

O CONCURSO COMO CONDIÇÃO DE INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO. LEI ESTADUAL DE EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS.

Paulo Henrique Blasi

Doutor em direito Professor do CPGD/UFSC

Segundo regra constitucional “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” (§ 1º do artigo 97).

Sérias dúvidas têm sido levantadas, quanto à legitimidade da lei estadual ou municipal em indicar exceções à regra de investidura através de concurso.

A questão - polêmica não resta a menor dúvida - tem colocado em posições divergentes, doutrina e jurisprudência.

Com freqüência tem sido levantada a inconstitucionalidade de leis estaduais que indicam cargos a serem providos independentemente de concurso, com estribo na exceção expressamente consignada na parte final do dispositivo supra transcrito, sob o fundamento de que só lei federal, da iniciativa do Presidente da República poderia assim fazê-lo.

O assunto merece algumas reflexões.

LEI E PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

1. Desde que formalmente publicada, toda lei traz/ínsita a presunção de validade, o que obriga o seu cumprimento. Só em caráter de excepcionalidade (em obediência ao princípio da ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS) pode ser decretada a in-

validade da lei, sob o argumento de colisão com o texto da Constituição. A dúvida é sempre resolvida em favor da lei, pois a infração à norma constitucional deve ser CLARA, INCONTROVERSA “EXTREME DE DÚVIDAS”.

2. Com assento nas lições de COOLEY (Constitutional Law, pág. 154), WILLOUGHBY The Constitucional Law, 191 O, pág. 14), *BLACK* (Handbook of American Constitutional Law, 1910, § 37) e *CARLOS MAXIMILIANO* (Comentários à Constituição Brasileira, 1948, 4a. edição. I, pág. 157), após detalhado estudo do problema atinente à incompatibilidade entre a lei e a Constituição, assim EMENTOU DECISÃO SUA, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“A declaração de inconstitucionalidade deve ser demonstrada, extreme de qualquer dúvida” (REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 93/106).

3. O insigne CASTRO NUNES (Teoria e Prática do Poder Judiciário, pág. 590), oferece, para o caso, expressiva lição:

“O poder de interpretar o texto, é aliás, inerente à aplicação de toda lei; porque a aplicação pressupõe a exegese, como operação preparatória do desenvolvimento da regra legal ou da expedição do ato. Quer o Poder Legislativo, com as luzes de suas comissões técnicas, quer o Executivo, esclarecido pelos precedentes judiciais e por outros subsídios de informação jurídica, fixam para as necessidades do desempenho de suas funções respectivas o entendimento das cláusulas constitucionais. Daí resulta que as leis do Congresso e os atos de igual força, ainda que emanados do Executivo, são, quando argüidos de inconstitucionais, presumidamente válidos”.

4. Um dos mais ilustrados autores brasileiros a se debruçar sobre a questão (LUCIO BITTENCOURT), ensina com o vigor de sua autoridade:

“Os legisladores, do mesmo modo que os juizes estão obrigados a obedecer e cumprir a Constituição, e deve-se entender que eles medem e pesam, convenientemente, a validade constitucional dos atos que elaboram. Em conseqüência, toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em favor e não contra ela - every reasonable doubt must be resolved in favour of the statute, not against it”.

“E os tribunais não julgarão inválido o ato a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa, inequívoca - clear, complete and unmistakable”

Em sua esplêndida monografia (O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS, Editora Forense – 2. edição 1968) após discorrer, com sustentação em *BLACK*, sobre a questão, conforme acima transcrito (pág. 92), esclarece que a precaução em torno da presunção de validade da lei já era reclamada pelo próprio MARSHALL no julgamento do caso “Fletcher v. Peck”.

“Onde o grande juiz mostrou que a questão de se verificar se uma lei é incompatível com a Constituição é, sempre, uma questão muito delicada - it is ali times a question of much delicacy - que deve raramente, quiçá, nunca, ser decidida pela afirmativa num caso duvidoso” (OBRA INDICADA, pág. 93)”.

5. Conclui LUCIO BITTENCOURT, que “em consequência dessa presunção, tem-se entendido, por outro lado, que os tribunais, antes de fulminar a lei com a declaração de inconstitucionalidade, devem procurar interpretá-la de tal modo que se torne possível harmonizá-lo com a Constituição. E somente no caso de se tornar isso de todo impraticável é que se poderá ‘reconhecer a ineficácia do diploma impugnado” (obra citada, pág. 93).

