FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONCURSO — LIMITE DE IDADE — LEI E REGULAMENTO

— Entre os requisitos de capacidade, que a lei pode estabelecer, encontram-se os limites de idade, mínima e máxima, para o ingresso nos cargos públicos.

— Não existe delegação vedada, quando a lei, estabelecendo normas gerais, deixa ao regulamento dispor sôbre particularidades da matéria.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* Clóvis Gomes Pereira
Agravo de petição n.º 38.358 — Relator Sr. Desembargador ADRIANO MARREY

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 38.358 da Comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo agravante a Fazenda do Estado e agravado Clóvis Gomes Pereira: Acordam, por unanimidade de votos os Juízes da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada, dar provimento a ambos os recursos, a fim de, reformada a vene-

randa decisão de primeira instância, cassar a segurança concedida.

Custas como de direito.

1. Pretendeu o ora agravado, Dr. Clóvis Gomes Pereira, como advogado militante, inscrever-se no concurso aberto pelo Departamento Estadual de Administração, através da respectiva Divisão de Seleção e Aperfeiçoamento, para o provimento de cargos da classe inicial da carreira de advogado, do Quadro da Secretaria da Justiça, conforme edital inserto no *Diário Oficial* de 20 de maio próximo findo.

Ao que diz, porém, teria sido impedido verbalmente de fazê-lo, visto já ter ultrapassado a idade-limite de 40 anos, fixada nas Instruções especiais dêsse concurso, divulgadas no próprio edital já referido. Considerou, por isso, ofendido o direito líquido e certo, que lhe assistiria, de dêle participar.

Ao seu ver, a restrição imposta por motivo de idade, além de contrariar o postulado constitucional da igualdade de todos perante a lei, seria ilegal, por haver resultado de delegação de podêres, não permitida pelo art. 36, § 2º, da Lei Magna.

Pediu, em conseqüência, o Dr. Clóvis Gomes Pereira, lhe fôsse concedida segurança, mediante a qual pudesse inscrever-se e concorrer ao provimento dos cargos de advogado do Estado (fls.).

2. Deferida a medida liminar impetrada, prestou informações o Sr. Diretor-Geral do Departamento Estadual de Administração — DEA — acentuando haver agido "de conformidade com prescrições legais que lhe atribuem podêres para impor, em cada caso concreto, as condições específicas para a inscrição (item I do art. 5º da Lei nº 5.017/58).

Ao baixar as instruções, em que fixada a idade máxima de 40 anos para a inscrição em aprêço, procedeu o Departamento Estadual de Administração no uso de prerrogativa constante do art. 5º, nº I, da Lei estadual nº 5.017, de 16 de dezembro de 1958, perfeitamente conforme ao preceito do art. 184 da Constituição federal. E não importa dita prerrogativa, em delegação de podêres, senão, em mera regulamentação do disposto naquele diploma legal (fls.).

3. Oficiou o Ministério Público, pela denegação do mandado (fls.). Houve por bem, todavia, o MM. Juiz, de concedê-lo, por entender que a limitação da idade teria de "vir imposta na lei, uma vez que o constituinte deferiu essa prerrogativa ao legislador ordinário e não a um órgão da Administração pública". Ora, argumenta o digno Magistrado, nem "a lei que trata do preenchimento do cargo de advogado do Estado", nem o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado... "cogitaram de estabelecer um limite máximo para o ingresso na função pública, de maneira que a atitude do Departamento Estadual de Administração padece do vício de excesso de poder". Outrossim, não poderia o legislador ordinário "deferir a um órgão administrativo direito para criar restrições para provimento de cargos públicos, pois isso viria contrariar a igualdade ao acesso a cargo público, que a Constituição garante a todo cidadão, observados os requisitos estabelecidos em lei".

Concluiu a respeitável decisão por dizer que "é fora de dúvida que a autoridade coatora mal interpretou os dizeres da Lei nº 5.017, armando-se de podêres que essa lei não lhe deu e nem lhe poderia dar, pois que a delegação de atribuição é vedada por dispositivo constitucional" (fls.).

4. Recorreu o MM. Juiz, de ofício, e agravou a Fazenda do Estado (fls.). O recurso foi processado regularmente. Opinou o Ministério Público, coerentemente, pelo provimento do agravo (fls.).

Manteve, porém, o julgador sua decisão (fls.). Vindo o feito a esta ins-

tância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral da Justiça, pela reforma da veneranda sentença e conseqüente denegação da segurança (fls.).

