

PROVIMENTO DERIVADO — CONCURSO PÚBLICO — CONSTITUIÇÃO
ESTADUAL

Os Estados-membros encontram-se vinculados, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, caput), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade estatal, a exigência de observância do postulado do concurso público (art. 37, II).

A partir da Constituição de 1988, a imprescindibilidade do certame público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória.

A transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas traduzem, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, formas inconstitucionais de provimento no Serviço Público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi legitimamente admitido. Insuficiência, para esse efeito, da mera prova de títulos e da realização de concurso interno. Ofensa ao princípio da isonomia.

A iniciativa reservada das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes.

Incide em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico-administrativa do Poder Executivo local.

A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e jurisprudência.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 248

Requerente: Governador de Estado do Rio de Janeiro

Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Relator: Sr. Ministro Celso de Mello

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 69 e 74 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília, 18 de novembro de 1993. Octávio Gallotti — Presidente, Celso de Mello — Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Celso de Mello — Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto os arts. 69 e 74 do ADCT do Estado do Rio de Janeiro, cujo teor é o seguinte:

“Art. 69 — Ficam restabelecidos os direitos à transformação de cargo de servidores públicos civis do Estado que a tenham requerido com base em lei publicada até 05 de outubro de 1988.

Art. 74 — Os servidores estaduais que, à época da promulgação da Constituição da República, contavam cinco anos de serviço efetivo, serão transformados ou transferidos de cargos ou categorias funcionais, submetendo-se a prova de títulos e concurso interno.”

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, ao deduzir o pedido perante este Corte, alega que é da competência exclusiva do chefe do Poder Executivo “*dispor sobre a organização e o funcionamento da administração*”, na forma da lei (CF, art. 84, VI), bem assim privativa a iniciativa de leis que criem cargos ou aumentem remuneração (CF, art. 61, § 1º, II, a).

Invoca a inicial, ademais, a exigência constitucional de concurso público para toda e qualquer investidura no Serviço Público (art. 37, II).

Não havendo pedido de medida liminar a apreciar, requisitei informações à Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que se manifestou pela *Improcedência* da ação.

O ilustre Advogado-Geral da União, por sua vez, no desempenho de atividade processual vinculada (RTJ 131/958, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), após tecer considerações em torno da autonomia constitucional dos Estados-membros e analisá-la em face do ordenamento constitucional pretérito e à luz da vigente Carta Política, propugnou a constitucionalidade das normas questionadas, acentuando, em essência, que

“Resta saber se as regras limitadoras do modelo federal podem limitar a ação do constituinte estadual.

Parece que a regra do art. 37, II, necessidade de concurso público para investidura em cargo público, é de observância obrigatória para os Estados, na forma do *caput* do art. 37.

Todavia, as normas referentes ao processo legislativo, não. Isto porque não estão lá nos *princípios sensíveis*, como estava na Constituição anterior (art. 13, III), a obediência ao processo legislativo consagrado no paradigma federal.

E, mais, ainda que estivesse ele consagrado no modelo federal, parece não ser ele de observância obrigatória para o Constituinte estadual. Com efeito, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, na Representação nº 937-RJ, julgada no dia 09.11.77 e cuja ementa foi publicada no DJ de 19.12.80 e no Ementário nº 1.197-1, bem colocou a questão, ao posicionar-se contra a limitação do poder constitucional dos Estados, quanto às regras

federais obrigatoriamente aplicáveis ao processo legislativo.

.....
Invocando esses valiosos subsídios, poder-se-á concluir, pois, que mesmo na hipótese de se considerarem extensíveis ao Estado os princípios relativos ao processo legislativo, ainda assim, com relação ao Poder Constituinte não se deve limitar a ação com as regras da Constituição Federal, quanto ao poder de iniciativa.

Realmente, sob a vigência da Constituição de 1969 (Emenda nº 1/69), o art. 13, inciso III, era expresso:

‘Art. 13 — 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.’

