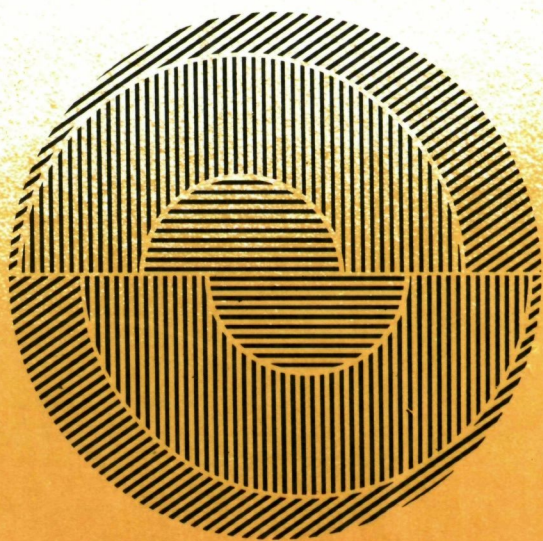


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 100

# O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Alguns aspectos

GILMAR FERREIRA MENDES  
Procurador da República

## SUMÁRIO

*I. A acessibilidade dos cargos públicos nas Constituições brasileiras. II. Disciplina da matéria na Constituição de 1967: orientação pretoriana. III. Adoção de novo entendimento jurisprudencial. IV. Competência da União, dos Estados e Municípios para promulgar a lei que isenta de concurso público. V. Cargos de natureza especial: caracterização problemática. VI. O princípio do concurso público e as formas derivadas de provimento. VII. Conclusão.*

### *I. A acessibilidade dos cargos públicos nas Constituições brasileiras*

O postulado da acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros constitui tradição do direito constitucional brasileiro. Já a Constituição do Império, de 1824, consagrava, no seu art. 179, item XIV, fórmula se-

gundo a qual “todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos e virtudes”. Da mesma forma, a Constituição de 1891 proclamou a acessibilidade dos cargos públicos civis ou militares a todos os brasileiros, “observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir” (art. 73).

2. A par de introduzir o título sobre os funcionários públicos (Título VII), a Carta Magna de 1934 reiterou a orientação consagrada, estabelecendo a acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros “sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir” (art. 168) e fixado que “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos” (art. 170, § 2.º).

A Carta de 1937 também continha disposição segundo a qual a primeira investidura nos cargos de carreira havia de se fazer mediante concurso de provas ou títulos (art. 156, alínea b). O constituinte de 1946 disciplinou a matéria no Título VII, assegurando a acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros (art. 184) e estabelecendo que “a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso” (art. 186).

3. Não se pode negar que a doutrina pátria já considerava que os preceitos constantes do Título VIII, da Constituição de 1946, constituíam uma efetiva garantia constitucional, entendendo que os seus ditames obrigavam tanto ao Poder Público Federal quanto aos Estados e Municípios. A propósito, vale transcrever a lição de FRANCISCO CAMPOS, *in verbis*:

“As disposições compreendidas no Título VIII da nossa Constituição, assim como as dos arts. 128-131 da Constituição de Weimar, não visando tão-somente o interesse privado dos funcionários, ou, em outras palavras, protegem esse interesse com o fim de assegurar a instituição do serviço público de carreira. Este é que é intuito da Constituição assegurar e garantir; mas, como o meio de assegurá-lo está em assegurar a situação pessoal do funcionário, este se beneficia da proteção constitucional, por coincidir com o seu interesse público visado pelo legislador constituinte.

Daí o caráter de garantia constitucional que inere aos preceitos do Título VIII, da Constituição de 16 de julho. Eles têm a mesma generalidade, a mesma latitude, a mesma extensão que as demais declarações constitucionais relativas às garantias dos

cidadãos, não obrigando, pois, apenas o Poder Federal, mas todas as instituições de direito público, assim, portanto, os Estados, como os Municípios. Uma lei estadual ou municipal não pode desconhecê-los ou conter preceitos que lhes sejam contrários, assim como não pode desconhecer ou contrariar os preceitos constantes dos capítulos I e II do Título IV, ou seja, os relativos aos direitos políticos e aos direitos e garantias individuais.