5. Não pode subsistir a respeitável decisão em aprêço. Bem o demonstram a agravante, em suas precisas razões (fls.) e o Dr. Marcelo Ribeiro dos Santos, como Procurador da Justiça, oficiante (fls).

Dispôs-se na Constituição federal sejam os cargos públicos "acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer (art. 184).

A lei a que faz menção o texto transcrito, é a lei ordinária, especialmente o Estatuto dos Funcionários Públicos, ao qual deixou-se, como acentuou o Dr. Carlos Medeiros Silva, Consultor-Geral da República, "larga discrição neste assunto" (v. "Os Funcionários Públicos e a Constituição", conferência públicada na *Revista de Direito Administrativo,* vol. 33/11).

A essa lei ordinária compete, portanto, fixar no concurso, que é outra regra constitucional (art. 186), os requisitos do ingresso de brasileiros no funcionalismo público, respeitado o preceito que a todos assegura a possibilidade de acesso à função pública, desde que revelem aptidão e atendam às exigências legais.

6. Entre os requisitos de capacidade para o exercício do cargo pode a lei estabelecer o da "idade", entre mínima e máxima, porque não seria curial acolher-se no serviço público, nem indivíduos ainda imaturos, nem pessoas que houvessem excedido um certo limite fixado segundo determinadas considerações, até mesmo de ordem utilitária (*verbi gratia,* a idade de 40 anos no máximo, pois a aposentadoria compulsória se dá aos 70 e, voluntàriamente, ela sòmente se defere após 30 anos de serviço, não sendo próprio admitir-se quem já aproximado da idade de retirar-se, nem candidatos que viriam a prestar ao Estado serviço por período inferior àquele em que a aposentadoria é prêmio, onerando desnecessàriamente os cofres públicos).

Observou a propósito o Prof. José Cretela Júnior, que "a idade é um dos requisitos exigidos como presunção de capacidade não sòmente física, como também mental, para o desempenho regular de função pública" (*Direito Administrativo do Brasil,* vol. II, pág. 225)

A própria Constituição federal fixou o limite de idade em alguns casos, como condição de acesso a determinados cargos (arts. 38, parágrafo único, nº III, 80 e 99), deixando à lei ordinária, conforme a hipótese ocorrente, a atribuição de estabelecer o requisito de seu mínimo e máximo, de modo adequado às funções do cargo e ao interêsse do Estado, na admissão de seus novos servidores.

7. Um exemplo da aplicação de tais princípios, pela legislação ordinária, se acha no Estatuto dos Funcionários Públicos, permitindo que se estabeleçam normas de ordem geral, condicionando o limite da idade à "natureza de cada serviço", de acôrdo com o regulamento do concurso que se realizar para provimento dos cargos públicos.

É o que se vê disposto na Lei federal nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), art. 19, § 8º, *in verbis*: "o prazo de validade dos concursos e os "limites de idade" serão fixados nos regulamentos ou instruções" (do concurso).

E o mesmo se dá no Decreto estadual nº 12.273, de 28 de outubro de 1941, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado em seu art. 27, reproduzido no art. 57 da atual Consolidação das Leis dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Decreto estadual nº 26.544, de 5 de outubro de 1956), *in verbis*: "os limites de idade para a inscrição em concurso e o prazo de validade dêste serão fixados, de acôrdo com a natureza das atribuições da car-

reira ou cargo, nas instruções respectivas".

Não há exorbitância do legislador federal, ou do estadual, em assim estatuir, porquanto, conforme o ministério de Pontes de Miranda, em comentário ao texto do art. 184 da Constituição federal, "à Lei ordinária fica reservado criar os pressupostos para o provimento dos cargos. Tais pressupostos não podem infringir o princípio da igualdade perante a lei, nem o de igual acessibilidade aos cargos públicos. Não constitui infração de qualquer dêles exigir-se determinada idade máxima ou mínima para a investidura" (v. *Comentários à Constituição de* 1946, 1ª ed., vol. IV, pág. 147).

8. Improcedente também o argumento da respeitável sentença, de que sòmente à "lei" foi deferido pelo legislador constituinte o poder de estabelecer o requisito da idade, e não a um órgão da Administração. Não é bem assim. Observou Pontes de Miranda que no art. 184 a expressão "lei" está empregada "no sentido material, e não só no sentido formal", embora também êste deva ser cogitado; "não bastará qualquer fonte de direito, pois só o Poder Legislativo tem autoridade para isso" (v. op. cit., vol. IV, pág. 148).