Portanto, quanto a essa alegação, a presente ação não pode ser julgada procedente.

Resta examinar a questão relativa à afronta ao art. 37, II, da C.F.

O próprio Autor reconhece que a interpretação desse inciso II deve ser feita *cum grano salis*. Admite ele as formas de provimento derivado, quando não há alteração de atribuições de cargo (*transformações*, reintegração, aproveitamento e *transferência*). Da 1ª e última hipóteses tratam os arts. 69 e 74 da Constituição Estadual.

A respeito de toda e qualquer norma, vigora a *presunção* da constitucionalidade, Karl Larenz — ‘*Metodologia da Ciência do Direito*’, Lisboa, Gulbenkian, 2ª edição, 1989), e, *segundo essa* presunção, somente pode ser declarada a inconstitucionalidade das normas impugnadas *se houver, no caso, radical e inarredável* afronta ao paradigma federal.

No caso, o art. 69 da CE/RJ restabelece os direitos à transformação de cargos de servidores públicos civis que a tenham requerido com base em lei publicada até 05.10.88. E o art. 74 assegura aos *servidores estáveis* (art. 19 do ADCT da C.F. de 1988) a transformação ou transferência, mediante concurso e prova de títulos.

Na primeira hipótese, haveria em primeiro

lugar, um direito *já adquirido* uma vez que a Carta anterior exigia concurso público apenas para a 1ª investidura. Havia lei estadual, admitindo a transformação, e uma vez tendo o interessado requerido essa transformação, faz ele, jus àquele direito que lhe era assegurado. É o mesmo princípio consagrado pela Súmula 359-STF.

No outro, trata-se de uma exceção prevista pelo art. 19 do ADCT da C.F. Para os que não foram admitidos através de concurso (na forma do art. 37), uma vez que são *considerados estáveis*, os servidores poderão habilitar-se à transformação ou transferência compatíveis com sua habilitação. Aferida esta por meio de concurso interno.

Por todas as razões aqui desenvolvidas, espera-se que a presente Ação seja julgada improcedente.”

O parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas, aprovado pelo ilustre Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, é no sentido da procedência da ação, com base nos argumentos seguintes (fls. 73/77):

“.....

A ação merece ser julgada procedente, e com base em seus dois fundamentos. Em primeiro lugar, registre-se que, apesar do advento da nova ordem constitucional, nenhuma mudança substancial se verificou no que se refere ao dever dos Estados de se submeterem ao princípio estabelecido no art. 61, § 1º, II, ‘a’ da C.F., atinente à iniciativa privativa do Poder Executivo para as leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração.

Nem se venha argumentar que o art. 25 da atual Carta Magna, diferentemente do art. 13 da anterior, não se refere expressamente ao processo legislativo e, portanto, não o erigiu como princípio federal extensível, de cumprimento obrigatório pelos Estados-membros. Nada disso parece essencial, principalmente se se levar em conta que o citado art. 13 também dispunha sobre a observância de outros princípios estabelecidos na Constituição além daqueles expressamente mencionados nos seus incisos I a IX.

Era essa, por exemplo, a orientação do eminente constitucionalista Celso Bastos ('Curso de Direito Constitucional', 9ª ed., São Paulo, 1986, p. 117), o qual após tecer considerações sobre os princípios constitucionais sensíveis e os extensíveis, prelecionava, referindo-se aos 'princípios constitucionais estabelecidos', *in verbis*:

'Além desses princípios, a autonomia estadual está limitada por certas regras esparsas na Constituição, mas que contribuem para dar os contornos da área de atuação dos Estados federados. São os princípios constitucionais estabelecidos, dos quais não daremos aqui uma relação completa, mas apenas alguns exemplos: as vedações estabelecidas aos Estados pelos arts. 9º, 19 e 20, III; o princípio da igualdade dos Estados-membros que, a despeito de suas inegáveis diferenças, a múltiplos títulos, faz com que todos disponham da mesma *soma de direitos*; a obrigatoriedade de os Estados-membros se curvarem aos direitos e garantias individuais, firmadores de uma ordem democrática, a necessidade de se afinarem com o disposto no capítulo da Constituição atinente à ordem econômica e social.'