O Título VIII é *paramount* não somente em relação à legislação federal, como à legislação local, estadual e municipal. Ambas as legislações — federal e local —, ao regularem o estatuto dos funcionários, hão de ter um conteúdo obrigatório, que é, precisamente, o constante do Título VIII da Constituição.

É claro, porém, que os Estados, assim como a União e os Municípios, ao legislarem sobre os seus respectivos funcionários, podem criar-lhes regalias e deveres especiais, de acordo com a categoria, a natureza ou os interesses do serviço. O que não podem fazer, porém, é diminuir ou anular os preceitos constantes do Título VIII da Constituição, o qual, como já disse, constitui conteúdo obrigatório de toda legislação sobre funcionários públicos, seja federal ou local, da União, dos Estados ou dos Municípios” (*Direito Constitucional*, vol. I, 1956, pp. 207/208).

4. Sem embargo do inegável conteúdo democrático e moralizador das aludidas disposições, cumpre reconhecer que a cláusula que restringia a sua aplicabilidade aos cargos de carreira e outros que a lei determinasse retirou-lhe a eficácia plena, permitindo a criação de cargos isolados ou a transformação de cargos de carreira em isolados (M. G. FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. II, 1974, p. 198). Também as nomeações de interinos e a adoção do “concurso de inscrição limitada” contribuíram para solapar a força normativa da regra constitucional (CLAUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, 1965, pp. 51/54; PINTO FERREIRA, *Curso de Direito Constitucional*, 1964, p. 336).

## II. *Disciplina da matéria na Constituição de 1967/1969: orientação pretoriana*

5. Diversamente, a Constituição Federal de 1967 não se limitou a assegurar a acessibilidade dos cargos públicos aos nacionais. Exigiu-se a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exo-

neração (art. 95, §§ 1.º e 2.º). O constituinte de 1969 atenuou a exigência da Carta de 1967, estabelecendo que a primeira investidura em cargo dependeria de aprovação prévia em concurso público, salvo os casos indicados em lei (art. 97, § 1.º).

6. A cláusula final constante do referido dispositivo ensejou, de imediato, a indagação sobre o seu efetivo conteúdo e alcance. Inicialmente, julgou o Supremo Tribunal Federal improcedente a Rp n.º 808, Rel. Min. Luiz Gallotti, no que dizia respeito à arguição de inconstitucionalidade do art. 64, § 2.º, da Constituição do Paraná. Considerou, na oportunidade, a Corte Suprema que disposição da Constituição estadual que admitia a possibilidade de nomeação para outro cargo independentemente de concurso, nos casos em que a lei estabelecesse, limitava-se a reproduzir expressões da Lei Maior (RTJ 55/532). Posteriormente, tal entendimento viria a ser reiterado na Rp n.º 839, Rel. Min. Djaci Falcão (RTJ 60/12). Tratava-se de arguição de inconstitucionalidade do art. 81, da Constituição de Alagoas, que consagrava norma segundo a qual “para o provimento de cargo isolado, legalmente definido como de natureza técnica ou científica, poderá ser exigido concurso apenas de títulos na forma que estabelecer”.

Na ocasião, assim se manifestou o eminente Relator, em seu voto:

“Da leitura do § 1.º do art. 97, antes citado, verificamos que para a primeira investidura em cargo público se impõe concurso público de provas, ou de provas e títulos. Portanto, previu o concurso de provas, ou de provas e títulos. Acontece, porém, que, na sua parte final, ficou estabelecido: “Salvo os casos indicados em lei”. É de convir que, se o pressuposto do concurso pode até ser dispensado em casos indicados pela lei ordinária, com maior razão não há que falar em inconstitucionalidade de preceito contido em Constituição estadual estabelecendo o provimento de cargo isolado, definido por lei como de natureza técnica ou científica, mediante concurso apenas de título” (RTJ 60/17).

