FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONCURSO — EDITAL

— O concurso restrito é válido porque se fundamenta no próprio texto constitucional

— Interpretação do art. 97, § 1º, da Constituição

PARECER

O Secretário Municipal de Administração solicitou a audiência desta Consultoria Geral sobre a constitucionalidade do item 8, § 1º, do edital de concurso para professores, preparado pela Secretaria Municipal de Educação.

2. Segundo informa S. Sa., a norma contida no citado item do edital, por significar a realização de um *concurso interno,* contraria o disposto no art. 97, § 1º, da

Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, *in verbis*:

"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."

O problema levantado na consulta parece-nos extremamente complexo, por duas razões: a primeira, porque o grau de obrigatoriedade de concurso público para a primeira investidura em cargos estaduais e municipais não tem sido convenientemente estudada; e, a segunda, porque a sua resposta envolve a própria constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Municipal nº 7 000, de 27 de julho de 1976, cujo anteprojeto foi elaborado por uma comissão, sob a nossa presidência.

4. Com efeito, quando dos estudos que desenvolvemos para elaboração do anteprojeto da referida lei, preocupados em editar normas não apenas para reger relações futuras, mas que pudessem resolver sérios, antigos e graves problemas de servidores municipais, principalmente dos integrantes do grande contingente de extranumerários e interinos, remanescentes da época em que eram possíveis essas formas de provimento, fizemos um estudo comparado dos estatutos de outros municípios brasileiros e, após conscientizarmo-nos da sua constitucionalidade deliberamos adotar, como uma das soluções, exclusivamente para regularizar a situação desses servidores, a fórmula alternativa do concurso interno ou atribuição de pontos pelo tempo de serviço em caso de concurso público, constante do Estatuto do Funcionalismo Público Municipal de Porto Alegre (Lei nº 10, de 22 de março de 1974, arts. 14, II, 18 e 269).

5. Daí resultaram os seguintes dispositivos que tratam do assunto, em nosso Estatuto:

"Art. 26 — A lei definirá os cargos:

I — .....

II — a serem preenchidos, ordinariamente, através de concurso interno, obedecidas as linhas de acesso e as áreas de recrutamento.

III — .....

Art. 35 — O concurso interno tem por objetivo selecionar servidores para os fins do art. 238, inciso I.

.....

Art. 238 — Aos atuais servidores que, na data de início da vigência deste Estatuto, contem mais de dois (2) anos de serviço público, no município, são proporcionadas as seguintes oportunidades para provimento em cargos do sistema classificado.

I — possibilidade de concorrer nos concursos internos para cargo correspondente à função exercida ou a ela assemelhado, em igualdade de condições com os funcionários situados nas respectivas linhas de acesso.

II — .....

6. Vê-se, portanto, que responder à consulta formulada pelo Secretário Municipal de Administração, equivale a esclarecer a constitucionalidade das normas estatutárias acima transcritas, nas quais o edital elaborado pela Secretaria de Educação busca fundamento.

7. O princípio da exigência de prévia aprovação em concurso público para provimento de cargos, tem variado nas diversas Constituições brasileiras.

7.1. Pela Constituição Federal de 1946, a prévia aprovação em concurso só era exigida quando se tratasse de provimento em cargos de carreira ou em outros que a lei determinasse, conforme se verifica na leitura do seu art. 186, § 1º, *in verbis*:

"A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar

efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde."

7.1.1. Por outro lado, a garantia da estabilidade no serviço público poderia ser obtida, consoante disposto no art. 188 do referido Texto Constitucional, por aqueles que fossem nomeados em caráter efetivo com ou sem concurso, variando apenas o tempo de exercício do cargo necessário para tal fim que, no primeiro caso, era de dois anos e, no segundo, de cinco anos.

7.1.2. Conclui-se, portanto, que o legislador constituinte de 1946 optou por um critério, flexível, não especificando qual o tipo de concurso necessário à primeira investidura em cargo público e, tendo permitido a nomeação para cargos de provimento efetivo independentemente de concurso, possibilitou, para esses casos, a aquisição da estabilidade no serviço público, sujeita apenas a um prazo mais longo de exercício do cargo.