E abordando a questão da utilidade da aludida classificação de princípios, atribuída a José Afonso da Silva e Raul Machado Horta, concluiu o citado autor:

'Sem embargo do meritório esforço dos autores da classificação exposta, quer nos parecer que o maior valor do trabalho realizado reside no seu aspecto didático, e não no científico. Isto porque, embora as diversas categorias de princípios estudadas possam apresentar algumas diferenças (p. ex., no que diz respeito às sanções), todas elas apresentam, a nosso ver, traços mais fortes que as unificam em um todo indiferenciado. Esse conjunto de normas e princípios é que faz nascer os limites à autonomia estadual, fixada no art. 13. O perfil jurídico-constitucional dos Estados vai nascer exatamente da conjugação do princípio da autonomia com os limites a ela impostos pela Constituição Federal.'

A essa conjugação deve-se fazer a partir da consideração de que, num sistema federativo como o nosso, é tradicional a simetria entre a organização dos Estados-membros e a orga-

nização da União Federal, esta só deixando de servir de modelo para aqueles naquilo que for evidentemente secundário ou que resultar de expressa disposição em contrário do próprio texto constitucional. Ou seja, os Estados-membros têm a sua autonomia reconhecida, mas devem seguir o modelo federal em sua essência, que se manifesta, entre outros, através do princípio estampado no art. 61, § 1º, II, "a", da Carta Magna.

E não tem o relevo pretendido, por outro lado, o fato de que as normas impugnadas estejam inseridas na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e não se trate de normas ordinárias. O que importa é que houve usurpação de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, a qual não é menos grave por emanar de um Poder Constituinte, que, sendo decorrente e meramente autônomo, não pode evidentemente sobrepor-se, por via transversa, ao estabelecido pelo Poder Constituinte originário e soberano.

E como não bastasse esse vício, as normas impugnadas padecem de outro igualmente grave, que deve ser proclamado por essa Suprema Corte. O instituto da transformação de cargos aludido na Constituição Federal (art. 40, § 4º, e 48, X), não tem os contornos que o Constituinte Estadual lhe quis conferir, como forma de ressuscitar velhos vícios que o Constituinte Federal pretendeu extirpar de nossa vida pública ao editar a norma do art. 37, II.

A investidura em cargos ou empregos públicos, salvo quanto ao que foi ressalvado expressamente, somente pode ocorrer através de concurso público, não mais sendo admissíveis quaisquer formas de provimento derivado que signifiquem ou consubstanciem um mero artifício para favorecer funcionários públicos a ascenderem a outras carreiras de níveis mais elevados sem a salutar disputa, em igualdade de condições, com os demais cidadãos que almejem ser investidos nos mesmos cargos.

Adilson Abreu Dallari ('Regime Constitucional dos Servidores Públicos', 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 35) se posiciona nesse mesmo sentido, afirmando:

'A redação (dolosamente) defeituosa do

texto de 1969, art. 97, § 1º, dizendo que apenas a 'primeira investidura', somente em 'cargos públicos', é que dependia de aprovação em concurso público, 'salvo os casos indicados em lei', permitiu toda sorte de burlas e abusos, gerando um empreguismo desenfreado, um superinchaço dos quadros de pessoal, um descontrole completo do funcionalismo e a desmoralização do serviço público.