### III. *Adoção de novo entendimento jurisprudencial*

7. Todavia, a orientação do Supremo Tribunal Federal sofreu significativa mudança a partir do julgamento da Rp n.º 888, Rel. Min. Aliomar Baleeiro (RTJ 67/324), quando se declarou a inconstitucionalidade do art. 121, III, da Constituição do Estado de Mato Grosso, que permitia o provimento, sem concurso, de cargos vagos, por 12 meses, caso não houvesse candidatos habilitados em concurso. Entendeu-se, então, que os Estados-Membros deveriam observar as normas relativas aos funcionários públicos (CF, arts. 13 e 108), estabelecendo que “a cláusula ‘salvo os casos indicados em lei’ não pode abranger todas e quaisquer admissões em caráter temporário, mormen-

te se o art. 121, III, não restringiu sua licença aos casos taxativos do art. 106, da Emenda n.º 1/69" (RTJ 67/326) (Sessão de 15-8-73).

8. Consagrou a Excelsa Corte orientação que atribuía força normativa a preceito constitucional, evitando, assim, a plena descaracterização do *merit system* com fundamento na cláusula final constante do art. 97, § 1.º, da Lei Maior. Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não logrou estabelecer, de plano, a definição precisa sobre a competência das entidades políticas para editar a lei referida, propiciando ampla discussão doutrinária.

#### IV. *Competência da União, dos Estados e Municípios para promulgar a lei que isenta de concurso público*

9. Invocando a cláusula final constante do art. 97, § 1.º, significativa corrente doutrinária tem sustentado que a lei a que se refere a aludida disposição poderá ser federal, em se tratando de servidores da União, como estadual ou municipal (CAIO TÁCITO, *Regime Jurídico Constitucional dos Servidores Municipais*, RDP n.º 26/28-29; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 1982, pp. 195/196). Em arrimo dessa orientação, menciona o Professor CAIO TÁCITO as decisões proferidas pela Excelsa Corte nas referidas Representações n.º 808 (RTJ 55/532) e 839 (RTJ 60/12). Assevera, todavia, o notável administrativista que a inteligência do texto deve ser feita *cum grano salis*, devendo-se compatibilizar o referido preceito com a disposição constante do art. 109, II, da Lei Maior.

Explicitando esse entendimento, afirma CAIO TÁCITO, *in verbis*:

"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 do concurso, ou a sua limitação a formas mais sumárias de seleção (como, por exemplo, o concurso apenas de títulos) deva ser adotada" (art. cit., RDP 26/29).

10. Não é diversa a orientação perfilhada por CELSO BASTOS. Entende o eminente constitucionalista que, ao consagrar a ressalva do art. 97, § 1.º,

o constituinte acabou por criar uma “brecha para a possibilidade de dispensa de concurso público”. E acrescenta:

“Perguntar-se-ia: a qual lei se refere o texto constitucional? A exata interpretação desse artigo só pode ser dada com a análise simultânea do art. 109 da Constituição:

“Art. 109. Lei Federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, respeitando o disposto no art. 97 e seu § 1.º e no § 2.º do art. 108, definirá:

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

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

III — as condições para aquisição de estabilidade.”

Então, poder-se-ia entender que, dada esta competência à lei federal, de dizer quais os requisitos para o provimento dos cargos públicos, *ipso facto* seria a própria lei federal que deveria designar quais, especificamente, os cargos que dispensam tal exigência. A nós, não nos parece, porém, que esse seja o entendimento mais adequado. Primeiro, porque a Constituição, quando quer referir-se à lei federal, ela o diz expressamente, como se pode constatar pelos demais dispositivos do texto constitucional desta mesma ação. O art. 103, ao referir-se à lei complementar, e o § 3.º do art. 99 são exemplos de que efetivamente a Constituição, quando quis referir-se à lei da União, reportou-se expressamente a ela, designando-a por lei complementar ou lei federal.

