somente, visando à estruturação de carreira que se quis única — da Polícia Civil — cogita-se da organização desta a ponto de ser alcançado, no ápice, o cargo de Delegado de Polícia. Objetivando-se estimular os que a integram, prevê-se, expressamente a movimentação a ser feita. É de se presumir que esta venha a ocorrer de forma organizada e abstrata, sem preterições, restando expungido, portanto, procedimento que possa conflitar com o princípio da moralidade administrativa.

Senhor Presidente, no sistema federativo assegura-se aos Estados uma boa dose de autonomia e esta abrange a instituição de carreira e dos planos que devam norteá-la, conforme previsto no artigo 39 da Constituição Federal. Impossível é concluir que o § 1º do artigo 185 da Constituição do Rio de Janeiro contrarie princípio básico da Carta Federal, no que encerra a criação de carreira única na Polícia Civil, integrando-a o cargo de Delegado de Polícia que, em tempo já distante, teve *status* invejável. A dinâmica da atividade policial conduziu a uma verdadeira pulverização, a ponto de se ter, em uma mesma delegacia policial, vários delegados, cada qual com posição singular e com atribuições individualizadas.

No entanto, ao que tudo indica, o Requerente receia a ocorrência de desvios de finalidade e, considerados os fatos condenáveis do passado, reveladores de apadrinhamentos, ataca com veemência o instituto da ascensão funcional consagrado em preceito da Carta do Estado. A ênfase emprestada aos aspectos negativos da ascensão traz à minha memória o exemplo da extirpação da doença pela morte provocada daquele que dela se encontre acometido. Implica o esvaziamento completo de algo que a experiência revela ser inerente ao serviço público e que até mesmo mereceu especial atenção do legislador constituinte de 1988. Refiro-me à carreira, no que prevista, como de adoção obrigatória, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios — artigo 39.

Carreira e ascensão coabitam o mesmo teto. São irmãs siamesas. Sem a segunda não se tem a primeira, ficando os servidores impossibilitados de alcançar cargos mais elevados, o que não condiz com a necessidade de estimular-se o aprimoramento indispensável à prestação de bons serviços pela administração pública.

Evoca-se, com ênfase, na inicial, em interpretação que mais atende ao sentido gramatical, o fato de na atual Carta não haver menção à especificidade quanto à investidura, isto ao cogitar-se do concurso público. É certo que o legislador constituinte abandonou a consagrada cláusula da primeira investidura por concurso, sugerindo, ao primeiro exame, que, seja qual for a hipótese, deve ocorrer a observância de idêntico critério, como se tivesse querido criar a figura dos campeões de concursos públicos no âmbito da administração. Ledo

engano. Repito o que tive oportunidade de externar quando, no âmbito do Tribunal, exarei parecer como membro da Comissão de Regimento Interno, oportunidade na qual formei na fileira dos inúmeros Tribunais do País no que vêm procedendo à movimentação dos respectivos servidores pela via da ascensão funcional:

1. Constituição Federal anterior dispunha que "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" — artigo 97, § 1.º.*

Já a de 1988 trouxe à baila novidade, pois deu-se o desprezo pelo vocábulo limitativo "primeira" dispondo o artigo 37, inciso I, que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Do cotejo dos dois dispositivos constitucionais exsurge não só o abandono da forma limitadora, como também a elucidação dos casos em que possível a investidura sem o concurso público, antes aberta à disciplina legal ordinária.

2. De início, assenta-se o alcance maior da modificação — as formas derivadas de provimento. Ao primeiro exame, toda e qualquer investidura em cargo ou emprego público há que decorrer de concurso público. Esta é a regra que, observado o princípio da razoabilidade, sugere algumas exceções e que, sem maior esforço, podem ser vislumbradas na reintegração prevista no próprio artigo 42, § 2.º, da Lei Básica em vigor e que diz respeito à demissão do servidor estável invalidada por sentença, no aproveitamento previsto no § 3.º do citado artigo, decorrente de deliberação da Administração sobre a extinção de cargo ou declaração de sua desnecessidade, já que o preceito constitucional alude ao fenômeno considerado "outro cargo".