7.1.3. Em síntese, a prévia habilitação em concurso só era exigida, na vigência da Constituição de 1946, para cargos de carreira ou quando a lei determinasse, prescindindo dessa formalidade não só os cargos em comissão, como quaisquer outros cargos de provimento efetivo não integrantes da carreira do funcionalismo ou não sujeito aquela formalidade por expressa determinação legal.

7.1.4. Essa ampla flexibilidade de tratamento da matéria haveria de colaborar, segundo autorizadas opiniões, para o surgimento de uma verdadeira política de empreguismo, de largo uso durante a plena vigência dessa Constituição Federal.

7.2. Com o advento da Constituição Federal de 1967, talvez para coibir as possíveis liberalidades praticadas sob o regime constitucional anterior ou talvez como simples reflexo contrário da nova ordem, passou-se da flexibilidade para a rigidez.

7.2.1. De fato, o legislador constituinte de 1967, deixou expresso na nova Carta:

"Art. 95 — .....

§ 1º — A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em *concurso público* de provas ou de provas e títulos" (grifos nossos).

"Art. 99 — .....

§ 1º — Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar *concurso público*" (grifos nossos).

7.2.2. Verifica-se, pois, que o novo regime foi absolutamente contrário ao anterior, de vez que o legislador constitucional além de esclarecer desde logo o tipo de concurso, exigiu o cumprimento dessa formalidade para se preencher qualquer espécie de cargo público, isolado ou de carreira, ressalvando apenas aqueles de provimento em comissão (ver § 2º do art. 95 do texto original da Carta de 1967).

7.2.3. Ademais, para impedir qualquer contorno ao novo sistema, deixou claro que a efetividade ou a estabilidade só seriam adquiridas pelo funcionário que prestasse concurso público.

7.3. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, porém, ao dar nova redação à Constituição de 1967, havia de introduzir algumas madificações sobre o assunto, temperando o texto original e trazendo-lhe maior flexibilidade.

7.3.1. Com efeito, dispõe a Constituição Federal emendada:

"Art. 97 — .....

§ 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.*"

"Art. 100 — Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários *nomeados por concurso*" (grifos nossos).

.....

7.3.2. Salta aos olhos do mais distraído intérprete que a nova redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, acrescentou à norma que se continha no § 1º do art. 95 do texto original a expressão *"salvo os casos indicados em lei"*, bem como suprimiu o qualificativo *"público"* que se encontrava na norma contida no § 1º do art. 99 daquele texto.

7.3.3. Ora, sendo regra elementar de hermenêutica que nas disposições de lei não existem expressões vãs, vazias de significado, e que o legislador não adita ou suprime imotivadamente, injurídico seria manter a interpretação dada quando da edição da Carta de 1967, pois houve sensível mudança em sua redação.

7.3.4. Não temos dúvida que a nova redação quebrou a rigidez com que se exigia o concurso público no texto de 1967, embora não tenha chegado a restabelecer o regime de 1946.

7.3.5. Senão, vejamos comparativamente:

a) a Constituição de 1946 só exigia concurso, sem esclarecer se público ou restrito, para preenchimento dos cargos de carreira ou quando a lei expressamente o determinasse (art. 186, § 1º), em conseqüência admitia o provimento efetivo e a admissão de estabilidade para funcionários nomeados em concurso (art. 188).

b) a Constituição de 1967, ressalvando os cargos de provimento em comissão, só admitia investidura em cargo público, mediante prévia habilitação em concurso público (art. 95, § 1º) e, por efeito, deferiu a efetividade e a estabilidade a quem houvesse se submetido a essa espécie de concurso (art. 99, § 1º).

c) a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, ressalvando igualmente os cargos de provimento em comissão (art. 97, § 2º), estabeleceu a obrigatoriedade de concurso público como regra, mas admitiu que, *em casos indicados em lei*, houvesse provimento em cargo público independendo desse concurso restrito, só de títulos ou interno (art. 97 § 1º) e, por essa razão, suprimiu a expressão "público" que qualificava a espécie de concurso necessário à aquisição de estabilidade (art. 100, *caput*).

