– Representação de inconstitucionalidade. Decreto-lei nº 2.159, de 30 de agosto de 1984 (Ministério Público Federal, Militar e do Trabalho).

Só é inconstitucional, no Decreto-lei nº 2.159, de 30 de agosto de 1984, segundo entendimento majoritário do STF, formado por voto intermédio, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.555-5/DF, a cláusula do art. 1º, que aproveitou nos cargos de subprocuradores-gerais, por ele criados (mediante transformação), os procuradores que os exerciam, à época, em comissão.

É que tal aproveitamento implicou violação ao princípio constitucional da carreira do Ministério Público (art. 95, § 1º, da Constituição federal), na qual só se ascende por promoção; escapou ao âmbito restrito do decreto-lei (art. 55, inclusive o do inciso III); e ofendeu o princípio da igualdade (art. 153, § 1º).

Representação julgada procedente, em parte, nos termos do voto do Ministro Relator, por maioria de votos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Representação nº 1.293
Representante: Procurador-Geral da República
Representado: Presidente da República
Relator: Sr. Ministro *Sydney Sanches*

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, em parte, a representação e declarar a inconstitucionalidade da seguinte cláusula do art. 1º, do Decreto-lei nº 2.159/84: "com aproveitamento dos seus ocupantes."

Brasília, 27 de maio de 1987 – *Rafael Mayer*, Presidente. *Sydney Sanches*, Relator.

RELATÓRIO

O *Sr. Ministro Sydney Sanches:* 1. O Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence, com base no art. 119, I, "*l*", da Constituição federal, ofereceu representação por inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.159, de 30 de agosto de 1984, nos termos e pelas razões seguintes:

"I – Origem e conveniência da representação

2. A representação atende a manifestação do Senhor Presidente da República, transmitida ao signatário por aviso do Senhor Ministro Chefe do Gabinete Civil (doc. 1).

3. A questão da inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.159/84 já foi objeto de parecer da Procuradoria-Geral da República, a propósito do MS nº 20.483-4, relator o em. Ministro Sydney Sanches (doc. 2).

4. Não obstante, a argüição, em tese, da inconstitucionalidade, que ora se formula, tem o efeito de propiciar induvidosamente a decisão da Alta Corte a respeito, independentemente de ser ou não necessária ao julgamento do mandado de segurança.

II – O decreto-lei impugnado

5. O *Diário Oficial* da União, de 31 de agosto de 1984, publicou o

'Decreto-lei nº 2.159, de 30 de agosto de 1984.

Transforma em cargos de carreira os atuais cargos em comissão de Subprocurador-Geral da República, Subprocurador-Geral Militar e Subprocurador-Geral do Trabalho, e dá outras providências.

O presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 55, III, da Constituição federal, decreta:

Art. 1º São transformados em cargos de provimento efetivo, do final das respectivas carreiras, do Ministério Público Federal, Militar e do Trabalho, com o aproveitamento de seus ocupantes, os atuais cargos em comissão de Subprocurador-Geral da República, Subprocurador-Geral Militar e Subprocurador-Geral do Trabalho.

§ 1º São criados seis cargos de Subprocurador-Geral da República, mediante a transformação de igual número de cargos de Procurador da República de primeira categoria.

§ 2º São criados três cargos de Subprocurador-Geral Militar e três cargos de Subprocurador-Geral do Trabalho.

Art. 2º As promoções para os cargos finais da carreira far-se-ão exclusivamente pelo critério de merecimento, apurado dentre a metade dos membros mais antigos da categoria anterior, em lista tríplice organizada pelos respectivos Conselhos Superiores.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução deste decreto-lei correrão à conta das dotações constantes do Orçamento da União.

Art 4º Este decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 30 de agosto de 1984; 163º da Independência e 96º da República.

João Figueiredo

Ibrahim Abi-Ackel.

6. No *DOU* de 3 de setembro de 1981, o mesmo Decreto-lei nº 2.159/84 foi republicado por ter saído com incorreções, mantendo-se-lhe a redação original, salvo a do art. 2º, que passou à seguinte:

'Art. 2º. As promoções para os cargos finais de carreira far-se-ão pelo critério de merecimento, apurado dentre os membros de categoria anterior, em lista tríplice organizada pelos respectivos Conselhos Superiores.'

7. Tem-se, pois, em síntese, que o diploma questionado:

a) tornou de provimento efetivo os cargos em comissão de Subprocurador-Geral da República, Subprocurador-Geral Militar e Subprocurador-Geral do Trabalho (art. 1º);

b) proveu neles, em caráter efetivo, os seus ocupantes, em comissão, ao tempo (art. 1º, *in fine*);

c) criou seis cargos de Subprocurador-Geral da República (mediante transformação de igual número de cargos de Procurador da República de 1ª. categoria – art. 1º, § 1º); três de Subprocurador-Geral Militar e três de Subprocurador-Geral do Trabalho (art. 1º, § 2º);

d) estabeleceu que a promoção para os cargos de subprocurador-geral, em todos os três ramos do Ministério Público da União, passaria a fazer-se, exclusivamente, pelo critério de merecimento.

III – Decreto-lei, urgência e relevante interesse público: juízo discricionário de caráter político.

8. A edição de decretos-leis está subordinada, na Carta vigente (art. 55 *caput*), aos pressupostos de urgência e relevante interesse público.

9. Ao menos no tocante à urgência, é difícil imaginar em que consistiria ela, no caso do edito questionado.

10. Mas é certo que a matéria tem sido invariavelmente considerada pelo Tribunal como objeto de juízo absolutamente discricionário do Executivo, sujeito apenas ao controle político do Congresso, mas não à verificação jurisdicional.