6. Qualquer conclusão sobre a constitucionalidade ou não de diplomas legislativos estaduais ou municipais que disponham sobre investidura em cargo público efetivo, independentemente de concurso, depende de análise mais demorada, a começar pela correta exegese da regra inscrita no parágrafo primeiro do artigo 97 da Constituição em vigor.

7. A Constituição de 1946, DEMOCRATICAMENTE APROVADA em Assembléia Constituinte e originária de um período de reação ao nazi-fascismo, ao dispor sobre provimento de cargos públicos, estabeleceu:

“A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde”(art. 186).

8. Na vigência da Carta de 1946 eram incontáveis os cargos criados isoladamente, nos três níveis de autonomia: União, Estados e Municípios. E todos providos sem concurso. À evidência, as leis que criavam e determinavam a forma de provimento de tais cargos eram

federais, estaduais ou municipais. Jamais se pôs qualquer dúvida a respeito, impedindo, então, a autenticidade do regime federativo e da autonomia municipal.

Com a aprovação, pelo Congresso, do texto da Carta de 1967, foi proibida toda e qualquer nomeação para cargo público efetivo, sem concurso (art. 95, § 1º).

A partir de 1969 a Constituição da República, estabeleceu o seguinte:

“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.

Corrente doutrinária e escólios jurisprudência, entendem que só o PRESIDENTE DA REPÚBLICA TEM COMPETÊNCIA PARA ENCAMINHAR E SANCIONAR LEI, INDICANDO OS CARGOS QUE POSSAM SER PROVIDOS SEM CONCURSO, pouco importando sejam os mesmos ESTADUAIS OU MUNICIPAIS.

A INTERPRETAÇÃO CENTRAIZADORA SE CONSTITUI NA MAIS EXPRESSIVA MANIFESTAÇÃO DA FALÊNCIA DO SISTEMA FEDERATIVO E DA AUTONOMIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS.

9. Não bastassem os poderes centralizadores da União, contra os quais se insurge a Nação brasileira, porque reduzem a federação a uma caricatura e a autonomia de estados e municípios a uma falácia, conforme em tese aprovada pela 9ª Conferência Nacional de Advogados tivemos oportunidade de ressaltar (A DESCENTRALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL), são justamente tais poderes que se buscam colocar, exclusivamente ao arbítrio do Presidente da República, para invalidar texto de Lei Estadual. Em verdade, o arrimo da corrente que assim se posiciona, reside na defesa da exegese constitucional que confere ao presidente da República, não bastasse os excepcionais poderes que lhe são conferidos, também o de se transformar em Juiz “único e supremo” (“lei federal da iniciativa exclu-

siva do presidente da República...” da forma e das condições de provimento dos cargos, inclusive nos Estados e Municípios.

10. A arrogância centralizadora que asfixia as unidades que compõem a federação e desnatura os município, não pode ser aceita, com a devida vênia, sem exame conjunto das regras que promanam do texto da própria Constituição e que refluem no tempo, para sedimentar uma interpretação menos condicionada, mais democráticae, por isto mesmo, mais consentânea com a realidade.

11. O pouco que resta em matéria de autonomia, nesta REPÚBLICA, que se diz FEDERATIVA (art. 1º da Constituição) e que reconhece AUTONOMIA aos Estados e Municípios há que ser defendido com vigor, para não sucumbir em razão de interpretações que, voltando –se para a ilegitimidade autoritária da versão gramatical, abandonam a sistematização que harmoniza, que sustenta e que dá vida ao texto.

12. Está na Carta Federal:

“Art. 13 - Os Estados e Municípios organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitadas, dentre outro princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

...

V - As normas relativas aos funcionários públicos, inclusive aplicação, aos servidores estaduais e municipais dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal”.

“O princípio federativo, embora eivado de peculiaridades”, ensino Professor ADILSON DE ABREU DALLARI (REGIME CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS, Editora RT, 1976) “existe e é fundamental importância na interpretação da Constituição Federal verdade, também, que o texto legal não tem disposições inúteis. Assim sendo, era preciso buscar uma interpretação que conciliasse a norma do artigo 109, II com a AUTONOMIA CONFERIDA AOS ESTADOS, MUNICÍPIOS PARA LEGISLAR A RESPEITO DE SUA ADMINISTRAÇÃO”.