Na hipótese, dá-se o ingresso diverso do inicial sem que se faça presente a exigência de novo concurso. A reversão também está alcançada pela exceção. Cessados os motivos que autorizaram a aposentadoria por invalidez, o servidor público reingressa no serviço público, sem a necessidade de fazer novo concurso. A reversão é automática e atende aos interesses da própria Administração Pública. Somente está vedada pela Carta a reversão a pedido, pois, no caso de retorno, o ex-servidor que pretender retornar deve submeter-se a concurso público. Também está no sítio da proibição a forma derivada de investidura que é a readmissão. Neste caso, tem-se uma nova investidura, quer se considere o desligamento espontâneo, quer o compulsório decorrente da aplicação da pena de demissão. Em ambas as hipóteses, verifica-se o rompimento da relação mantida com a Administração Pública. Por isso mesmo, o reingresso pressupõe a submissão à exigência do artigo 37, inciso II, da Lei Básica Federal.

Quanto ao instituto da ascensão, tomado por alguns como progressão funcional para categoria diversa, o que para mim ascensão é, cumpre distinguir as soluções sob o ângulo da clientela, pois a Constituição Federal em vigor não o obstaculiza peremptoriamente. Admite-o desde que entre os cargos envolvidos haja interligação, ou seja, afinidades entre as funções a eles inerentes. Assim o é porque a atual Carta não fulminou a possibilidade de observar-se, no serviço público, a carreira, compreendida esta como reveladora de cargos diversos que possuem pontos em comum. Ao contrário, em prol da Administração Pública e, inegavelmente, também em benefício do próprio servidor, o legislador constituinte a previu, evitando, destarte, a fossilização dos respectivos quadros ou a prejudicial rotatividade. Confira-se com o disposto no artigo 39, *caput:*

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e plano de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas."

Portanto, a carreira está prevista constitucionalmente, cabendo a cada unidade da Federação disciplinà-la, atendidos os pressupostos que obstaculizem o esvaziamento da nor-

ma insculpida no inciso II do artigo 37 da Lei Básica. Se de um lado é correto afirmar-se a abrangência da carreira a ponto de contemplar movimentação considerados os cargos que a integram, de outro não menos correto é que não deve ser palco para o agasalho de privilégio dos que já se encontrem investidos em um cargo ou emprego público, mediante vantagem ilimitada frente àqueles que, estranhos à Administração, pretendam nesta ingressar.

A mudança de categoria, sem concurso, mediante nova investidura, somente está expungida do cenário jurídico quando entre o cargo ocupado e o pretendido inexiste a indispensável relação, de modo a que se conclua situarem-se, ambos, na mesma carreira, entendida esta em seu real significado, ou seja, como fenômeno viabilizador do aprimoramento constante, quer do servidor enquanto pessoa humana, quer da Administração Pública, no que voltada à prestação de bons serviços à comunidade.

Frise-se que na definição dos cargos compreendidos em determinada carreira deve sobressair o aspecto real — princípio da realidade — em detrimento do formal, mesmo porque ainda que existente lei dispondo de forma discrepante e, assim, interligando cargos que nada têm em comum, o conflito com a Carta mostra-se manifesto.

Destarte, cumpre verificar, caso a caso, se a ascensão disciplinada em lei e a ser implementada repousa em dado da maior importância — ser a clientela ocupante de cargo componente na carreira e que, portanto, com o almejado se mostre compatível, em face às atividades desenvolvidas.

Em síntese, o que não é mais possível é a investidura em cargo ou emprego público sem observância da exigência constitucional — o concurso público — para o ingresso em uma nova carreira, passando o servidor a desenvolver atividade totalmente estranha à do cargo primitivo.

A exigência do concurso público de que cuida o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal não alija, de forma peremptória, a transposição de um cargo a outro. Com a Lei Básica é compatível tal mudança toda vez que entre os cargos haja ligação, consideradas as atividades que lhes sejam próprias, dado indispensável a concluir-se coabitarem o teto da mesma carreira, cuja introdução, na Administração Pública, é mandamento constitucional.

A socorrer esta óptica, no que homenageia a interpretação sistemática e a teleológica, em detrimento da gramatical, está a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que, editada por força do artigo 39 da Constituição Federal, contempla não só a readaptação, a reversão, o aproveitamento, a reintegração, a recondução, todas formas derivadas de provimento, como também a promoção, com referência explícita à ascensão funcional, sendo indiscutível a aplicação de tal Diploma aos servidores públicos da União — artigos 1º e 8º.