11. A discricionariedade da competência governamental, no particular, não afasta, segundo nos parece, a possibilidade da verificação do abuso de poder: cuida-se, no entanto, de questão de fato, a ser deslindada em concreto, o que a faz incomportável no âmbito da representação de inconstitucionalidade.

12. A validez do Decreto-lei nº 2.159/84, assim, há de ser examinada a partir da análise do seu conteúdo à vista dos limites constitucionais do âmbito material dos decretos-leis.

IV – Decreto-lei, princípio de legalidade e reserva de lei; criação de cargos no Ministério Público; constitucionalidade do decreto-lei

13. Contra a validez do Decreto-lei nº 2.159/84, no ponto em que cria cargos no Ministério Público da União, tem-se assestado o art. 94 da Constituição federal:

'Art. 94. A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais.'

14. Pretende-se que, ao fazer da organização do Ministério Público da União, matéria de reserva de lei, a Constituição reclamaria, para o seu trato normativo, a lei formal, votada pelo Poder Legislativo, não se contentando com o decreto-lei. Em outros termos, onde houvesse reserva de lei, não haveria a equiparação hierárquica entre lei ordinária e decreto-lei, ainda no campo em que excepcionalmente se admite a intromissão deste (art. 55 da Constituição federal).

15. A tese foi versada, com grande brilho, por autores de nomeada, em defesa, sobretudo, da exclusão, da área das normas tributárias, aberta ao decreto-lei (art. 55, II, Constituição federal), daquelas que criam ou aumentam tributos, à vista de princípio específico de reserva de lei, que as cobre (art. 19, I e 153, § 29). Assim, por exemplo, Geraldo Ataliba, em *Limites constitucionais do decreto-lei em matéria tributária (Anais da VII Conferência Nacional da OAB*, Curitiba, 1978, p. 623).

16. Não vai tão longe o parecer de José Afonso da Silva, relativo especificamente à questão do Ministério Público. Depois de distinguir, com precisão, o genérico princípio de legalidade (art. 153, § 2º), das regras especiais de reserva de lei, sustenta o ilustre publicista – o que nos parece indiscutível – que a incidência da última, a reserva de lei exclui o regulamento autônomo sobre estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal (art. 81, V). Mas não exclui, dentro do âmbito material que lhe seja permitido (art. 55), o decreto-lei: a palavra lei, na Constituição federal – escreve – se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos da representação popular (...). Há, porém, casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão só às exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva, não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um ato equiparado, na expressão de Crisafulli. Ato equiparado à lei formal, no sistema constitucional brasileiro, será apenas a lei delegada ou o decreto-lei.

17. Esta, de resto, é notoriamente a posição vitoriosa na jurisprudência da Alta Corte, repetida, centenas de vezes, por exemplo, a propósito da criação de novas hipóteses de incidência do IOF (Decreto-lei nº 1.783/80): *v.g.*, Re nº 99.705, 2ª. Turma, 22.3.83, rel. em. Ministro Moreira Alves, *RTJ*, 107/403; RE nº 99.714, 1ª. Turma, 5.4.83, rel. em. Ministro Soares Muñoz, *RTJ*, 107/408).

18. Se assim se consolidou a jurisprudência constitucional, relativamente à criação de tributos – onde a reserva de lei parte do princípio multissecular *no taxation without representation* –, parece ocioso reabrir a discussão em torno de hipóteses de menores implicações políticas.

19. Desse modo, não é inconstitucional, no Decreto-lei nº 2.159, a criação de novos cargos de Subprocurador-Geral.

V – Decreto-lei – alteração da forma de provimento de cargo público, objeto de lei anterior: inconstitucionalidade

20. Não se limitou, porém, o Decreto-lei nº 2.159/84 a aumentar, em cada ramo do Ministério Público, o total de cargos das classes de Subprocuradores-Gerais: alteroulhes também a forma de provimento.

21. Na conformidade do art. 14, da Lei nº 6.788/80, os cargos de Subprocurador-Geral da República, Subprocurador-geral da Justiça Militar e Subprocurador-Geral da Justiça do Trabalho são de provimento em comissão, cujo exercício é deferido exclusivamente a Procuradores da República, Procuradores do Trabalho, no âmbito da respectiva instituição.

22. Alteraram-no os arts. 1º e § 1º, e 2º do questionado Decreto-lei nº 2. 159/84, para dispor que passariam a ser providos em caráter efetivo, mediante promoção, por merecimento, a ser apurado entre os Procuradores de 1ª categoria.

23. A questão está em saber se o poderia fazer o Presidente da República, mediante decreto-lei. Parece claro que não.

24. No que interessa, o âmbito material de admissibilidade do decreto-lei restringe-se à 'criação de cargos públicos' (Art. 55, II, Constituição federal).

25. Não convence o argumento de que o poder de alterar a forma de provimento de cargos públicos estaria implícito nos poderes presidenciais para provê-los e extingui-los, mediante simples decreto (art. 81, VIII, Constituição federal) e para criá-los, mediante decreto-lei (art. 55, II).

26. A atribuição de prover cargos públicos nada tem a ver com a competência para dispor sobre a forma de seu provimento.

27. Ao contrário, a primeira pressupõe a segunda. Prover cargos é ato administrativo, a ser feito nos termos da lei que disponha sobre a forma de seu provimento (cf. art. 97 e §§ da Constituição federal).

28. O Decreto-lei nº 2.159/84 não extinguiu os cargos preexistentes de Subprocurador-Geral para criar cargos diversos, com a mesma denominação. A identidade foi mantida pela continuidade do mesmo conjunto de atribuições, que define o cargo (infra, §§ 39 e ss.).

29. O poder de criar novos cargos – pelo menos, quando se trate apenas de aumento numérico de classe já existente – não envolve o de alterar-lhe a forma legal de provimento.