7.3.6. A verdade é que, diante da nova redação constitucional, combinando-se o disposto no art. 97, §§ 1º e 2º, com o seu art. 100, *prescindirá de concurso público*:

I) a nomeação para cargos de provimento em comissão (art. 97, § 2º);

II) a nomeação para outros cargos públicos, nos casos indicados em lei (art. 97, § 1º, *in fine*).

7.3.7. Aliás, esse tem sido o entendimento sufragado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme pode ser verificado pela leitura de decisão unânime proferida no julgamento da Representação nº 839, promovida sem sucesso pelo Ministro Xavier de Albuquerque, então Procurador Geral da República, com o objetivo de obter a decretação da inconstitucionalidade do art. 81 da Constituição do Estado de Alagoas (ver *RTJ* v. 60/12).

7.3.8. Desse julgamento, vale a pena citar, pela sua clareza, os seguintes trechos do voto do eminente Ministro Djaci Falcão, que funcionou como relator:

"Da leitura do § 1º do art. 97, antes citado, verificamos que a primeira investidura em cargo público se impõe concurso público de provas, ou de provas e títulos. *Portanto, previa o concurso de provas, ou de provas e títulos. Acontece, porém, que na sua parte final ficou estabelecido*: *"salvo os casos indicados em lei"*.

.....

"Desde que a lei básica estabelece ampla reserva, *permite o mais, isto é, até o provimento independentemente de concurso nos casos indicados em leis ordiná-*

rias, como ficou reconhecido por esta Corte ao apreciar a Representação nº 808, do Paraná, relatada pelo eminente Ministro Luiz Gallotti, não divisamos a inconstitucionalidade arguida" (grifos nossos).

7.3.9. Ora, é irreparável concluir que se, pelo disposto na parte final do § 1º do art. 97 da Constituição Federal, após a Emenda nº 1 de 1969, pode haver provimento de cargo público, quando a lei ordinária assim o estabeleça, independentemente de concurso, conforme decidiu o *STF*, com muito mais razão haverá de se aceitar a constitucionalidade do preceito de lei que estabeleça a possibilidade de se preencher um cargo público mediante concurso só de títulos ou apenas interno (mas espécies do gênero concurso), consoante prescrevem os Estatutos do Funcionalismo Municipal de Porto Alegre e Belém.

7.4. Poder-se-ia pensar que o § 1º do art. 97 da Carta Magna quando usa a expressão — "salvo os casos indicados em lei" — quer se referir a lei federal, porém tal conclusão não é verdadeira, pois, regra geral, quando a Constituição pretende atribuir competência apenas à legislação ordinária federal para regular determinada matéria é clara em especificar: "lei federal", "lei complementar federal", "lei de iniciativa do Presidente da República" (vejam-se por exemplo, os seus arts. 99 § 3º, 103 e 109).

7.4.1. A simples referência à lei sem qualquer menção esclarecedora, no texto da Constituição de um País como o nosso e regulando matéria sobre a qual há esferas com atribuições concorrentes, não induz jamais, em nosso entender, a intenção de restringir a competência para sua elaboração ao legislador federal.

7.4.2. Por outro lado, os art. 13, *caput*, e 108 da Lei Maior, ao usarem as expressões "*princípios estabelecidos nesta Constituição*" e "*ao disposto nesta seção*", deixam claro que as normas obrigatórias aos Estados e Municípios, em matéria de regime jurídico dos funcionários públicos, são apenas aquelas que "ascenderam à categoria de princípios constitucionais" e não as que figuram na legislação federal ordinária.