A propósito, veio dizer Alaim de Almeida Carneiro, que é isto exato, em sua consonância "poderá o Congresso, ao criar cargos públicos, fixar-lhes requisitos especiais de provimento. assim como o Estatuto dos Funcionários poderá indicar condições gerais, mas isso não obsta a que, em cada caso especial, possam os regulamentos dos concursos, ou as instruções baixadas pelas autoridades competentes, fixar novos requisitos especiais. Seria impossível, realmente, exigir um pronunciamento legislativo cada vez que fôsse mister estabelecer um requisito especial de capacidade para dado cargo público.

"Interpretação diversa redundaria em exigir uma lei para aprovar cada programa de concurso" (v. "o Capítulo dos Funcionários Públicos na Nova Constituição federal", artigo na *Revista de Direito Administrativo,* vol. 8ª, págs. 365 e segs., esp. pág. 370).

Ora, no Estado de São Paulo, foi uma Lei, a de nº 5.017, de 16 de dezembro de 1958, dispondo sôbre a realização de concursos e de provas de habilitação para provimento de cargos públicos de carreira, que, com o respectivo Regulamento, baixado pelo Decreto estadual nº 35.092, de 16 de junho de 1959, ordenou fôssem determinadas, através de "instruções especiais" para cada concurso, "as condições especiais para provimento do cargo, referente ao grau de instrução, diplomas ou experiência *de trabalho,* capacidade física, limites de idade e sexo" (art. 5º, nº I, e art. 4º, *b*).

Foi, portanto, a própria lei ordinária, e não apenas um regulamento, que veio prover na matéria, embora não o fizesse casuìsticamente, e em espírito de minúcia, visto que é regra de ordem geral, e não devia descer a detalhes para cada espécie de função pública que exigisse a realização de concurso.

9. Aplicados os princípios expostos ao caso *sub judice,* vê-se que inexiste nas "instruções especiais" expedidas pelo Departamento Estadual de Administração, para o concurso destinado ao preenchimento de vagas da carreira de advogado do Estado, em que pretendeu inscrever-se o impetrante, nada que não haja sido autorizado pelo Poder Legislativo do Estado.

O Departamento Estadual de Administração, para estabelecer o que, segundo o critério adotado, foi tido como mais adequado à natureza das funções dos cargos em concurso, dependeu de prévia licença legal, que lhe foi concedida na mencionada Lei estadual nº 5.017.

Exorbitância alguma ali se percebe, nem muito menos, excesso de poder, porque tudo se enquadra na órbita tra-

çada pela própria lei que está cumprindo.

Em parecer emitido a propósito dos concursos para provimento de cargos públicos, nos têrmos da cidata Lei nº 5.017, sublinhou o Prof. Washington de Barros Monteiro, que, "estabelecendo requisitos concernentes à idade e ao sexo, a Administração pública não exorbitou, não cometeu qualquer ilegalidade, ou abuso de poder. Ilegalidade ou abuso de poder haveria se o poder público tivesse buscado, através de expedientes, restringir a atuação da norma constitucional. Mas, não é o caso em exame, em que vislumbra o empenho da Administração em que se recrutem os mais capazes, em que se obtenha a seleção dos melhores, através de normas de inquestionável correção técnica e científica. Longe de ser abusiva ou ilegal, a determinação do Departamento Estadual de Administração se apóia numa Lei, a de nº 5.017, expedida sob os auspícios dos arts. 184 e 186 da Constituição, corolários da igualdade de todos perante a lei" (v. parecer a fls.).

10. Acha-se, portanto, perfeitamente justificado o ato do Sr. Diretor-Geral do Departamento Estadual de Administração, em cumprimento à Lei nº 5.017, estabelecendo para o concurso em aprêço, o limite máximo de idade, 40 anos completos à data da inscrição.

A lei que lhe cometeu essa faculdade de estabelecer as características de cada concurso, segundo as normas gerais do respectivo Regulamento (constante do Decreto estadual nº 35.092, de 16 de junho de 1959, já citado) não implicou em operar uma "delegação de podêres", que se houvesse de censurar como ilegítima, em face do art. 36, § 2º, da Constituição federal.

Conforme bem demonstrou o Dr. Washington Monteiro, em seu já mencionado parecer, tal delegação ùnicamente se dá "quando um dos podêres confia a outro função que lhe é especialmente cometida pelo legislador. Assim como Judiciário não pode abrir mão do *jus dicere*, da mesma forma ao Executivo não é lícito fazê-lo em relação ao *jus exequi* (fls.).

É claro, porém, que isto não se verifica quando a lei traça a "norma geral", deixando ao executivo sòmente a faculdade de "regulamentar" o assunto.