30. De fato. A Constituição enfaticamente distingue os dois poderes. E, sempre, de modo a fazer claro que disciplinar provimento de cargos é tema reservado à lei.

31. Primeiro, na seção destinada ao processo legislativo, ao estatuir, em incisos diversos, que:

'Art. 57. É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa de leis que:

(...)

II – criam cargos, funções ou empregos públicos (...)

(...)

V – disponham sobre servidores públicos da União, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma ou transferência de militares para a inatividade.'

32. Depois, na seção dedicada aos funcionários públicos, ao prever:

'Art. 109. Lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República (...) definirá:

I – o regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios;

II – a forma e as condições de provimento dos cargos públicos;

III – as condições para a aquisição de estabilidade.'

33. De resto, a reserva de lei, aí especificada, no tocante à forma de provimento de cargos, corolário inafastável de que a própria Carta já explicitara, em normas que traçam, na matéria, verdadeiros direitos fundamentais da cidadania:

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

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

§ 2º Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.'

34. Tudo isso desvela um sentido claro, sistemático, na Constituição, de impor a estrita limitação por lei da margem de discricionarismo do Executivo, no provimento dos cargos públicos, de modo a estabelecer salvaguardas eficazes do sistema de acesso isonômico à função pública, em detrimento das mazelas da tradição clientelística.

35. Essa orientação teleológica estaria comprometida, se o regime de provimento de cargos fosse aberto à disciplina ilusória dos decretos-leis.

36. Daí resulta que não é obra do acaso que a Carta, tendo diferenciado inequivocamente a criação e a disciplina do provimento dos cargos públicos (art. 57, II e V), só tenha admitido cuidasse o decreto-lei da criação, mas não da forma de provimento deles.

37. O significado claro dessa intencional diversificação de conceitos e correspondentes áreas de competência normativa impede que a linha demarcatória seja apagada, sob o pretexto fácil de um poder implícito, que a Constituição induvidosamente exclui.

38. Nem se pode contrapor que, ao criar um cargo, se teria necessariamente de definir o modo de provê-lo.

39. A forma de provimento não se inclui na definição do cargo público.

40. Para o Estatuto (Lei nº 1.711/52), 'cargo público é o criado por lei, em número certo, e pago pelos cofres da União' (art. 2º). Mas, como observou Masagão (*Curso de direito administrativo*, 4. ed., p. 170), o enunciado não diz em que consiste o cargo, que, como melhor se estabeleceu, na Lei nº 3.780/60, é o conjunto de atribuições e responsabilidade cometidas a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres da União (art. 4º, I).

41. A essência do conceito dos cargos públicos está, assim, no dizer preciso do mestre paulista, em que são os conjuntos autônomos

de atribuições, dos serviços públicos de execução direta, criados por lei, e que devem ser confiados a cada pessoa física.

42. Na mesma linha, para Tito Prates da Fonseca (*Lições de direito administrativo*, 1943, p. 117), cargo público é um complexo ou conjunto autônomo de atribuições – atribuições enfeixadas e entregues à atividade do agente público.

43. Pode considerar-se o cargo público – lê-se, por exemplo, em Massimo Giriodi (apud Cretella Júnior, *Direito administrativo*, v. 2, Regime jurídico do funcionalismo público, 1958, p. 209) – como uma personificação abstrata, a qual seria o sujeito permanente das funções e das faculdades que lhe são assinaladas pela lei, em contraposição ao funcionário, que dele é o titular ou representante temporâneo.

44. Criar cargo público é assim, essencialmente, definir o conjunto de atribuições que o constituem, dar-lhe denominação própria, estabelecer-lhe a remuneração e, se mais de um, fixar-lhe o número certo.

45. Determinar a forma de provimento de um cargo – originária (nomeação) ou derivada (promoção, transferência, readmissão, reaproveitamento, etc.), em caráter efetivo ou em comissão – é, portanto, não só pelo teor literal da Constituição, mas também conceitualmente, coisa diversa da sua criação e, por isso, passível de ser incluída em área de competência diferente, como o fez a Carta em vigor.

46. Dir-se-ia talvez que de nada adianta o poder de criar um cargo, se não lhe pode, ao mesmo tempo, definir o modo de prover. A ilação só pode ser aceita *cum grano salis*.

47. Ela, de fato, seria ponderável, quando realmente se cuidasse da criação original de um cargo – conjunto individualizado de atribuições – até então inexistente.

48. Não, entretanto, quando se cogita, como no malsinado Decreto-lei nº 2.159/84, simplesmente de aumentar o número de cargos já existentes que, ademais, têm a respectiva forma de provimento definida em lei anterior vigente.

49. Nesta última hipótese, que é a do caso, em que nada se alterou na definição preexistente dos cargos de Subprocurador-Geral servir-se do aumento de seu número para, mediante decreto-lei – que só pode criar cargos – alterar-lhe a forma legal de provimento, é manifesta invasão de área reservada à lei formal, por disposição constitucional explícita (art. 57, V, Constituição federal).

50. Nem tem relevo que, simultaneamente, decreto-lei tenha dito – aliás, com relação apenas aos subprocuradores-gerais da República – que transformou os cargos em comissão, anteriores, em cargos de provimento efetivo. Transformar é converter em coisa diversa.

51. Por isso, no mesmo Decreto-lei nº 2.159 (art. 1º, § 1º), corretamente se disse que seis cargos de Procurador da República de 1ª. categoria eram transformados em número igual de cargos diferentes de Subprocurador-Geral da República.

52. Mas, não se transforma cargo de Subprocurador-Geral em cargo de Subprocurador-Geral, tanto mais quanto, além da identidade da denominação, o cargo antigo e o suposto cargo novo permaneceram o mesmo, dado que em nada se alterou o conjunto de atribuições legais, que, antes como depois, o define.