Como a Constituição se referia à 'primeira investidura, entendeu-se que qualquer outra independia do concurso público. Assim é que, ao longo do tempo, conforme relata Marcio Cammarosano, procederam-se a inúmeras 'transformações de cargos', meio pelo qual os apaniguados exercentes de cargos modestos eram contemplados com os cargos mais importantes, chegando até mesmo (por vias transversas) a receber estabilidade em cargo de provimento em comissão. Da mesma forma, sob a mesma desculpa, foi inventada a figura da 'transposição', destinada a prover mediante concurso interno, reservado a quem já fosse funcionário público, os cargos que, a rigor, deveriam ser disputados em concurso público. Não obstante tão escandalosa inconstitucionalidade, tais procedimentos foram agasalhados até mesmo pelo STF.'

E mais adiante, o mesmo autor complementa a sua linha de pensamento nos seguintes termos: 'Esse quadro dantesco e vergonhoso é aqui desenhado porque a redação do texto atual da Constituição Federal, no tocante do concurso público, representa uma reação a tudo isso e tem por objetivo evitar que esses mesmos comportamentos venham a ocorrer no futuro.'

E em parecer publicado na Revista de Direito público nº 96 (Ed. Revista dos Tribunais, p. 112/113), ele foi ainda mais explícito, proclamando:

'Em face da Constituição Federal em vigor, somente é possível a existência de concurso interno quando se tratar de cargos escalonados em carreira que deverão ser disputados pelos titulares dos cargos situados em situação inferior na mesma carreira. Qualquer outra investidura em cargo público de provimento efetivo somente será possível mediante aprovação em concurso público, conforme expres-

samente determina o art. 37, II, da CF de 1988.'

Pelo exposto, o parecer é pela procedência da ação, com a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 69 e 74, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro."

Este é o relatório, cuja cópia deverá ser distribuída aos demais Ministros da Corte, em atenção ao disposto no art. 87, I, do Regimento Interno.

Inclua-se este processo em pauta.

VOTO

O Senhor Ministro Celso de Mello (Relator)
— A autonomia dos Estados-membros constitui um dos fundamentos essenciais na configuração conceitual da organização federativa.

Dessa autonomia político-jurídica das entidades regionais deriva o seu poder de auto-organização, que lhes permite definir uma ordem constitucional própria.

A Constituição estadual, portanto, representa, no plano local, a expressão mais elevada do exercício concreto do poder de auto-organização deferido aos Estados-membros pela Lei Fundamental da República.

Essa eminente prerrogativa institucional, contudo, não se reveste de caráter absoluto. Acha-se, ao contrário, submetida, quanto ao seu exercício, a limitações jurídicas impostas pela própria Carta Federal que, no *caput* do seu art. 25, preceitua, *verbis*:

"Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, *observados os princípios desta Constituição.*" (grifei)

O ADCT da Constituição do Rio de Janeiro prescreveu, nas normas impugnadas, a transformação de cargos públicos e dispôs, mediante simples exigência de prova de títulos associada à realização de concurso interno, sobre a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas.

Argumenta o Governador do Estado, ao fundamentar a inicial, que as normas impugnadas importam na usurpação da competência do Chefe do Poder Executivo e, ainda, no

descumprimento da exigência constitucional de concurso público para investidura no Serviço Público.

Os Estados-membros encontram-se vinculados, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, *caput*), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade estatal, a exigência de observância ao postulado do concurso público (art. 37, II).

A transformação de cargos, tal como estabelecida no art. 69 do ADCT do Rio de Janeiro, viabiliza o provimento efetivo do servidor em outros cargos, com diferentes atribuições funcionais ou com diverso conteúdo ocupacional, em evidente afronta à imposição constitucional de concurso público, que traduz requisito essencial para a legítima investidura em cargos, empregos ou funções existentes no Serviço Público.

É preciso ter presente que o postulado constitucional do concurso público, enquanto regra concretizadora do princípio da isonomia, reclama, para efeito de investidura em cargo público, a prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos.