Destarte, jungindo-se o § 1º do artigo 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro à ascensão daqueles situados em carreira única — a da Polícia Civil — impossível é tomá-lo como inconstitucional, no que despreza a feitura de sucessivos concursos públicos, satisfazendo-se com o relativo ao ingresso no cargo que seja o inicial da carreira. Frise-se que no preceito sequer há elucidação quanto aos diversos cargos que compõem a carreira, muito embora a expressão "carreira única da Polícia Civil", ramo da administração pública altamente especializado, direcione a consideração dos diversos cargos, isto em face à gradação hierárquica funcional ditada por Lei.

Dizer-se, a esta altura, que a passagem de um para outro cargo da mesma carreira somente é possível pela via do concurso público é afastar as perspectivas do servidor quando do ingresso no serviço público, esvaziando-se o significado do artigo 39 da Constituição Federal no que, ao prever a adoção do regime único, alude ao implemento do plano de carreira.

Por tudo e porque não posso substituir-me ao legislador constituinte estadual no campo da conveniência e da oportunidade, julgo improcedentes os pedidos formulados nas duas ações diretas de inconstitucionalidade, declarando, assim, a constitucionalidade dos artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e do § 1º do artigo 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. É como voto, com a devida vênia daqueles que me antecederam.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, começo por votar na ADIn 245, do Rio de Janeiro.

Afirma-se que é inconstitucional o § 1º do art. 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece:

§ 1º — A carreira de Delegado de Polícia faz parte a carreira única da polícia civil, dependendo o respectivo ingresso de classificação em concurso público de provas e títulos e, por ascensão, sendo que metade das vagas será reservada para cada uma dessas formas de provimento, podendo ser aproveitadas para concurso público as vagas que não forem preenchidas pelo instituto da ascensão."

Afirma-se que é inconstitucional a disposição que assegura o provimento derivado nessa carreira, mediante ascensão.

Sr. Presidente, tenho como inconstitucional o dispositivo. A carreira de delegado de polícia é uma carreira única, bem ressaltou o Sr. Ministro Relator, carreira que mereceu distinção na Constituição Federal (art. 144, § 4º).

Na verdade, as funções do delegado de polícia apresentam certa especialidade, ou um alto teor de responsabilidade. O delegado de polícia é autoridade processante, autoridade, portanto, que dirige o inquérito policial, responsável pela acusação que se faz àqueles que infringem a lei, responsável pela acusação que será levada ao Ministério Público e que servirá de base à ação penal.

As funções de delegado de polícia, repito, apresentam especialidade e um alto teor de responsabilidade. Ajuntando-se isto à disposição constitucional que distingue esta carreira, não posso admitir que pelo provimento derivado sejam nela investidos integrantes de carreiras outras da Polícia Civil. Dou ênfase à especialidade das funções, porque sou tendente a reconhecer que algumas carreiras, no serviço público, apresentam — e, aliás, isto foi ressaltado também no Parecer da Procuradoria-Geral da República — características assemelhadas pelo que podem, na verdade, ser postas numa só carreira. Não é o que ocorre, entretanto, no caso.

Destarte, Sr. Presidente, no que toca à ADIn 245, meu voto é no sentido de, acompanhando o Sr. Ministro Relator, dar pela inconstitucionalidade do dispositivo objeto da ação direta.

Examino a ADIn 231, onde são acoimados de inconstitucionais os arts. 77 e 80.

No que toca ao art. 80, os argumentos já expostos são pertinentes. Este artigo 80 e, também, o art. 77, são inconstitucionais.

De fato, a Constituição de 1988 inovou, sobremaneira, no que toca ao ingresso no serviço público. Esta Constituição perfilhou postura republicana ao estabelecer no seu art. 37, inciso II, que:

"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Sr. Presidente, numa república, a única discriminação possível é aquela que se faz com base no talento das pessoas, assim no seu mérito pessoal. Porque, dizia o meu velho mestre na Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas, o saudoso Prof. Arthur Versiani Velloso, o gênio se compõe de 5% de inspiração e de 95% de transpiração. Genialidade ou talento, pois, nada mais é do que esforço pessoal, noites indormidas, trabalho, luta. Por isso, justifica-se o discrímen com base no talento das pessoas, no mérito pessoal das pessoas.