O mesmo autor cita a opinião de CELSO ANTONIO BANDEIRA I MELLO, para quem a “lei deve ser federal”, criticando-a sob argumentos tos cuja ponderabilidade é indiscutível:

“Se é louvável a firmeza da afirmação e a clareza de pensamentos de Celso Antônio, merece reparos o fato de que ele, adepto fervor e da interpretação sistemática, deixou de considerar outros elementos

importantíssimos” (obra citada, pág. 31). E dentre tais elementos, aponta o Professor Dallari, o princípio federativo

13. Para o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a lei de que faça o parágrafo primeiro do artigo 97, da C. Federal “é a lei ordinária, federal, estadual ou municipal” (COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, Vol. 2 - págs. 198/223). CAIO TÁCITO admite que a lei federal possa estabelecer critérios sobre concursos públicos, definindo condições de provimento. A lei municipal e estadual caberá, porém, especificar os casos em que “a isenção do concurso ou a sua limitação a formas mais sumárias (como apenas concurso de título, por exemplo) deva ser adotada” (REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES MUNICIPAIS RDP-Vol. 26/29).

14. Argumentos ponderáveis, não resta dúvida, para elucidar o sentido exato da regra insculpida no parágrafo primeiro do artigo 97. A lei não contém palavras inúteis. Elas são empregadas para aclarar o significado da norma. No caso, o próprio texto oferece valiosos subsídios, para que se processe uma interpretação à base do sistema.

15. A Constituição utiliza expressões distintas quando se refere às leis que devem regular certas disposições genéricas:

- a) lei complementar;
- b) lei federal;
- c) lei.

Quando o legislador quis, utilizou a expressão adequada.

O DIREITO ADMINISTRATIVO é abrangente, nele incluindo o assim conhecido “Direito do Funcionário”. Inexiste ressalva constitucional dando à União exclusividade para legislar sobre Direito Administrativo. Ao contrário, Estados e Municípios detêm competência constitucional para se auto-organizarem, com obediência, tão-somente, às limitações expressas no texto.

A própria Constituição manda estender aos Estados e Municípios, os princípios gerais relativos a funcionários públicos (art. 108).

Alguns exemplos servem para elucidação do sistema:

Segundo o artigo 97, os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, obedecidos os “REQUISITOS ESTABELECIDOS EM LEI”.

Que lei?

A federal, estadual ou municipal, pois a fixação dos requisitos a serem preenchidos pelos que pretendam ocupar cargos públicos

(idade, nível de habilitação, programas, etc.) dependerá, sempre da entidade pública interessada.

16. O parágrafo segundo do mesmo artigo 97 está assim redigido:

“Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, DECLARADOS EM LEI, de livre nomeação e exoneração”.

Que lei?

Naturalmente aquela editada pela pessoa de direito público respectiva.

O parágrafo primeiro, seguindo a mesma sistemática após estabelecer que a PRIMEIRA INVESTIDURA em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, acrescenta, “SALVO OS CASOS INDICADOS EM LEI”.

Que lei?

À força do respeito ao regime federativo e na linha de fidelidade à interpretação sistemática, também neste caso, a lei específica só poderá provir de uma das entidades públicas (União Estados Municípios).

17. Com a devida vênia, insiste-se no argumento de que não há razão plausível para entender-se que o “caput” e o parágrafo segundo do artigo 97 quando se referem à “LEI” utilizam a palavra referindo-se às três órbitas, enquanto o parágrafo primeiro, que a repete, dá à mesma sentido restritivo.

De outro lado, a exegese de que somente LEI FEDERAL DA EXCLUSIVA INICIATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (Art. 109, II), seria capaz de fixar, para os Estados e Municípios, a forma de provimento dos respectivos cargos públicos, é negativa (do sistema federativo) e autoritária (por conceder mais força ainda, ao já hipertrofiado e centralizador Poder Executivo Federal).

18. Não é demais lembrar que a norma constante do artigo 97 é genérica, enquanto aquela adveniente do artigo 109, é específica.