Essa exigência, muito embora correspondesse, sob a égide da Constituição anterior, apenas à *primeira investidura*, passou a estender-se, *genericamente*, com a promulgação da Constituição de 1988 — *ressalvadas as exceções previstas na própria Carta Política* —, à “investidura em cargo ou emprego público”, quer mediante provimento originário, quer mediante provimento derivado.

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

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — na linha do entendimento de ADILSON ABREU DALLARI (“Regime

Constitucional dos Servidores Públicos”, p. 37, 2ª ed., 1990, RT) e de Celso Antonio Bandeira de Mello (“Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta”, p. 45, 1990, RT — Firmou-se, *igualmente*, no sentido de que a imprescindibilidade do certame público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, tornando-se, ao contrário, exigível como regra geral, de observância compulsória pelas pessoas estatais (ADIn 231/RJ, Rel. Min. Moreira Alves; ADIn 245-RJ, Rel. Min. Moreira Alves; ADIn 637-DF, Rel. Min. Celso de Mello).

No caso concreto, as normas impugnadas prevêem a *transformação* de cargos públicos. A clara hostilidade da Constituição de 1988 à transformação de cargos — já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal — decorre do fato de que esse instituto, por implicar inovação do título e alteração das atribuições funcionais do cargo, nada mais configura do que um novo provimento, a depender, sempre, da exigência do concurso público (ADIn 266-RJ, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU de 06.08.93).

Essa forma de provimento derivado revela-se, por isso mesmo, incompatível com o regime constitucional definidor da inderrogável exigência do concurso público. Daí a advertência da Douta Procuradoria-Geral da República, que, ao manifestar-se pela procedência da ação, salientou, *verbis*:

“O instituto da transformação de cargos aludido na Constituição Federal (art. 40, § 4º, e 48, X) não tem os contornos que o Constituinte Estadual lhe quis conferir, como forma de ressuscitar velhos vícios que o Constituinte Federal pretendeu extirpar de nossa vida pública ao editar a norma do art. 37, II.

A investidura em cargos ou empregos públicos, salvo quanto ao que foi *ressalvado expressamente*, somente pode ocorrer através de concurso público, não mais sendo admissíveis quaisquer formas de provimento derivado que signifiquem ou consubstanciem um mero artifício para favorecer funcionários públicos a ascenderem a outras carreiras de níveis mais elevados sem a salutar disputa, em igualdade de condições, com os demais cida-

dãos que almejem ser investidos nos mesmos cargos.”

De outro lado, a circunstância de o preceito em questão haver restabelecido “os direitos à transformação de cargo de servidores públicos civis do Estado que a tenham requerido com base em lei publicada até 05 de outubro de 1988” em nada altera a essencial invalidade jurídica da norma impugnada.

Não há falar, no caso, em direito adquirido dos servidores públicos estaduais. O título jurídico por estes invocável residiria em leis pré-constitucionais, que, no entanto, deixaram de ser recebidas pela vingente Carta Política, a cujos preceitos não se ajusta, no plano material, a regra local consagradora da transformação de cargos.

Com a superveniência da nova ordem constitucional, o instituto da transformação de cargos — ainda que legitimamente criado sob o regime jurídico anterior — passou a incidir na eiva de inconstitucionalidade, consoante enfaticamente ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da *ADIn 266/RJ*, Rel. Min. Octávio Galloiti, *verbis*:

“A transformação de cargos foi concebida como instrumento transitório da aplicação de determinado plano de classificação (...). Ao perenizar essa prática circunstancial, a Administração Pública não só desvirtua a concepção original da medida, como, a partir da promulgação da Carta de 1988, passa a incidir na eiva de inconstitucionalidade.”

O Estado-membro não pode, portanto, a pretexto de resguardar situações juridicamente consolidadas, prescrever normas que claramente hostilizam princípios fundamentais que devem pautar a ação da Administração Pública.