Dessa forma, ostentando essa postura republicana, democrática, pugnando pela igualdade, a Constituição de 1988 quer que a investidura — não apenas a primeira investidura — em cargo público somente se faça mediante a aprovação em concurso público (C.F., art. 37, II). A Constituição pretérita falava em primeira investidura. Esses provimentos derivados, portanto, eram possíveis na Carta anterior. Presentemente, entretanto, eles já não são legítimos.

Estaria disposto e até me reservo para, numa outra oportunidade em que a questão novamente se colocar, em reexaminá-la, tendo em vista o disposto no art. 39 da Constituição, que deseja o estabelecimento de planos de carreira, quando estivermos diante de cargos ou de funções que apresentam características absolutamente assemelhadas. Nesses casos, penso,

nos casos em que os cargos ou funções apresentam tais características, a solução seria colocar tais cargos ou funções numa só carreira e assim propiciar as promoções dos servidores. Essa questão, entretanto, seria examinada oportunamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Uma distorção, algo extraordinário, norteando um procedimento em definitivo a ponto de fulminar-se o que foi agasalhado pela Carta: a carreira. Não podemos generalizar, nem chegar a tanto.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Amanhã poderemos estar diante de carreiras ou de funções.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Cito o exemplo do Judiciário: temos a movimentação da categoria de auxiliar para a categoria de técnico. Sabidamente, inúmeros auxiliares desempenham atividade de técnico. Vamos agora fulminar essa carreira, que existe no âmbito do Judiciário?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: V. Exa. deu um exemplo que realmente me sensibiliza. No Superior Tribunal de Justiça, havia auxiliares que exerciam as mesmas funções dos técnicos judiciários. Isto ocorre também nesta Casa. Então, tratando-se de funções com características de absoluta assemelhação, acho que, em obséquio ao art. 39, que manda constituir carreira, talvez fosse possível...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A carreira, com o predicado da movimentação, ficará restrita em níveis, a referências, sem nenhuma perspectiva maior para o servidor, sem um desafio, até mesmo quanto ao aprimoramento constante e interminável, enquanto houver vida.

O Sr. Minisro Carlos Velloso: Estamos aqui diante da carreira de Delegado de Polícia que, como já falamos, ostenta funções de alta responsabilidade e com bastante especialidade.

De outro lado, o art. 77 do ADCT da Constituição do Rio de Janeiro diz que:

"Art. 77 — Os servidores públicos civis estatutários ou contratados, que tenham exercido ou estejam no exercício de suas atribuições em qualquer órgão da administração direta do Estado e que comprovem o desempenho das atribuições de encarregado de garagem e motorista, poderão optar pelo ingresso na classe de motorista policial do quadro permanente da polícia civil, no prazo de trinta dias a contar da promulgação desta Constituição."

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sr. Ministro, mas V.Exa., admite que, na hipótese de disponibilidade desses servidores, a Administração Pública pode convocá-los, posteriormente, para esses cargos, embora no âmbito da polícia.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sob o pálio da Constituição pretérita, ocorreram verdadeiros absurdos: o indivíduo prestava concurso para porteiro e chegava a médico; para assistente administrativo e chegava a Procurador.

Peço vênia ao sr. Ministro Marco Aurélio para julgar procedentes as ações.

VOTO

O Senhor Ministro Celso de Mello: O postulado constitucional do concurso público, enquanto regra concretizadora do princípio da isonomia, traduz-se na exigibilidade, para efeito de investidura em cargo público, de prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos.

Essa exigência, muito embora correspondesse, na vigência da Constituição anterior, apenas à primeira investidura, passou a estender-se, *genericamente,* com a promulgação da Constituição de 1988, à *"investidura em cargo ou emprego público",* quer mediante provimento originário, quer mediante provimento derivado.