No já aludido § 1.º do art. 97 é utilizada simplesmente a expressão “salvo os casos indicados em lei”, sem especificação. Este artigo deve ser interpretado em consonância com o princípio da nossa Federação, da autonomia das ordens locais e regionais, para organização dos seus serviços públicos, e para o provimento dos seus cargos. A maneira de conciliar esses dois dispositivos — a competência do Presidente da República para designar a forma de provimento e o princípio constitucional da autonomia das ordens locais e regionais — é a de atribuir à lei federal a descrição, em abstrato, daquelas hipóteses que ensejam ou que poderão ensejar a dispensa de concurso; mas a fixação específica de qual o cargo que dispensa esse concurso seria sempre atribuída ao Estado e ao Município.

De resto, nem nos parece possível que seja diversamente. Como imaginar que a União possa, do plano elevado em que se encontra, descer aos níveis municipais para entrar nos meandros da administração local e especificar quais os cargos que deverão ser providos independentemente de concurso. Esta é uma matéria de alçada exclusiva da autonomia municipal e da autonomia estadual, e, portanto, descabe à União qualquer competência para esse tipo de lei especificadora de quais os cargos que possam dispensar os concursos. Mas parece que se abre a possibilidade de que ela forneça em termos genéricos os critérios que deverão ser seguidos por essa legislação para a designação dos cargos de livre provimento” (ob. cit., pp. 195/196).

11. Também não parece dissentir dessa orientação o Professor ADILSON ABREU DALLARI, sustentando que compete à lei nacional o estabelecimento de critérios para a dispensa de concurso público para provimento inicial de cargo; competiria a cada pessoa jurídica de capacidade política (União, Estados e Municípios), através de lei (federal, estadual ou municipal, respectivamente), a dispensa de concurso público de provas e títulos para cargos específicos (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 1976, pp. 29/30).

12. Diversamente, perfilha o Professor C. A. BANDEIRA DE MELLO tese, segundo a qual a lei hábil para indicar, na forma do § 1.º, do art. 97, os cargos cujo provimento independe de concurso é a lei federal, de iniciativa privada do Presidente da República (CF, art. 97, § 1.º c/c 109, II) (*Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, 1984, pp. 45/46). Da mesma orientação parece compartilhar HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1984, p. 369).

13. A lei federal a que se refere o art. 109, inciso II, da Constituição, não foi promulgada. Subsistiu, pois, a questão a respeito da possibilidade de dispensa de concurso público através de ato legislativo da União, do Estado ou do Município. O próprio Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de fixar que o advento do art. 109 (Emenda Constitucional n.º 1/69) não constituía óbice a que outras entidades com poder de legislar, disciplinassem a aplicação do art. 97, *caput* (RE n.º 80.336, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 75/892).

14. Não prevaleceu, assim, a orientação segundo a qual somente lei nacional de iniciativa do Presidente da República poderia especificar os casos de dispensa do concurso (CF, art. 97, § 1.º c/c 109, II) (v. Rp n.º 1052, RTJ 101/924). Todavia, a Excelsa Corte reconheceu que a cláusula final constante do art. 97, § 1.º, tem âmbito material restrito, aplicando-se tão-somente aos cargos de *natureza especial*. Não se afigura suficiente, pois, a simples existência de lei, fazendo-se mister a concorrência de aspecto



substancial pertinente à própria natureza do cargo (Rp n.º 1052, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 101/924; Rp n.º 1174, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 114/80; Rp n.º 1107, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/18; Rp n.º 1113, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/47).

#### V. *Cargos de natureza especial: caracterização problemática*

15. Dessarte, tem o Supremo Tribunal Federal pronunciado a inconstitucionalidade de leis que contemplam o provimento provisório ou em caráter temporário, o provimento inicial mediante concurso e as “efetivações” (Rp n.º 88, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *RTJ* 67/326; Rp n.º 1036, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 95/1000; Rp n.º 1025, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 101/924; Rp n.º 1113, Rel. Min. Aldir Passarinho, *RTJ* 113/996).