7.4.3. Em outras palavras, o que se aplica direta e automaticamente aos Municípios, em matéria de regime jurídico do funcionalismo, não é a legislação federal ordinária, mas sim os princípios normativos constantes do próprio bojo da Constituição Federal, que, basicamente, são os contidos no seu Capítulo VII, Seção VIII, e outros esparços como, por exemplo, os dos arts. 34, incisos I e II, letra *b*; 42, inciso III; 81, inciso VIII; 43, inciso II, etc.

7.5. Ao intérprete menos atento, dúvidas podem surgir, em conseqüência do disposto no art. 109, inciso II, do Texto Constitucional, que reserva à lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, a definição da forma e das condições de provimento dos cargos públicos.

7.5.1. Essa norma, porém, mandando respeitar o contido no art. 97, § 1º, da Constituição, não pode ser interpretada isoladamente, mas sim em combinação com o referido preceito, que manda respeitar, donde ser plenamente lógico concluir que, embora o constituinte tenha deferido à lei federal, de iniciativa do Presidente da República, a definição da forma e condições de provimento dos cargos públicos, serão válidas as exceções estabelecidas em lei estadual ou municipal para primeira investidura nesses cargos, independentemente de concurso.

7.5.2. Cumpre salientar que foi nesse sentido a interpretação aceita pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação 839, ao repelir a tese do ilustre Procurador Geral da República e

aceitar as razões apresentadas pelo digno Presidente da Assembléia Legislativa de Alagoas que, em certo trecho, sustentou:

"Não foi sem propósito que a Emenda Constitucional nº 1, estabelecendo que a lei federal definiria" — a forma e condições de provimento dos cargos públicos — "determinou que deverá ser respeitado o disposto no art. 77 e seu § 1º da Emenda em tela. E o que se contém no § 1º do art. 973. De um lado, a exigência de concurso público de provas ou de provas de títulos; e, de outro lado, a faculdade de serem estabelecidas exceções e indicados os casos em que poderia ser dispensado o concurso.

Foi justamente essa faculdade excepcional de indicação que a Emenda nº 1 determinou que se respeitasse e não fosse absorvida ou anulada pela legislação normativa federal. Se assim não se entendesse, a recomendação do art. 109 da Emenda nº 1 não teria sentido, uma vez que a lei federal há de ater-se não só ao disposto no art. 77 e seu § 1º, como às demais disposições do Estatuto Básico."

7.5.3. Essa interpretação merece sobretudo acolhida quando se verifica que seria inócuo atribuir apenas ao legislador federal a competência para, através de lei ordinária, indicar os cargos a serem preenchidos sem concurso público, pois ser-lhe-ia praticamente impossível indicar, de forma genérica, os cargos existentes em cada escalão federativo a reclamar essa exceção, principalmente porque estes "dependem de peculiaridades da administração local que hão de ficar reservadas aos Estados e Municípios", de acordo com a sua autonomia.

7.5.4. Aliás, o assunto já mereceu um esmerado estudo do Prof. Caio Tácito, Professor Catedrático da Faculdade de Direito do Estado da Guanabara que assim se pronunciou, perante o I Encontro de Procuradores Municipais, realizado em Recife:

"Parece-nos perfeita a interpretação que atribui a lei municipal a previsão dos casos em que o princípio geral do sistema do mérito, apurado em concurso público, deva ser abandonado ou abrandado, em benefício do serviço, para provimento de cargos públicos municipais.

A inteligência do texto deve, porém, ser feita *cum grano salis*, em harmonia com a competência federal privativa para a definição da forma e condições de provimento dos cargos públicos em geral. Em suma: é mister conciliar o art. 97, § 1º, com o art. 109, nº II, colocados lado a lado na mesma Seção da Carta de 1969.

A subordinação do regime jurídico local aos princípios constitucionais federais — entre os quais a moralizadora previsão de concursos públicos para ingresso no funcionalismo público — não se compadece com a faculdade irrestrita de exceções ao princípio pela via legislativa municipal.

As normas aparentemente conflitantes comportam, no entanto, interpretação conciliatória, como pede a boa hermenêutica.