Não obstante o pronunciamento de eminentes autores, tais como HELY LOPES MEIRELLES ("Direito Administrativo Brasileiro", p. 370, 15ª ed., 1990), DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO ("Curso de Direito Administrativo", p. 234, 7ª ed., 1989, Forense), J. CRETELLA JÚNIOR ("Comentários à Constituição de 1988", vol. IV/2.178, 1991, Forense Universitária) e IVAN BARBOSA RIGOLIN ("O Servidor Público na Constituição de 1988", p. 129, 1989, Saraiva), sustentando que a exigência de concurso público adstringe-se, mesmo sob a vigente ordem constitucional, aos casos de provimento originário, entendo que razão assiste àqueles cujo magistério acentua que a exigibilidade do certame não mais se limita à hipótese singular da pri-

meira investidura em cargos, funções ou empregos públicos. É bastante expressiva, neste ponto, a lição doutrinária de ADILSON ABREU DALLARI ("Regime Constitucional dos Servidores Públicos", p. 37, 2ª ed. 1990, RT), para quem

"... o concurso público é um instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Por isso, qualquer dúvida a respeito da realização de um concurso público deve ser resolvida à luz desses princípios, desprezando-se preciosismos inúteis, literalidades exacerbadas, e questiúnculas de somenos, bem como proscrevendo-se as meras encenações levadas a efeito para mascarar escolhas subjetivas.

Esta última observação ganha importância diante da constatação de que a exigência de concurso, agora, na Constituição de 1988, é muito mais ampla do que aquilo que constava literalmente no texto decaído de 1969.

Com efeito, a Carta anterior, em seu art. 97, § 1º, falava em 'primeira' investidura e apenas em 'cargo' público. Já foram anteriormente expostas as conseqüências desastrosas dessa redação. Para evitar a repetição das burlas e dos subterfúgios o texto atual procurou 'cercear' o concurso dispondo, no inciso I do art. 37, que ele é obrigatório para qualquer investidura, seja em cargo, seja em emprego público".

Mesmo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ("Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta", p. 45, 1990, RT), cujo escólio ressalta a tese de que o princípio do concurso público incide, tão-somente, na hipótese de provimento originário ou inicial, adverte quanto à ilegitimidade constitucional de certos expedientes legislativos que objetivam, em última análise, fraudar o princípio do concurso público:

"... a existência de formas de provimento derivadas, de modo algum significa abertura para costear-se o sentido próprio do concurso público. Como este é sempre específico para dado cargo, encartado em carreira certa, quem nele se investiu não pode depois, sem novo concurso público, ser trasladado para cargo de natureza diversa ou de outra carreira melhor retribuída ou de encargos mais nobres e elevados.

O nefando expediente a que se alude foi algumas vezes adotado, no passado, sob a escusa de corrigir desvio de funções ou com arrimo na nomenclatura esdrúxula de 'transposição de cargos'. Corresponde a uma burla manifesta do concurso público. É que permite a candidatos que ultrapassaram apenas concursos singelos, destinados a cargos de modesta expressão — e que se qualificaram tão-somente para eles — venham a aceder, depois de aí investidos, a cargos outros, para cujo ingresso se demandaria sucesso em concursos de dificuldades muito maiores, disputados por concorrentes de qualificação bem mais elevada".

Os dispositivos impugnados conferem ao servidor público estadual benefício que não é compatível com o regime constitucional definidor da exigência incontornável do concurso público, cuja fiel observância busca realizar postulados de ordem ético-jurídica, essenciais à concretização dos princípios básicos da igualdade e da moralidade administrativa.

É importante ressaltar, neste ponto, que a Constituição Federal vigente fortaleceu o postulado do concurso público, na medida em que excluiu do âmbito de sua incidência apenas as hipóteses de cargos públicos de livre provimento. Vale dizer, de provimento em comissão (art. 37, II, "in fine").

A norma consubstanciada no artigo 37, II, da Constituição promulgada em 1988, ao não mais se referir à primeira investidura, universalizou a aplicabilidade do princípio do concurso público e tornou ilegítimo o provimento de cargos públicos sem a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as hipóteses previstas em normas de natureza constitucional, como aquelas que dispõem sobre a promoção nos cargos estruturados em carreira.

Normas que, ao assegurarem o aproveitamento de servidores públicos ou ao garantirem a sua ascensão funcional, tornem dispensável a realização do necessário concurso público, incidem na censura jurídica do eminente Professor e Desembargador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("O Concurso na Constituição Estadual", "in" RDPG/GB, vol. 17, p. 83, 1967), para quem

"O requisito constitucional é o do concur-

so, que pode ser só de provas, ou de provas e títulos, e a 'contrário sensu', evidentissimamente, não pode ser só de títulos. O concurso tem de ser público (...) a matéria é daquelas em que os Estados-membros não podem aberrar da disciplina adotada pela União (...).