Da mesma forma, tem-se negado validade às normas que consagram o livre provimento de determinados cargos sob o fundamento de que a isenção do sistema concursivo somente se afigura legítima para cargos de *natureza especial* (Rp n.º 1174, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 114/80; Rp n.º 1107, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/18; Rp n.º 1113, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/47; Rp n.º 1115, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ*, 4-10-85).

16. Não se há de negar que, salvo nos casos-limites, a identificação desses cargos de *natureza especial* pode-se mostrar extremamente difícil. Todavia, como já ressaltado, este parece ser o único entendimento hábil a preservar a *eficácia normativa* do preceito constitucional. De resto, como anotou, com habitual precisão, o eminente Ministro Francisco Rezek, ainda que “não me pareça conveniente, em princípio, tenha o Poder Judiciário uma prerrogativa tão larga quanto aquela que se lhe impõe, na especificação casuística dos casos salváveis à luz deste § 1.º, é certo que a questão não foi criada pela Justiça, mas pelo próprio constituinte, na redação da norma”, afigurando-se “a melhor solução aquela que preserva o espírito constitucional de valorização do mérito, do sistema de competição pública, e do acesso por esse critério aos cargos públicos” (Rp n.º 1113, *RTJ* 115/58).

#### VI. *O princípio do concurso público e as formas derivadas de provimento*

17. É verdade, outrossim, que a Excelsa Corte, ao apreciar a Rp n.º 904, que argüía a inconstitucionalidade de lei do Estado de Pernambuco, manifestou-se no sentido de que a exigência de concurso público, aplica-se tão-somente à primeira investidura em cargo público, podendo a sua dispensa do concurso operar-se mediante lei estadual (*RTJ* 86/46). Na oportunidade, asseverou o Ministro Soares Muñoz ser possível que a mesma lei criadora do cargo público dispusesse sobre a forma de provimento em consonância com a ressalva constante do art. 97, § 1.º (*RTJ* 86/59).

18. Cuidava-se, então, de preceito que autorizava a nomeação de servidor público, interino, ou contratado com mais de cinco anos de serviços para o cargo de Adjunto de Auditor Fiscal. Em verdade, há de se considerar que, pelo menos no que concerne à possibilidade de dispensa de concurso mediante a simples edição de ato legislativo, constitui o aludido precedente manifestação isolada na jurisprudência mais recente da Excelsa Corte (Cfr., nesse sentido, Rp n.º 1052, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 101/924; Rp n.º 1174, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 114/80; Rp n.º 1107, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/18; Rp n.º 1113, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 115/47; Rp n.º 888, Rel. Min. Aliomar Balceiro, *RTJ* 67/326; Rp n.º 1036, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 95/1000; Rp n.º 1115, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ*, 4-10-85; Rp n.º 1133, Rel. Min. Aldir Passarinho, *RTJ* 113/996).

19. Não obstante, faz-se mister notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra decisões nas quais se reconhece a constitucionalidade de leis estaduais que contemplam a dispensa de concurso para determinados cargos, adotando formas derivadas de provimento (v.g. transferência, acesso, aproveitamento, promoção).

20. Assim, na Rp n.º 1174, Rel. Min. Moreira Alves (*RTJ* 114/80), afirmou-se a constitucionalidade de preceitos de lei estadual na parte em que admitira o aproveitamento de funcionário em disponibilidade em cargo equivalente. Nesse sentido, asseverou o eminente Relator que

“A possibilidade de aproveitamento de funcionário em disponibilidade em cargo equivalente, respeitada a habilitação profissional exigida, não viola nenhum preceito constitucional federal, inclusive o disposto no § 1.º do art. 97 da Carta Magna, uma vez que não se trata de primeira investidura em cargo público.