53. Inconstitucional, portanto, a alteração, por decreto-lei, da forma de provimento dos cargos de Subprocurador-Geral, continua em vigor a lei que o fez provido em comissão, embora limitada a escolha dos Procuradores do ramo correspondente (art. 14, Lei nº 6.788/80); donde, também, a conseqüente inconstitucionalidade dos dispositivos atinentes ao aproveitamento (ou seja, efetivação) de seus ocupantes (art. 1º, *in fine*) e à promoção (art. 2º).

VI – 'Aproveitamento de comissionados em cargo de carreira: inconstitucionalidade'

54. Abstraída a inconstitucionalidade da alteração da forma de provimento dos cargos de Subprocurador-Geral da República, Militar e do Trabalho, há outra razão de invalidade da norma que determinou o chamado aproveitamento neles, em caráter efetivo, dos Procuradores, que os vinham ocupando, em comissão.

55. O escalonamento em carreira dos cargos de provimento efetivo do Ministério Público da União é imperativo constitucional:

'Art. 95 (...)

§ 1º Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira mediante concurso público (...).'

56. Em face dessa imposição constitucional de organização em carreira, discutiu-se, no Tribunal Federal de Recursos, a constitu-

cionalidade do art. 14 da Lei nº 6.788/80, que dispôs fossem os cargos de Subprocurador-Geral providos em comissão, mas de exercício deferido exclusivamente a Procuradores da República, Procuradores Militares e Procuradores do Trabalho: MS nº 95.973, Plenário, 10 de fevereiro de 1983.

57. Decidiu a maioria pela constitucionalidade porque – disse o relator, em. Ministro Sebastião Alves dos Reis – 'o requisito da estruturação em carreira pode ser satisfeito com sua limitação às duas categorias atualmente existentes, considerando-se principalmente que as Subprocuradorias-Gerais decorreram de simples desdobramento da Procuradoria-Geral, em face dos novos Tribunais superiores surgidos.'

58. Na mesma linha, o em. Ministro Carlos Madeira: 'A Subprocuradoria é um cargo criado com função de Procuradoria-Geral, não um cargo, digamos, postulatório, como se pode dizer do Ministério Público comum, mas um cargo de direção.'

59. Ninguém pôs em dúvida, entretanto, que os cargos de provimento efetivo do Ministério Público, estes sim, teriam de ser estruturados em carreira, isto é, reservando-se o acesso aos superiores, mediante promoção, aos ocupantes da categoria inferior.

60. Essa, aliás, a postura manifesta da Subprocuradoria-Geral da República, no processo, em parecer do il. Dr. Paulo Sollberger:

'Quanto à inconstitucionalidade do art. 14 da Lei nº 6.788/80, trata-se de alegação de improcedência manifesta, pois o fato de o Ministério Público da União se organizar em carreira não afasta a possibilidade da existência, no órgão, de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação, destinados a atender aos encargos de supervisão, direção e chefia. *Os cargos efetivos é que deverão se organizar em carreira, segundo a regra do art. 95, § 1º, da Constituição*' (grifamos).

61. Lembre-se que a questão foi levada ao Supremo Tribunal, onde a eg. Segunda Turma, no Ag. (Rg) 95.149, 3.2.84, relator o em. Ministro Djaci Falcão, ratificou a decisão do Tribunal Federal de Recursos (*RTJ*, 109/233).

62. De tudo decorre uma alternativa para a lei:

a) ou o cargo de Subprocurador será provido em comissão, e não integrará a carreira;

b) ou é de provimento efetivo, mas, nesta hipótese, há de integrar a carreira e ser provido mediante promoções.

63. Aliás, o próprio Decreto-Lei nº 2.159/84, em discussão, não o desconheceu. Ao converter as Subprocuradorias-Gerais em cargos de provimento efetivo, estatuiu, literalmente, que eles se situariam no final das respectivas carreiras, do Ministério Público Federal, Militar e do Trabalho (art. 1º).

64. E dispôs, no art. 2º, com relação aos seis novos cargos criados e, de futuro, para todos os outros, sobre as promoções para os cargos finais da carreira.

65. No art. 1º, entretanto, relativo aos nove cargos já existentes, o Decreto-lei nº 2.159 de logo os proveu, mediante o que chamou de aproveitamento de seus ocupantes: ou seja, converteu, em provimento efetivo, o anterior provimento em comissão, de Procuradores da República, Militar ou do Trabalho, nos cargos de Subprocurador-Geral, de cada ramo.

66. Parece evidente, *data venia*, que não o poderia ter feito, sem ofender o princípio constitucional de escalonamento em carreira dos cargos efetivos do Ministério Público (art. 95, § 1º).

67. Duas vezes, pelo menos, já o afirmou o eg. Supremo Tribunal Federal. A exemplo do que dispôs, no art. 95, § 1º, sobre o Ministério Público da União, a Constituição determinou também, no art. 96, que o Ministério Público dos Estados se organizasse em carreira. Por infração dessa norma, duas leis estaduais foram declaradas inválidas, pela Alta Corte, precisamente porque – como o Decreto-lei nº 2.159/84, ora em pauta – haviam determinado o chamado aproveitamento de determinados membros da carreira, nos cargos finais dela.

68. No RE nº 100.148, 10.5.84, rel. o em. Ministro Francisco Rezek, *RTJ* 111/393, a Alta Corte declarou inconstitucional norma da Lei Orgânica do Ministério Público da Paraíba (art. 213), a teor da qual cargos de Promotor de Justiça de 3ª. entrância com exercício na Assessoria Técnica da Procuradoria-Geral de Justiça, de atuação junto ao Tribunal de Justiça, e o de Promotor de Justiça de 3ª. entrância junto à Câmara Criminal são transformados em cargos de Procurador de Justiça, assegurado o aproveitamento dos seus atuais ocupantes.'