Concurso público quer dizer concurso aberto a todos aqueles, funcionários ou não, que preencham as condições estipuladas para a inscrição, e entre as quais não pode figurar a de pertencer o candidato aos quadros funcionais do Estado ou de outra entidade política, nem, por mais forte razão, a uma categoria funcional específica. (...). Não é dado à Administração, em abrindo concurso, limitar a faculdade de inscrição a interinos, ou a servidores públicos em geral, ou a ocupantes dos cargos de determinada carreira, afim ou não daquela em que existem as vagas a preencher. Ilegítima seria tal restrição mesmo que estabelecida em caráter parcial, para certo número de vagas ou certa fração do total de vagas a cujo preenchimento visa o concurso. Não há como reservar parte das vagas para serem preenchidas exclusivamente por funcionários, ou por ocupantes de tais ou quais cargos, ou por interinos. Qualquer dessas práticas atenta contra o princípio da publicidade, que reclama 'as mesmas oportunidades para todos' (...)."

A par desse vício, de índole material, há, ainda, um aspecto formal de inconstitucionalidade, concernente à ofensa ao princípio da separação de poderes, configurada pelo cerceamento, por órgão situado na esfera de outro Poder, da atuação do Executivo, para efeito da instauração autônoma do processo de formação das leis.

Com efeito, ao editar as normas ora impugnadas, o constituinte estadual antecipou-se ao Poder Executivo, condicionando-lhe a atuação em matéria que, por dizer respeito ao provimento de cargos públicos que lhe integram a estrutura jurídico-administrativa, insere-se na esfera de sua própria competência.

Por todo o exposto — e com a vênia do em. Min. MARCO AURÉLIO —, acompanho o voto do Relator para julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, quando do início deste julgamento, a mim e ao Ministro CÉLIO BORJA — o que justificou o pedido de vista de S. Exa. — preocupara, sobretudo, a ênfase que o voto do eminente Relator dera à questão da inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. Malgrado a adesão que colheu dos eminentes Ministros ILMAR GALVÃO e CELSO DE MELLO, no ponto, o eminente Relator, hoje, ele próprio, na réplica ao brilhante voto dissidente, até aqui, do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, colocou em segundo plano esse problema, no caso.

2. Explicito apenas a minha ressalva: continuo opondo profundas reservas à tese que transplanta, sem o necessário grão de sal, as restrições à iniciativa legislativa do Poder Legislativo instituído às Assembléias Constituintes Estaduais. Este seria um caso limite, em que talvez chegasse, até, se necessário fosse, a admitir a inconstitucionalidade formal, porque, evidentemente, o tema de que cuida, sobretudo, a primeira das ações diretas, a ADIn 231, é de tal modo estranho à tarefa da Assembléia Constituinte Estadual, que se poderia caracterizar de fato, concretamente, como fraude à iniciativa legislativa do Executivo, na normalidade das coisas. Mas quero apenas deixar bem claro que não estou ainda enfrentando este tema da cogitada inconstitucionalidade formal de normas constitucionais estaduais por usurpação da reserva de iniciativa legislativa do Poder Executivo.

3. Mas, Sr. Presidente, depois de tudo quanto se disse, e malgrado o desconforto que sempre há no discordar dos votos muito cuidadosos do eminente Ministro Marco Aurélio, entendo patente a inconstitucionalidade material dos três dispositivos questionados. A partir da confirmação do voto do eminente Relator, congratulo-me com que se ponha em segundo plano a questão da inconstitucionalidade formal neste caso, porque a afirmação da inconstitucionalidade formal desses dispositivos deixaria intocada a questão relevantíssima, a meu ver, posta pela questão da inconstitucionalidade material em discussão. É que tudo ficaria, afinal, não na afirmação que esse jul-

gamento faz do princípio republicano do concurso público — estou com o Ministro Velloso em que nada há de mais republicano do que a isonomia do que essa manifestação muito concreta da isonomia, que é o princípio do concurso público — tudo ficaria, ao contrário, em mais um superpoder do Executivo; tudo ficaria em estar ou não o Executivo concorde com os famosos "viramentos" funcionais pelos quais — a "boutade" é do Ministro Octávio Gallotti, recordando Nelson Rodrigues — pelos quais, repito, de ascensão em ascensão, barbeiro de necrotério acabaria médico legista.