A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*RDA 24/57 — RDA 54/215 — RDA 90/241, 248 — RDA 108/107*), com apoio no magistério doutrinário (Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969”, tomo VI/385, 2ª ed.,

1974, RT; Francisco Campos, “Pareceres do Consultor-Geral da República”, vol. 29/386), tem salientado que

“... as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte.”

(*RTJ 68/9, 13*, Rel. Min. Djaci Falcão)

A outra norma impugnada, inscrita no art. 74 do ADCT da Constituição estadual, prevê, além da transformação, a *transferência*, para outros cargos ou para categorias funcionais diversas, dos servidores estaduais que logrem aprovação em concurso interno e em prova de títulos.

Esta Corte, ao julgar a *ADIn 231/RJ*, Rel. Min. Moreira Alves, tendo presente a circunstância de que “nenhum dispositivo da atual Constituição, direta ou indieretamente, alude aos institutos da ascensão e da transferência”, proclamou que

“Estão (...) 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 ou carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.” (*DJU de 13.11.92 — grifei*)

No mesmo sentido, pronunciou-se o Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da *ADIn 89/MG*, Rel. Min. Ilmar Galvão, ocasião em que, *uma vez mais*, recusou-se validade jurídico-constitucional a normas que, como aquela inscrita no art. 74 do ADCT estadual, viabilizam a transferência de servidores e seus aproveitamentos em outros cargos ou funções da Administração Pública:

“Configuração (...) de inconstitucionalidade de material, relativamente aos arts. 21, 27 e 33, por contemplarem hipóteses de provimento de cargos e empregos públicos mediante

transferência indiscriminada de servidores (...), ao arripio do disposto no art. 37, II, do Texto Fundamental.” (DJU de 20.8.93)

Com efeito, a Constituição de 1988, ao universalizar a aplicabilidade do princípio do concurso público, tornou ilegítimos os mecanismos de provimento derivado consistentes no acesso, na transformação e, também, na transferência de que ora se cogita.

Desse modo, mesmo a previsão, inscrita no art. 74 do ADCT local, de *transferência* de servidores para outros cargos e categorias funcionais mediante a realização de prova de títulos e de concurso meramente interno revela-se incompatível com o disposto no art. 37, II, da Constituição, na medida em que, consoante já advertiu José Carlos Barbosa Moreira,

“O requisito constitucional é o do concurso, que pode ser só de provas, ou de provas e títulos, e a *contrario sensu*, evidentíssima, 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 preenchem 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’ (...).”

(“O Concurso na Constituição Estadual”, in *RDPG/GB*, vol. 17/83, 1967)

O mesmo entendimento doutrinário — que enfatiza a necessidade de submissão do Poder Público a postulados de ordem ético-jurídica, essenciais à concretização dos princípios básicos da igualdade e da moralidade administrativa — é perfilhado por Márcio Cammarosano, que, já no regime constitucional anterior, assinalava, *verbis*;

“Para efeito de provimento de cargo público, ninguém pelo simples fato de já ser funcionário público, pode ser tão privilegiado a ponto de se ver livre da concorrência de não funcionários, pois isso significaria, sob certo aspecto, retornar à sociedade estamental, abolida com o advento dos modernos estados democráticos.” (“Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro”, p. 91/92, 1984, *RT*)

Por isso mesmo — acentua Adilson Abreu Dallari (“Transformação de Cargos Públicos”, in *RDP*, vol. 96/110, 112) —, “Em face da Constituição Federal em vigor, somente é possível a existência de concurso interno quando se tratar de cargos escalonados em carreira, que deverão ser disputados pelos titulares dos cargos situados em situação inferior na mesma carreira. Qualquer outra investidura em cargo público de provimento efetivo somente será possível mediante aprovação em concurso público, conforme expressamente determina o art. 37, II, da CF de 1988.”