Pretendesse o constituinte que a lei a que se refere o artigo 97 e seu parágrafo primeiro, fosse FEDERAL, *tê-lo-ia feito* sem dar origem a *dúvidas*, pois assim procedeu quanto a inúmeros outros dispositivos. Na própria seção que trata dos funcionários públicos encontramos:

“Art. 99, § 3. - LEI COMPLEMENTAR, de iniciativa exclusiva do Presidente da República poderá estabelecer.

Art. 103 - LEI COMPLEMENTAR, de iniciativa exclusiva do Presidente da República ...

19. É ainda, na mesma seção pertinente aos funcionários públicos que podemos apontar mais alguns exemplos do uso da expressão “lei” (art. 102, § 39, art. 108, § 3. e art. 111) ou “*lei especial*” art. 106), nos quais não está realçada a pessoa jurídica pública que possa expedi-las. Ninguém põe dúvida, no entanto, de que a competência é, difusa (União, Estados, Municípios).

Há que se acrescentar que o artigo 106 da Constituição, que trata do regime jurídico, de servidores admitidos em serviços de caráter temporário, menciona “LEI ESPECIAL”. A discussão sobre o alcance da “LEI ESPECIAL”, referida no artigo 106 foi objeto de larga discussão no PRIMEIRO CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AF) MINISTRATIVO, que se reuniu em Curitiba, em 1975. Naquela oportunidade defendemos a tese de que a lei seria federal, estadual ou municipal, dependendo dos servidores de que tratasse. Como argumento substancial a tal exegese, colocava-se a PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS. Outra corrente defendia tese oposta, isto é, de que dita “LEI ESPECIAL” somente poderia ser Federal. A controvertida questão (inclusive em Santa Catarina, no que tange aos então denominados “professores designados”) veio a ser dirimida pelo Supremo Tribunal, que deu a ela a única orientação compatível com o sistema federativo isto é dita lei especial será estadual, municipal ou federal, cobrindo as respectivas órbitas.

Acrescente-se, ainda, que no artigo 102, a “Lex Fundamentalís”, por duas vezes se refere à “LEI”, isto é, quando trata da invalidez e das moléstias contagiosas ou incuráveis, que devem ser “ESPECIFICADAS EM LEI”.

Que lei?

A resposta é desnecessária.

20. Porque, então, restringir-se a interpretação do texto constitucional apenas ao parágrafo primeiro do artigo 97? Pela invocação do artigo 109?

Com a devida vênia, a interpretação que se dá ao dispositivo, além de sofrer os vícios já apontados, se afasta do próprio sistema constitucional, reduzindo a escombros a já definhada federação brasileira.

É de anotar-se, ainda uma vez, que o texto do artigo 109 não se refere apenas ao parágrafo primeiro do artigo 97, mas ao “caput” do

mesmo artigo “respeitado o disposto no artigo 97 e seu parágrafo primeiro”

Ora ninguém contesta o direito de os Estados e Municípios dispor, sobre condições de acesso e respectivos requisitos. E para demonstrar a veracidade de tal afirmação, aí estão os ESTATUTOS DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS de todos os Estados e Municípios.

Lendo-se o artigo 109, com atenção, chega-se à conclusão lógica de que o preceito programático (genérico) enunciado no artigo 97 e é parágrafos, deve SER RESPEITADO na expedição da LÊI FEDERAL que, por óbvio, só pode. se destinar aos “FUNCIONÁRIOS FEDERAS”.

21. Tão correta é a exegese, que todas as CONSTITUIÇÃO ESTADUAIS inserem EM SEUS TEXTOS. a redação do artigo 97 e seus parágrafos. Em Santa Catarina o preceito está expresso no artigo 113, §§ 1º e 2º. Seria absurdo admitir-se que as CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS que refletem autonomia próprio sistema federativo ao transplantar a regra inserida no artigo 97 e parágrafos 10 e 29 da C. Fede admitissem que os “casos indicados em lei” adviessem do Poder Público Federal.