3. O caso não é, *data venia,* de simetria compulsória, de imposição às Constituições estaduais de modelo federal compulsório. Em matéria de funcionalismo público, não se trata de simetria: mal ou bem, as constituições brasileiras progressivamente — e a Constituição de 1988 mais que as outras —, transformaram as linhas fundamentais do estatuto do funcionalismo público num tema da *"constituição total"* do nosso federalismo centralizado. Desse modo, trata-se de normas nacionais que se aplicam tanto à União quanto ao Estado, indistinta e imediatamente.

4. Ora, Sr. Presidente, não me consegui convencer de que tenha sido inócua a inovação da Constituição de 1988, quando — à vista dos abusos que o abrandamento de 1969 trouxera no ponto —, quis, com a retirada da limitação da exigência do concurso à "primeira investidura", fortalecer a exigência do concurso público.

5. É claro, *data venia,* que com isso nem cabe cogitar que se tivesse pretendido exigir concurso público para as formas derivadas de provimento, dentro de cada carreira. Aí sim, a alusão à carreira no art. 39 traz consigo necessariamente a admissão de provimentos derivados independentemente de concurso público. A promoção, sim, é ínsita à carreira. E a carreira é prevista na Constituição. Mas a ascensão ou a transferência já não me parecem ínsitas à carreira. Por quê? Porque carreira pressupõe, de início, a posse de qualificativos adequados às atribuições comuns que lhe dão homogeneidade desde a investidura originária, o que não é o caso da ascensão e das transferências. E nesse ponto — já o notou o eminente Relator e, agora, o repisou o Ministro Celso de Mello —, parece-me antológico, até mesmo sob o regime anterior, o estudo de José Carlos Barbosa Moreira.

6. Não me impressiona, com todas as vênias, a ginástica mental da redação de uma das normas questionadas, a que é objeto da ADIn 245, a teor da qual uma carreira determinada, a carreira de Delegado de Polícia, faz parte de outra, a carreira única da Polícia. O artificialismo é patente. Se se admite que, na disciplina constitucional, provimentos derivados só são admissíveis dentro de uma carreira, para resguardar-se a efetividade da Constituição, é preciso que se resguarde a substância da noção da carreira que, no caso, vem de uma longa tradição do Direito Administrativo. Ora, a Constituição pressupõe a definição correntia básica dos conceitos de que se utiliza. Dizer-se que há uma carreira única de polícia, que, à evidência, dada a multiplicidade de atribuições conferidas à Polícia Civil, envolveria um imenso leque de especializações e de profissões, é coisa tão artificial que se teve necessidade de dizer que a carreira de Delegado faz parte desta carreira única, a mostrar que o que se chama de carreira única da Polícia Civil, na verdade, não pode ser carreira, agride a noção correntia de carreira, pressuposta na disciplina constitucional da matéria, porque simplesmente dá o apelido de carreira ao que é um conjunto de carreiras, vale dizer, um quadro da Polícia Civil.

Com essas breves considerações, adiro integralmente ao voto do eminente Relator e aos que o acompanharam no tocante à inconstitucionalidade material, para, com as vênias do eminente Ministro Marco Aurélio, julgar procedentes ambas as ações diretas.

VOTO

O Senhor Ministro Paulo Brossard: Senhor Presidente, considero-me dispensado de maiores observações, uma vez que elas seriam, no caso, meramente repetitivas.

Pelas razões expostas pelo eminente relator, em primeiro lugar, e pelos Ministros que o secundaram, a seguir, e com a vênia do voto dissidente, acompanho S. Exa., julgando procedente ambas as ações.

VOTO

O Senhor Ministro Octávio Gallotti: — Sr. Presidente, o oferecimento, ao servidor público, da faculdade de transferir-se de uma carreira para outra, preenchendo certa quota de cargos desta última, mediante concurso interno, pode ser até considerado uma boa opção de política de pessoal. Mas não se coaduna, penso eu, com a norma do art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, pois esta, diversamente da anterior, que limitava a exigência do concurso público à primeira investidura do cargo, deixou de levar em conta essa limitação. Julgo que, depois disso, a possibilidade do provimento derivado ficou reduzida aos casos de promoção, dentro de uma mesma carreira.

Ora, o que temos agora em vista é a chamada ascensão funcional, que pressupõe, necessariamente, a existência de duas carreiras: a carreira de origem e aquela outra para a qual ascende o funcionário.