A lei federal, definindo condições de provimento, estabelecerá critérios sobre os concursos públicos, inclusive os pressupostos de sua dispensa. *À lei municipal caberá, porém, especificar os casos em que a isenção de seleção (como, por exemplo, o concurso apenas de títulos) deva ser adotado"* (grifo nossos).

7.6. É importante fazer notar que, na esfera federal, não tem sido usada a autorização prevista no § 1º do art. 97. Esse fato, embora contribua para gerar falsas interpretações, não impede que o Município, ao reestruturar seus serviços, estabeleça como uma das formas para regularizar definitivamente a situação dos seus servidores o abrandamento da regra de adoção de concurso público para a primeira investidura em cargos municipais.

7.7. Embora não tenha sido levantado pela consulta, devemos também esclarecer que o argumento de defesa da moralidade administrativa, sempre usado por alguns como meio de inviabilizar possibilidade de guarida legal do concurso restrito, aparentemente, e só aparentemente, tem grande peso.

Com efeito, inobstante não tenhamos dúvidas de que o concurso público de provas e de provas e títulos oferece menos oportunidades à burla, ao apadrinhamento e à concessão de privilégios — a realização de concurso interno, em si mesma, em nada contraria os princípios de moralidade administrativa.

7.8. De fato, tendo sido legalmente criada a possibilidade de usar-se de concurso interno, não para resolver casos particulares, mas como forma de equacionar um problema de real *interesse público* que é a extinção das anomalias existentes no Município, em matéria de regime jurídico de pessoal, dando-se oportunidades desiguais àqueles que, em regra, por culpa da própria administração, foram postados em situações desiguais, não vemos, como se possa considerar essa previsão legal ou o seu cumprimento, por si sós, como contrários à moralidade administrativa.

7.9. É mais do que notório que a P.M.B. nenhuma providência tomou para regularizar a situação do seu pessoal, em face da implantação da nova ordem constitucional decorrente da adoção da Constituição Federal de 1961. É, também, mais do que conhecido, ter decorrido dessa realidade a manutenção de situações contrárias às disposições da Carta Magna, em prejuízo tanto para a própria administração municipal como para os que nela já trabalhavam antes da edição dessa lei fundamental. Não encontramos, portanto, onde se estará contrariando a moralidade administrativa ao se usar de exceções constitucionais para resolver situações que tipicamente só podem ser resolvidas através delas.

7.10. Aliás, uma vez que existe a previsão legislativa para a realização de concurso restrito, cuja validade, como no caso presente, realmente deriva e se fundamenta no próprio texto da Carta Magna, não se pode apor-lhe qualquer restrição fundada na moralidade administrativa, pois a noção desta, como bem acentua Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, na excelente obra *O Controle da Moralidade Administrativa*, "não se pode afirmar que exceda a noção de legalidade".

7.11. Cumpre-nos, finalmente, por em relevo que o concurso interno previsto no Estatuto do Funcionalismo Público do Município de Belém é apenas uma alternativa, posta à disposição da Administração Municipal, para regularizar a situação jurídica de uma extensa camada de servidores municipais. O Poder Executivo pode usá-la ou não, de acordo com as suas conveniências. Em qualquer caso, porém, deve ficar esclarecido que se tratam de disposições com finalidade específica, de índole transitória e que, portanto, se não forem aplicadas, porque outra forma preferiu adotar a administração para resolver as situações já referidas, tornam-se letra morta, não podendo ser reativadas.

8. Face a todo o exposto, e considerando que a inconstitucionalidade só deve ser reconhecida quando flagrante ou manifesta, acreditamos inexistir esse vício nas disposições sobre concurso restrito, previstos no Estatuto do Funcionalismo Público Municipal.

É o Parecer.

Sub Censura

Consultoria-Geral, 24 de janeiro de 1977

Dr. Milton Nobre

Consultoria-Geral, 24 de janeiro de 1977 de Belém (Pará).