69. O acórdão local – confirmado pela Alta Corte – definiu com precisão a invalidez da regra:

'A disposição contida no art. 213, acoimado de insubsistente, consagrando a insólita figura jurídica da 'promoção por aproveitamento' e contendo no seu bojo a designação preferencial dos aproveitados, obliterados, assim, todos os critérios tradicionais de interstício, antigüidade e merecimento, transforma-se em norma casuística e digital, aberrante da regra constitucional sistêmica, tanto estadual quanto federal, ainda conflitante com a norma de lei complementar federal.

Realmente, o sistema imposto pela Constituição federal, no seu art. 96 e parágrafo único, estabelece para o Ministério Público dos Estados a indeclinável organização em carreira, na lei estadual, que deve obedecer, segundo o seu parágrafo único, às normas gerais de lei complementar (...).'

70. A inconstitucionalidade da mesma lei paraibana foi reiterada pela Alta Corte no RE 100.878, em 11 de dezembro de 1984, Relator o em. Min. Djaci Falcão, *RTJ* 113/290.

71. Recentemente, no RE nº 101.241, de 13 de junho de 1985, relatado pelo em. Ministro Décio Miranda, o Plenário voltou a assentar, por unanimidade, a incompatibilidade do malsinado aproveitamento com o princípio constitucional da organização em carreira do Ministério Público estadual: julgou-se inconstitucional o dispositivo da lei orgânica do Estado de Goiás que declarava transferidos para os novos cargos de Procurador de Justiça os atuais ocupantes da função de Promotor de Justiça substituto de Procurador de Justiça (...).

72. A inconstitucionalidade já fora reconhecida pelo Tribunal estadual:

'Nenhuma consideração nem respeito foram guardados à caracterização desse órgão, Ministério Público, instituído em carreira pela Constituição federal (art. 96) e a Constituição do estado (art. 59, § 2º), tendo em vista o alto interesse público na preservação da dignidade desse Ministério e na estimulação que deve presidir para os seus membros, catalogados como fiscais e defensores da ordem legal constituída.

(...)

A maneira com que se houveram as autoridades na perpetração do ato impugnado e pelo qual, em verdade, promoveram de um só lance treze membros do Ministério Público (...), sem sujeitar os beneficiários ao respeito da antigüidade, nem dos processos regulares que, por lei expressa, disciplinam a apuração do respectivo merecimento, envolve ato de violência à Lei Maior (...).'

73. Reafirmou-a o voto condutor do em. Ministro Décio Miranda:

'(...) vulnerou-se o art. 96 da Constituição federal, que obriga à organização em carreira do Ministério Público do Estado.'

74. Não importa quem nos dois casos, o raciocínio tenha sido reforçado com a dissonância entre o 'aproveitamento' ou 'transferência', prodigalizados pelas leis estaduais, e a disciplina explícita das promoções da LC nº 40/81, que é exclusiva dos Ministérios Públicos locais. O argumento adicional, daí extraído, não é necessário à conclusão, nem impede a extensão desta ao Ministério Público Federal.

75. Em primeiro lugar, a Constituição – no mesmo passo em que remeteu à lei complementar a determinação das normas gerais da organização, sempre em carreira, do Ministério Público dos Estados – confiou à lei federal ordinária a estruturação, também em carreira, do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios. A única diferença está, portanto, em que, em relação aos últimos, não foi preciso exigir lei complementar da Constituição (para impor-se aos Estados), dado que se cuida da organização de serviços da própria União, para a qual o instrumento infraconstitucional adequado é a lei federal ordinária.

76. O que importa é que esta – a legislação orgânica federal do Ministério Público da União – também adotou, no provimento dos cargos efetivos do seu quadro, os critérios de nomeação mediante concurso, para os iniciais, e mediante promoção por antigüidade e merecimento, para os superiores.

77. Também a lei federal, por conseguinte, repele o esdrúxulo acesso por aproveitamento, que nada mais é que a efetivação, em cargo tornado de carreira, de Procurador que a ele não foi promovido, mas que nele somente se achava provido em comissão.

78. Já se verificou, ademais, que esta legislação não poderia ter sido alterada por decreto-lei (n. V, supra).

79. Em segundo lugar, de qualquer modo, a organização em carreira, que, para o Mi-

nistério Público, é imperativo constitucional, constitui, em si mesma, garantia contra normas casuísticas de acesso, determinadas em norma legal de beneficiários certos.

80. Organização em carreira não é apenas a reserva privativa do provimento dos cargos de escalão superior aos titulares dos inferiores; a carreira implica também em fixação de critérios legais objetivos, impessoais, para o acesso, que, no direito brasileiro, sempre se traduziram através da promoção.

81. Por isso, como igualmente já se notou, o prover cargos públicos é competência do Poder Executivo, mas fixar a forma de provimento é matéria de reserva de lei, para que se faça em normas gerais que delimitem a discricionariedade da administração.

82. Segue-se que tanto é inconstitucional o ato administrativo que não observou, *in concreto*, a norma geral sobre a forma e as condições de provimento, quanto a lei (ou o decreto-lei) que, dispondo para o caso concreto, provê cargo público.

83. 'O provimento feito por lei é nulo', assevera, peremptório, o autorizado Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo*, 1985, p. 356).

VII – Conclusão

84. Pelo exposto, e invocando os doutos suplementos dos eminentes Ministros, pede o Procurador-Geral da República que, examinada integralmente a validez de cada uma das normas contidas no Decreto-lei nº 2.159/84, venha essa Egrégia Corte a declarar a inconstitucionalidade do *caput* do art. 1º e do art. 2º, reconhecida a constitucionalidade dos seus demais dispositivos (§§ 1º e 2º do art. 1º e arts. 3º e 4º)' (fls. 2-22).