22. *A jurisprudência* cobre tal entendimento. Ao julgar a REPRESENTAÇÃO NO 839 do Estado de ALAGOAS (REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO - Vol. 110/60-61) o Colendo Supremo Tribuna Federal declarou não ser inconstitucional preceito da CONSTITUIÇÃO (daquele Estado que permite a NOMEAÇÃO. somente através de concurso de títulos para provimento de cargos isolados (efetivos) de natureza técnica ou científica. A redação do artigo 81 da Constituição Estado de Alagoas é esta: “Para provimento de cargo isolado, legalmente definido como de natureza técnica ou científica, poderá sei exigido o concurso apenas de títulos na forma que a lei estabelecer”. Deixa claro a decisão do STF que o CONSTITUINTE ESTADUAL “ficou aquém da Lei Maior”. Sequer foi questionado pelo Supremo, a questão pertinente à necessidade da existência de “lei federal”, por totalmente inaplicável.

23. Em outra assentada, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 85.442 (RDA 132/68), o eminente Relator, Ministro MOREIRA ALVES esclareceu: “a lei que se refere o artigo 97 da Constituição será estadual, com relação aos cargos estaduais”.

24. Por ocasião do julgamento da REPRESENTAÇÃO Nº 888 DE MATO GROSSO, mais uma vez o Excelso Supremo Pretorio reforça a exegese quanto ao artigo 97, § 1º da Carta Federal. É valiosa a lição do saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, ao afirmar que *“só lei exclusiva da competência do governador (art. 13, III e 57 da Emenda Constitucional nº 1/69) PODERIA INDICAR quais as categorias e cargos específicos que comportariam a dispensa do concurso”*.

E, PROSSEGUE O DOUTO ENSINAMENTO:

“Conhecem os nobilíssimos juízes minha convicção de que, na dúvida, deve entender-se constitucional o dispositivo do Estado, numa república com a tabuleta de federativa”.

25. Apreciando a redação originária da Constituição de 1967, o Supremo Tribunal, de forma clara afirmou a autonomia dos Estados em legislar sobre condições de acessibilidade aos cargos públicos: *“Quando a Carta Federal, no seu artigo 95, diz que os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a LEI ESTABELECE, NÃO IMPEDE QUE A LEI ESTADUAL OS DEFINA, mormente tratando-se de cargos estaduais, destinados à realização de serviços do Estado, para cujo aperfeiçoamento ele tem o mais legítimo interesse”* (RDA – 102/139).

26. Ao julgar a REPRESENTAÇÃO nº 758 de MINAS GERAIS, o STF deu pela constitucionalidade de dispositivo contido na Carta Estadual que permitia a nomeação de auditores do Tribunal de Contas, sem concurso. Para o Supremo Tribunal, a inconstitucionalidade invocada estava prejudicada, pois, ao ser julgada a representação já vigorava a modificação inserida no artigo 97, § 1º, sendo válida, de consequente, a disposição inserida no texto constitucional do Estado. (REVISTADE DIREITO ADMINISTRATIVO - Volume 104/137-RTJ 54/642).

27. Ao julgar a REPRESENTAÇÃO nº 924 de Pernambuco, o Ministro Soares Muniz, referindo-se à regra constante no § 1º do artigo 97 da Constituição da República enfatiza;

“Ocorre, porém, que a ressalva aposta à régia consubstanciada no parágrafo, não diz que a indicação dos cargos públicos deva ser feita em lei federal. Nem sequer dispõe que a lei federal ou estadual deva ser de natureza geral indicando os cargos cujo provimento impende de concurso Nada impede destarte, que a mesma lei criadora do cargo público disponha sob a forma de provimento em

consonância com a ressalva constante da parte final do § 1º do artigo Estado 97. E foi o que fizeram os artigos 22, §§ 1º e 2º e 28 da Lei 6472 do Estado de Pernambuco”.

Os artigos mencionados foram julgados constitucionais (improcedendo a representação contra eles interposta) – RTJ Volume 86/59.

28. O pronunciamento do sempre lembrado Ministro Luiz Gallotti, no julgamento da representação 808 do Paraná é sumamente valioso. Após se referir à exceção ao princípio do concurso, contida na parte final do parágrafo primeiro do artigo 97, assim escreve:

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

(RTJ - 551544).

Em conclusão: a regra constitucional é o provimento de cargos públicos através de concurso. A exceção, prevista no texto (salvo os casos indicados em lei - art. 97, § 1º) não pode conduzir, sob pena de subversão do princípio federativo e da conseqüente autonomia dos Estados e Municípios, à conclusão de que só lei federal, de iniciativa do Presidente da República poderá “indicar os casos”.