O mesmo, porém, não ocorre quanto à nomeação de quem contar mais de 10 anos de serviço público, tendo a habilitação profissional exigida, pois nesse caso o dispositivo em exame, inequivocamente, não alude a acesso ou a transformação de cargo, mas à primeira investidura, tanto assim que se vale da expressão “nomeado”, e se contenta com período de mais de dez anos de serviço público, de qualquer natureza e prestado em qualquer época, bem como com a existência da habilitação profissional exigida. Nessa parte, o dispositivo ofende o § 1.º do artigo 97 da Constituição Federal, uma vez que o cargo de auditor não é daqueles que, por sua natureza — e nesse sentido é que esta Corte tem interpretado a ressalva contida na parte final desse dispositivo — deva dispensar o concurso, que, aliás, a própria legislação estadual em causa exige como regra geral.

Tenho, pois, por inconstitucionais, nesse § 5.º, as expressões: “... ou quando o nomeado contar mais de 10 anos de ser-

viço público, . . . , em qualquer caso, . . . ” (RTJ 114, out., 1985, pp. 85-86).

21. Recentemente, declarou o Supremo Tribunal Federal improcedência da representação de inconstitucionalidade de disposição contida em lei do Estado do Piauí (Lei Delegada n.º 166/82, art. 8.º), que dispunha sobre o provimento de oito cargos de Procurador Fiscal mediante a transferência de funcionários estaduais (Rp n.º 1163, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, 25-4-86). Prevaleceu na Excelsa Corte o entendimento de que o dispositivo em apreço não era infringente da sistemática constitucional, uma vez que contemplava apenas servidores efetivos, presumivelmente, admitidos mediante concurso público, e para os quais a designação não representava a primeira investidura em cargo público.

22. Em verdade, cumpre ressaltar que o entendimento consagrado no voto do eminente Relator não logrou aprovação unânime da Excelsa Corte. Assim, o Ministro Aldir Passarinho manifestou pela inconstitucionalidade do art. 8.º, inciso III, do diploma estadual, que admitia dentre os eventuais beneficiários da transferência “os servidores do Estado, bacharéis em direito, com um mínimo de três anos de formados”. Considerou Sua Exce-lência que os termos amplos em que estava vazada a disposição poderia dar ensejo ao provimento dos cargos por servidores anteriormente admitidos, sem submissão a certame concursivo.

23. Os Ministros Néri da Silveira e Moreira Alves afirmaram, porém, a inconstitucionalidade total do preceito, considerando não ser possível, a teor do disposto no art. 97, e § 1.º, da Constituição, criar-se uma categoria de cargos isolados de provimento efetivo, exclusivamente, por via de transferência.

24. A resposta às objeções suscitadas pelos eminentes julgadores parece estar contida no voto proferido pelo Ministro Rafael Mayer, *in verbis*:

“O Supremo Tribunal, em julgamento de inconstitucionalidade de leis, tem entendido que, em determinadas circunstâncias, é necessário proceder-se à interpretação, para, depois, decidir sobre a inconstitucionalidade.

Diante desta lei, duas interpretações são possíveis. A primeira, a de que esse provimento seja circunstancial, porque, se assim não fosse, seria uma maneira disforme de criar uma carreira, cujos cargos teriam acesso aos de procurador. A segunda interpretação é a de que seria de caráter permanente, havendo, então, uma carreira instituída, cujas classes iniciais estariam preenchidas.

Se se der a interpretação de que o provimento é permanente, na vacância de um cargo de procurador, o preenchimento terá de ser feito por um dos ocupantes dos cargos abaixo enumerados, sendo, então, uma carreira; e, se é uma carreira, os cargos iniciais estarão preenchidos — seria uma pirâmide com a base mais ampla, havendo uma progressão ou um acesso desses funcionários à Procuradoria Fiscal do Estado.

Se se der a interpretação formulada pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, há carreira.