2. A representação veio acompanhada de cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, exarado nos autos do Mandado de Segurança nº 20.483-4, de que sou Relator, impetrantes Sérgio Ribeiro da Costa e Sylvio Fiorêncio, impetrados Presidente da República, Ministro da Justiça e Procurador-Geral da República (fls. 24-57); do texto do Decreto-lei nº 2.159, de 30 de agosto de 1984 e de sua retificação (fls. 58-9).

3. O Exmo. Sr. Presidente da República enviou informações prestadas pelo Departamento de Assuntos Judiciários – Divisão de Informação Processual – do Ministério da Justiça (Informação nº 114/85) (fls. 67-69) e pela Assessoria do Gabinete Civil da Presidência da República (fls. 70-99).

4. É do teor seguinte a Informação nº 114/85, subscrita por José Moacyr de Oliveira, Diretor da Divisão de Instrução Processual do Departamento de Assuntos Judiciários do Ministério da Justiça:

"*Assunto:* Decreto-lei nº 2.159, de 30 de agosto de 1984, que transforma em cargos efetivos, finais de carreira, os atuais cargos em comissão de Subprocurador-Geral da República, Subprocurador-Geral do Trabalho e Subprocurador-Geral Militar. Argüição de inconstitucionalidade.

Senhor Diretor Geral,

O Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, fundamentado no art. 119, item 1, número 1, da Constituição, oferece, representação, por inconstitucionalidade, contra o Decreto-lei nº 2.159, de 30 de agosto de 1984, perante o Supremo Tribunal Federal, argüido, para tanto, razões que se ativeram à observância da norma geral no respeitante a forma e a condições de provimento de cargo público.

Percucientemente, aquela ilustrada autoridade adentra ao assunto para expungi-lo dos requisitos de validade, visto não achar-se revestido de urgência e de interesse público relevante o *caput* do art. 1º e do art. 2º do supracitado decreto-lei.

Neste particular, vale o destaque para a circunstância de que os cargos de Subprocurador-Geral já estavam criados e de muito ocupados por membros do respectivo Ministério Público, em atividade, não se justificando a dita urgência.

Igualmente, a medida delegada se ressentiu do indispensável embasamento constitucional, a partir do instante em que o interesse público relevante perdeu sustentação fática, ao se constatar que os seus destinatários eram os próprios ocupantes dos cargos em comissão transformados em efetivos. Quer dizer que o interesse público relevante se descaracterizara com a providência, pois não revestira as formalidades prescritas em lei.

Além disso, os dispositivos em comento, principalmente seu art. 1º, não são constitucionais porque, ao não atenderem a exigência de previsão orçamentária, permitiram a ocorrência de aumento de despesa, mediante a atribuição aos beneficiários de gratificações que alteram em muito o valor final dos cargos efetivos.

Assim, não tendo havido nem urgência, nem interesse público relevante, nem a sufi-

ciente previsibilidade para não aumentar a despesa orçamentária, este Decreto-lei foi ato exorbitante, bem como nula sua emissão pelo Executivo e nula a sua aprovação pelo Congresso Nacional.

Ainda por esses fundamentos, carecem de força constitucional os §§ 1º e 2º do art. 1º, à vista de estabelecerem disposições que extrapõem os precisos termos da Magna Carta, na parte em que autoriza o Presidente da República a criar cargos públicos e a lhes fixar os vencimentos, sem aumento de despesa, em casos de urgência e de interesse público relevante. Efetivamente, a expressão 'com aproveitamento dos atuais ocupantes' escapa ao alcance do item III do art. 55 e seu *caput*, da Lei Maior, ao determinar que seus favorecidos sejam guindados ao ápice da respectiva carreira, visto estar dispondo sobre provimento de cargos e não sobre sua criação.

O que se disse em relação ao art. 1º e correspondentes parágrafos vale também relativamente ao art. 2º, pelo fato de que este dispõe sobre provimento de cargos, matéria constitucionalmente reservada à lei ordinária. Mas, sobretudo, este art. 2º é portador de gritante irregularidade, quando extingue o critério de antigüidade para as promoções ao final da carreira e merecimento, aplicado nas promoções dos membros do Parquet, consoante o art. 5º da Lei nº 1.341, de 30 de agosto de 1951.

Estas são as informações que nos cabia prestar, em atenção à Representação nº 1.293-0, do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, protocolizada no Supremo Tribunal Federal sob o nº 20.205/85 e na Presidência da República sob o nº 001.004.766/85" (fls. 67-69).

5. Por sua vez, as informações do Sr. José Celso de Mello Filho, Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, contêm as seguintes considerações conclusivas:

"*Conclusão*

a) o decreto-lei caracteriza espécie normativa infraconstitucional, dependente, para a sua integral validade e eficácia, do atendimento de *pressupostos, condições e limitações de ordem material*, estipulados pela Constituição (v. art. 55). A sua incorporação ao plano do direito positivo interno está sujeita a um ato de integração, representado pela aprovação congressional, que lhe dá caráter de definitividade;

b) o decreto-lei, em sua configuração jurídico-política, traduz uma das mais radicais expressões do processo legislativo autocrático, que *inibe* e *limita* o Congresso Nacional no exercício pleno de suas atribuições constitucionais;

c) a análise jurídica do decreto-lei, exatamente em função da excepcionalidade que se reveste, impõe interpretação cautelosa, prudente e estrita, a desautorizar toda e qualquer exegese que tenda a ampliar-lhe os limites, alcance e conteúdo;