Eis o que expõe Temístocles Brandão Cavalcânti: "A verdade é que não se pode ter como delegação o que é exercido como função própria, dentro da competência específica de cada poder. Assim, quando o Legislativo estabelece as normas gerais e deixa ao Poder Executivo as suas particularidades, não renuncia à sua competência" (v. *A Constituição Federal Comentada*, 3ª ed., 1956, vol. I, pág. 447).

11. Aliás, o art. 36, § 2º, da Lei Magna de 1946, a respeito da qual disse o Prof. Arinos de Melo Franco que "não tem significado econômico... não tem sequer significado jurídico" (*apud* Caio Tácito), não impede que sob a forma de poder regulamentar, onde se faça indispensável à execução da lei, o Poder Executivo complete o sistema estabelecido pelo Legislativo, em conformidade com a determinação da norma geral por êste ditada.

Advertira, a propósito, na própria Assembléia Constituinte Nacional, o Deputado Hermes Lima, que "ninguém pode governar sem funções delegadas".

E o Prof. Caio Tácito, examinando o problema, em face de decisão do Conselho de Estado francês, concluiu que: "não é inconstitucional, mesmo nos países contrários à delegação de podêres, a participação do Executivo na criação do direito objetivo. Regulamentar não é sòmente reproduzir analìticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e seu conteú-

do, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar" (v. "As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar", na *Revista de Direito Administrativo,* vol. 34/471).

E o embaraço acarretado pela estreiteza do dispositivo do mencionado § 2º do art. 36, é tal que, conforme observou o Dr. Carlos Medeiros Silva, "o Supremo Tribunal já abriu uma brecha no texto fundamental admitindo a delegação no caso do tabelamento dos preços e o próprio Congresso vem convocando o Executivo ao exercício do poder regulamentar, como aconteceu com a reforma do impôsto de renda. O Supremo Tribunal, por sua vez, decidiu que a lei expressamente dependente de regulamentação, não obriga antes desta complementação necessária" (v. "O Poder Regulamentar no Direito Comparado", na *Revista de Direito Administrativo,* vol. 30/28 e segs. esp. pág. 33).

Realmente, teve o egrégio Supremo Tribunal Federal. atento às implicações e conseqüências do problema constitucional, de proclamar, ao resolver sôbre a legalidade do tabelamento de preços, que "a proibição da delegação de podêres não é absoluta; deve ceder quando houver necessidade de assegurar a execução de outros preceitos constitucionais".

Teve nesse julgamento oportunidade de expor o Ministro Castro Nunes, como relator, que, "delegação de podêres, no sentido em que se põe esta questão, só existe quando um poder consente em despojar-se de exercer função que constitucionalmente lhe pertence, para que outro Poder a exerça." E lembrou o exemplo norte-americano em que o Congresso, ao que dizem Finlay e Sanderson, "não pode delegar o poder para fazer a lei; mas pode fazer uma lei com delegação de poder para determinar fatos ou um estado de coisas de que dependa, nos têrmos que ela mesma estatuir, a sua própria execução ou eficácia".

Por seu turno, o douto Ministro Orosimbo Nonato, em voto de orientação idêntica, sublinhou que "a vedação de delegações deriva do princípio da harmonia e independência dos podêres. Mas, sua aplicação rigorosa é tão difícil que ela jamais ocorreu. Delegações sempre existiram...".

O respeitável aresto, proferido no *habeas corpus* nº 30.355, em 21 de julho de 1948, se acha publicado na *Revista de Direito Administrativo,* vol. 21, págs. 134 e segs.

12. Aplicados tais conceitos ao caso *sub judice,* vê-se que a Lei nº 5.017, não podendo prever as peculiaridades dos múltiplos cargos da Administração pública, estabeleceu as normas gerais do concurso para seu provimento e apenas deixou ao Departamento Estadual de Administração. dêle encarregado, na parte executiva, fixar o critério e as condições específicas, em cada caso.

Não houve delegação de podêres, nem há ilegalidade que se deva coibir.

O impetrante da segurança, não sendo servidor público (se o fôsse estaria dispensado do limite de idade, nos têrmos do art. 6º), não pode alegar a violação de direito líquido e certo, seu, se superou em sua existência o limite máximo de idade que o Departamento Estadual de Administração, fundado na lei, resolveu fixar para o concurso de Advogado do Estado, de que êle pretendia participar.

São Paulo, 24 de outubro de 1960 — *J. G. R. de Akckmin,* Presidente com voto. — *Adriano Marrey,* Relator. — *Barbosa Pereira.*