A par do descumprimento do postulado constitucional do concurso público, que caracteriza vício de natureza *material*, o Governador do Rio de Janeiro alega, como fundamento de sua pretensão, a inobservância de um relevantíssimo aspecto de ordem *formal*, consistente na usurpação, pela Assembléia local, a competência do Chefe do Poder Executivo para iniciativa do processo legislativo na matéria em análise (*CF*, art. 84, VI, *c/c* art. 61, §1º, II, *a*).

Tenho por procedente, *também nesse ponto*, a arguição de inconstitucionalidade deduzida pelo Autor, na medida em que a iniciativa reservada conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo revela-se projeção

específica do princípio da separação de poderes.

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

Foi por essa razão que, ao vislumbrar, no caso, a eiva de inconstitucionalidade formal, tipificada pela clara usurpação do poder de iniciativa que se reservou, em tema de regime jurídico dos servidores públicos, ao Chefe do Executivo, a douta Procuradoria-Geral da República observou:

“A ação merece ser julgada procedente, e com base em seus dois fundamentos. Em primeiro lugar, registre-se que, apesar do advento da nova ordem constitucional, nenhuma mudança substancial se verificou no que se refere ao dever dos Estados de se submeterem ao princípio estabelecido no art. 61, § 1º, II, “a” da C.F., atinente à iniciativa privativa do Poder Executivo para as leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração.

.....
(...). Ou seja, os Estados-membros têm a sua autonomia reconhecida, mas devem seguir o modelo federal em sua essência, que se manifesta, entre outros, através do princípio estampado no art. 61, § 1º, II, ‘a’, da Carta Magna.

E não tem o relevo pretendido, por outro lado, o fato de que as normas impugnadas estejam inseridas na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e não se trate de normas ordinárias. O que importa é que houve usurpação de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, a qual não é menos grave por emanar de um Poder Constituinte, que, sendo decorrente e meramente autônomo, não pode evidentemente sobrepor-se, por via transversa, ao estabelecido pelo Poder Constituinte originário e soberano.”

Devo salientar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem con-

sagrado esse mesmo entendimento, consoante se depreende, a título meramente exemplificativo, da seguinte decisão:

“Ação Direta de inconstitucionalidade. Artigos 21, 25, 26, 27, 32 e 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989.

Normas que, por disporem, sem exceção, sobre servidores públicos do Estado, padecem do vício de inconstitucionalidade formal, por inobservância do princípio da reserva da iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo, corolário do postulado da separação dos poderes, imposto aos Estados pelo art. 25 da CF/88 e, especialmente, ao constituinte estadual, no art. 11 do ADCT/88, combinados, no presente caso, com o art. 61, parágrafo 1º, alíneas a e c, da mesma Carta.” (ADIn 89-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão)

Essa orientação jurisprudencial, que se delineou na vigência do regime constitucional anterior (RTJ 46/441 — RTJ 57/358 — RTJ 57/384 — RTJ 92/1000 — RTJ 99/555 — RTJ 108/980), segue prestigiada pelo Plenário desta Corte, que, ao realçar esse particular aspecto da controvérsia constitucional, deixou consignado, *verbis*:

“Entendido, portanto (...), 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-se 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: ou 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.

.....
Ora, também são da iniciativa exclusiva do Presidente da República, e, portanto, dos Governadores, no âmbito estadual, as leis que dispõem sobre os servidores públicos, inclusive no que diz respeito ao provimento dos cargos (artigos 61, § 1º, II, c). Portanto, por vício de iniciativa, são formalmente inconstitucionais os dois dispositivos impugnados na presente ação." (ADIN 231/RJ, Rel. Min. Moreira Alves)

Sendo assim, e em face do exposto, *julgo procedente* a presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos arts. 69 e 74 do ADCT do Estado do Rio de Janeiro, promulgado em 05.10.89.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 248-1. Origem: Rio de Janeiro. Relator: Min. Celso de Mello. 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: Por votação unânime, o Tribunal julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 69 e 74, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 18.11.93.

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

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Luiz Tomimatsu — Secretário.