d) a normação pertinente ao Ministério Público, que é instituição nacional permanente, necessária e essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado, só pode derivar da Constituição ou das leis formais;

e) o decreto-lei, mero equivalente constitucional das leis em sentido formal, com estas não se confundem. O decreto-lei não substitui e nem estende o seu domínio normativo às matérias e temas para os quais a Constituição impôs a lei formal;

f) a Constituição submeteu a organização do Ministério Público da União, e todos os aspectos que lhe são necessários e pertinentes, ao domínio normativo da lei em sentido formal (v. art. 94). 'Esta é a mais significativa peia ao decreto-lei: não cabe, nem pode caber – ainda que obedecido integralmente seu regime jurídico – onde o texto constitucional exija expressamente a lei' (v. Geraldo Ataliba, op. cit., p. 63);

g) o princípio constitucional da reserva de lei domina, soberano e absoluto, a organização político-administrativa do Ministério Público;

h) o Decreto-lei nº 2.159, de 30 de agosto de 1984, revela-se *inconstitucional:* 1) quer por haver regulado matéria que lhe era estranha; 2) quer por haver provocado, diretamente, aumento da despesa global prevista (a Administração Pública foi compelida a solicitar créditos adicionais, tornados necessários pela criação de seis novos cargos de Subprocurador-Geral); 3) quer pela ausência evidente de situação caracterizadora de urgência que tornasse inadiável e necessária, com pena de periclitação do interesse público, a adoção das medidas nele consubstanciadas.

É o que me *parece*" (fls. 96-9).

6. A manifestação da Assessoria do Gabinete Civil da Presidência da República veio acompanhada do Ofício PGR/DG nº 23, de 19 de novembro de 1984, expedido pelo Di-

retor Geral da Secretaria da Procuradoria-Geral da República ao Secretário-Geral do Ministério da Justiça, com solicitação de crédito suplementar (fl. 100) e de sua justificativa (fl. 101).

7. Depois disso, o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence, apresentou parecer final sobre a representação, *verbis*:

"A representação, atendendo a expediente da Presidência da República, submeteu ao exame do eg. Supremo Tribunal Federal a íntegra do Decreto-lei nº 2.159/84, embora, no mérito, opinasse por que a declaração de inconstitucionalidade se limitasse ao *caput* do art. 1º e ao art. 2º do edito.

2. Nas informações, o Senhor Presidente da República insiste na inconstitucionalidade total, porque inválida seria também a criação dos seis novos cargos de Subprocurador-Geral da República.

3. Alguns dos argumentos desenvolvidos, nesse ponto, no parecer endossado pelas informações presidenciais, já haviam sido analisados na representação, que as reputou improcedentes: assim, *v.g.*, os relativos à extensão da reserva de lei à criação de cargos no Ministério Público (§§ 13 e segs., fls. 66 e segs.) e ao requisito da urgência (§§ 8 e segs., fls. 5).

4. Há, no entanto, no referido parecer (fls. 86 e segs.), assim como no do ministério da Justiça (fl. 68), um *fundamento novo*, que não pudéramos suscitar na petição inicial, por lhe desconhecermos o suporte de fato: é a inconstitucionalidade da criação dos cargos, à vista do conseqüente aumento de despesas.

5. Prova-o o parecer do Gabinete Civil, com a solicitação de crédito adicional pela Procuradoria-Geral da República, para atender, entre outros, ao acréscimo de despesas correspondentes aos cargos criados pelo Decreto-lei nº 2.159/84, de remuneração superior aos que, em igual número, por ele foram extintos.

6. Tem-se daí, portanto, que, ao contrário do prescrito no art. 3º, as despesas decorrentes da execução do Decreto-lei nº 2.159/84, em particular da criação dos cargos, não poderiam ser atendidas com as dotações orçamentárias.

7. O parecer, em conseqüência, é pela procedência integral da representação" (fls. 104-5).

8. À fl. 108, como Relator, proferi o seguinte despacho:

"O Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 31, de 5 de dezembro de 1985, publicado no *Diário Oficial* do dia seguinte, rejeitou o texto do Decreto-lei nº 2.159, de 30 de agosto de 1984, que, nestes autos de Representação nº 1.293-0-DF, foi acoimado de inconstitucional.

Diante desse fato superveniente, deve ser colhida manifestação complementar do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, inclusive sobre o desfecho que a representação deva ter, em face da mencionada ocorrência.

Intime-se.

Publique-se."

9. Em atenção a esse despacho, o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República fez as considerações que se seguem:

"Ocorre que, no MS nº 20.555, pendente de julgamento, alguns dos ilustres beneficiários do Decreto-lei nº 2.159/84 sustentam, de um lado, a suposta invalidade formal do Decreto-lei nº 31/85, que o rejeitou, e, de outro, a pretexto do art. 55, § 2º, da Constituição federal, a subsistência *ad aeternum* dos efeitos concretos do edito repelido, particularmente da efetivação de alguns e da promoção de outros nos questionados cargos, nele criados, de Subprocurador-Geral Federal.

A inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.159/84, nos pontos suscitados nesta representação, uma vez declarada, com eficácia geral *ex tunc*, fará ociosa a discussão da pretensão subsistente dos efeitos concretos do seu período de vigência.

De resto, nem todos os beneficiários deles são impetrantes da segurança referida. Desse modo, a declaração incidente da inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.159/84, no MS nº 20.555, não seria bastante para evitar futuras querelas.

Estamos, por isso, *data venia*, em que a rejeição pelo Congresso Nacional do decreto-lei impugnado não prejudica a representação por inconstitucionalidade, que deve ser levada a julgamento" (fls. 110-1).

É o Relatório, do qual se enviarão cópias aos Exmos. Srs. Ministros.