Uma carreira, no serviço público, pode ter cargos de atribuições diferentes, geralmente mais complexas, à medida que se aproximam as classes finais.

Nada impede, também, que a partir de certa classe da carreira, seja exigido, do candidato à promoção, um nível mais alto de escolaridade, um concurso interno, um novo título profissional, um treinamento especial ou o aproveitamento em algum curso, como acontece, por exemplo, com a carreira de diplomata.

O que não se compadece com a noção de carreira — bem o esclareceu o eminente Relator —, é a possibilidade de ingresso direto num cargo intermediário.

Se há uma série auxiliar de classes e outra principal, sempre que exista a possibilidade do ingresso direto na principal não se pode considerar que se configure uma só carreira.

Por isso, Sr. Presidente, ponho-me inteiramente de acordo com o voto do eminente Relator e daqueles que o seguiram, julgando procedente a ação, com a devida vênia do eminente Ministro Marco Aurélio.

VOTO

O Senhor Ministro Néri da Silveira: Sr. Presidente. O art. 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impugnado na ADIN 231-7, e o § 1º do art. 185, da parte permanente da Constituição fluminense, atacado na ADIN 245-7, concernem à carreira de Delegado de Polícia. Prevêem os dois dispositivos a possibilidade de ingresso nessa carreira por forma diversa daquela prevista no art. 37, inciso II, da Constituição.

Compreendo que a carreira específica de Delegado de Polícia está prevista nos arts. 241 e 144, § 4º, da Constituição Federal. O art. 241 aludido, emprestando aos Delegados de Polícia tratamento especial, em relação a qualquer outro cargo policial, manda aplicar-lhes o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 da Constituição. É certo que a compreensão desse dispositivo constitui matéria que está pendente de apreciação por esta Corte, em ações de inconstitucionalidade. Exato, porém, é que se cuida de uma carreira com tratamento específico, inclusive de nível constitucional.

Não parece possível, assim, entender que ocupantes de outros cargos, embora policiais, possam, diante da definição da carreira específica de Delegado de Polícia, nela pretender ingresso, sem o concurso público previsto no art. 37, II, da Constituição.

Dessa maneira, as formas de provimento em cargo de Delegado de Polícia no Estado do Rio de Janeiro de que cogitam os dispositivos em apreço, a meu ver, atentam, efetivamente, contra a regra do art. 37, II, da Constituição, o que bastante se faz para que se tenham como inválidas essas regras estaduais.

Relativamente ao art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, previsto na ADIN 231-7, também a matéria há de ter solução correspondente, segundo os princípios gerais da Constituição Federal quanto a provimento de cargos, à dos dispositivos anteriores. De fato, não se pode compreender que tenham acesso a cargo policial, como o de motorista policial, ocupantes de cargos estranhos à Polícia Civil. O dispositivo autoriza o aproveitamento de encarregados de garagem, motoristas de quaisquer Repartições, mediante opção, em cargo de motorista policial. A for-

ma de provimento nesse cargo diversa do concurso público, especialmente em se cuidando de servidores não policiais, atenta contra a regra maior indicada.

Acompanho, pois, o voto do eminente Ministro Relator, pedindo vênia ao ilustre Ministro Marco Aurélio. Dou pela procedência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 231-7 e 245-7, nos termos enunciados pelo Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

ADIn nº 231 — RJ — Rel.:
Min. Moreira Alves; Reqte.: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Advs.: José Eduardo Santos Neves e outros; José Mário Bimbato. Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: Após o voto do Relator, que julgava procedente a ação e declarava a inconstitucionalidade dos arts. 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro, pediu vista dos autos o eminente Ministro Célio Borja. Plenário. 08.08.91.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude da necessidade de ausentar-se o Ministro Célio Borja (que havia pedido vista dos autos), para presidir sessão do Tribunal Superior Eleitoral. Plenário, 19.12.91.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator e Ilmar Galvão, que julgavam procedente a ação e declaravam a inconstitucionalidade do arts. 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Marco Aurélio. Plenário 08.04.92.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade dos arts. 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente, declarando a constitucionalidade de tais dispositivos. Votou o Presidente. Não votou o Ministro Francisco Rezek, pois à época do início do julgamento não integrava a Corte. Plenário, 05.08.92.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

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