A interpretação que estou dando à lei é a de que esse preenchimento é circunstancial, e, na vacância futura desses cargos, o preenchimento será feito por concurso. Se não o for, haverá um acesso e não estaria ofendido o art. 97 da Constituição, onde se exige o aspecto subjetivo da investidura — ali se quer dar abertura para o ingresso no serviço público de quem tenha condições para isso: esse dispositivo da Constituição é um reflexo do princípio da isonomia, o acesso a todos.

Se o indivíduo está qualificado pelo concurso, está observada a Constituição. Acesso, transposição, transferência e todos os fenômenos do moderno Direito Administrativo funcional, que ocorrem no plano do serviço público, são legítimos e não estão no nível da Constituição, mas no campo do Direito Administrativo.” (Rp n.º 1163, DJ, 25-4-86.)

25. Dessarte, cobra relevo observar que, ao afirmar a improcedência da Representação, a Egrégia Corte fixou expressamente a interpretação que se deveria emprestar ao texto impugnado, declarando que a *transferência* somente alcançava os servidores efetivos, e, portanto, admitidos mediante concurso público. Restaria incólume, assim, o princípio constitucional que exige que a primeira investidura em cargo público se faça mediante concurso (CF, art. 97, § 1.º).

26. Valeu-se, portanto, a Excelsa Corte de sistemática, conhecida na doutrina constitucional alemã como “interpretação conforme o texto constitucional” (“*Verfassungskonforme Auslegung*”) (Cfr., a propósito, KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1982, pp. 29/30; KLAUS SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 1985, pp. 164/165; CHRISTIAN PESTALOTTA, *Verfassungsprozessrecht*, München, 1982, pp. 10/13; v. também PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, trad. esp.,

Madrid, 1982, p. 574; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo Constitucional*, 1984, pp. 253/254).

27. Como se sabe, a “interpretação conforme o texto constitucional” decorre do princípio segundo o qual somente há de se declarar a nulidade de uma lei se não for possível a sua interpretação em conformidade com a Constituição (HESSE, ob. cit., p. 30). Cumpre notar, porém, que, diferentemente do sistema alemão, que considera a “Verfassungskonforme Auslegung” uma forma de declaração de inconstitucionalidade parcial ou uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto (“Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung”) (SCHLAICH, ob. cit., pp. 164/166), tal sistemática não tem, no ordenamento jurídico brasileiro, idêntica amplitude. Há de se admitir, todavia, que a “interpretação conforme o texto constitucional”, quando verificada em ação direta, parece implicar, no nosso sistema, autêntica conversão da *representação de inconstitucionalidade em representação interpretativa* (CF, art. 119, I, “1”, RISTF, arts. 179/187), sendo aplicável, pois, a regra do art. 187, do RISTF (“efeito vinculante de interpretação”).

28. Vê-se, pois, que, ao afirmar a constitucionalidade da disposição contida na aludida lei estadual, a Egrégia Suprema Corte fixou a interpretação que se lhe deveria emprestar para garantir a compatibilidade com o Texto Magno, deixando assente que a dispensa do regime concursivo, na hipótese, contemplava tão-somente os servidores admitidos mediante concurso público.

## VII. Conclusão

29. Como restou assente, a Constituição de 1967 traduz um significativo marco na concretização do princípio da acessibilidade dos cargos públicos aos nacionais. Mesmo a alteração introduzida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não se mostrou suficiente para atenuar a força normativa do preceito constitucional. E a interpretação consagrada pelo Supremo Tribunal, que impõe âmbito material restrito à cláusula “salvo os casos indicados em lei” vem contribuindo, de forma decisiva, na implantação do *merit system* no Serviço Público Brasileiro.

30. A adoção do conceito de cargos de natureza especial se, por um lado, provoca dificuldades na aplicação da regra constitucional, assegura ao Supremo Tribunal Federal, por outro, mecanismo necessário à preservação da eficácia normativa (“normative Kraft”) do princípio consagrador da valorização do mérito, como critério fundamental de acesso aos cargos públicos.