QUESTÃO DE ORDEM

O *Sr. Ministro Moreira Alves:* Sr. Presidente, em se tratando de representação de

inconstitucionalidade, esta Corte já firmou a orientação de que não há impedimento de qualquer de seus membros, salvo se houver atuado nos autos em outra posição que não a de juiz. No caso, porém, como o mandado de segurança e a representação estão sendo julgados em conjunto, e, com relação àquele, há impedimento de dois Ministros deste Tribunal, e como, em ambos (no mandado de segurança, *incidenter tantum;* na representação, por via direta), se tem de declarar a inconstitucionalidade, ou não, do decreto-lei em causa, parece que, nesse caso especialíssimo, a conexão dos processos julgados em conjunto exige que os Ministros que não participam do julgamento do mandado de segurança, por estarem impedidos, não participem, também – por extensão – do julgamento da representação, para que os dois processos julgados em conjunto o sejam com a mesma composição de juízes.

Submeto, pois, Sr. Presidente, essa questão de ordem à sua apreciação.

VOTO

O *Sr. Ministro Sydney Sanches* (Relator): Sr. Presidente, ao julgar o Mandado de Segurança nº 20.555-5-DF declarei, incidentalmente, a inconstitucionalidade total do decreto-lei.

Fiquei, porém, parcialmente vencido e, por isso, agora, com ressalva de meu ponto de vista, me inclino à orientação que prevaleceu em Plenário, fixada pelo voto intermediário dos eminentes Ministros Néri da Silveira e Djaci Falcão. Em conseqüência, julgo procedente, em parte, a representação, declarando inconstitucional apenas a seguinte cláusula do art. 1º do Decreto nº 2.159/84, *verbis*: "com o aproveitamento de seus ocupantes."

VOTO

O *Sr. Ministro Carlos M. Velloso* (TFR): – Sr. Presidente, pretendia reiterar o voto que proferi no julgamento do incidente de argüição de inconstitucionalidade, havido no Mandado de Segurança nº 20.555-5-DF, já que estou convencido do seu acerto. Devo, entretanto, curvar-me ao que decidiu a egrégia maioria.

Assim, com ressalva do meu ponto de vista pessoal a respeito do tema, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O *Sr. Ministro Octavio Gallotti:* Também eu, Sr. Presidente, estou de acordo, ressalvando o meu ponto de vista expresso no voto anterior, que conduziria à improcedência total da representação.

VOTO

O *Sr. Ministro Néri da Silveira:* Julgo procedente, em parte, a representação. Faço-o, nos termos do voto que proferi, na decisão da questão incidental, reconhecendo a inconstitucionalidade, apenas, da cláusula "com o aproveitamento de seus ocupantes", inserta no art. 1º, do Decreto-lei nº 2.159/84.

VOTO

O *Sr. Ministro Aldir Passarinho* Sr. Presidente, reitero o meu entendimento manifestado anteriormente, e que foi no sentido do voto proferido pelo eminente ministro Sydney Sanches.

VOTO

O *Sr. Ministro Oscar Corrêa:* Sr. Presidente, também com ressalva do meu ponto de vista expendido no voto anterior, acompanho o eminente Relator. Saliento que a mim me parece que de nada alteraria, porque a composição do Tribunal, em face dos dois impedimentos, seria, para este julgamento, a mesma de agora, e o resultado deveria ser o mesmo deste julgamento, a menos que houvesse retificação de voto.

Portanto, como não espero acontecesse nenhuma dessas hipóteses, mantenho o meu voto e a minha convicção, mas acolho o voto do eminente Relator.

VOTO

O *Sr. Ministro Moreira Alves:* Sr. Presidente, ao julgar este Tribunal o mandado de segurança, prevaleceu o voto médio. Naquela oportunidade, manifestei-me pela inconstitucionalidade, e não encontro razões para mudar de orientação agora, quando estamos apreciando a presente representação que versa matéria constitucional idêntica.

Assim, julgo procedente a presente representação de inconstitucionalidade.

VOTO

O *Sr. Ministro Djaci Falcão:* Sr. Presidente, mantenho o meu voto pela procedência parcial e, em conseqüência, acompanho, agora, o nobre Relator.

EXTRATO DA ATA

Rp 1.293-0–DF – Relator: Ministro Sydney Sanches. Representante: Procurador-Geral da República. Representado: Presidente da República.

Decisão: indicou-se adiamento. Plenário, em 22.10.86.

Decisão: pediu vista o ministro Octavio Gallotti. Plenário, em 5.11.86. Usou da palavra o Dr. José Sepúlveda Pertence, Procurador-Geral da República.

Decisão: pediu vista o Ministro Aldir Passarinho. Plenário, em 19.11.86.

Decisão: adiado, aguardando-se o julgamento final do Mandado de Segurança nº 20.555-5–DF. Ausente, licenciado, o Sr. Ministro Carlos Madeira. Plenário, em 3.12.86.

Decisão: julgou-se procedente, em parte, a representação e declarou-se a inconstitucionalidade da seguinte cláusula do art. 1º, do Decreto-lei nº 2.159/84: "Com aproveitamento dos seus ocupantes", vencido o Ministro Moreira Alves, que a julgava procedente *in totum*. Votou o Presidente. Impedidos os Srs. Ministros Carlos Madeira e Francisco Rezek. tomaram parte no julgamento os Srs: Ministros Otto Rocha e Carlos Velloso. Funcionou o Dr. Aluizio Adjucto Silveira, Procurador-Geral da República, substituto. Plenário, 27.5.87.

Presidência do Sr. Ministro Rafael Mayer. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja. Compareceram os Ministros Otto Rocha e Carlos Velloso, do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, para completar o *quorum* regimental no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.555-5 do Distrito Federal.

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