

ROBERTO PINHEIRO PEREIRA

O PROVIMENTO DOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

CURITIBA

2005

ROBERTO PINHEIRO PEREIRA

O PROVIMENTO DOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

**Monografia apresentada à disciplina de
Direito Administrativo como requisito
parcial à conclusão do Curso de
Bacharelado em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.**

**Orientador: Prof. Romeu Felipe Bacellar
Filho**

CURITIBA

2005

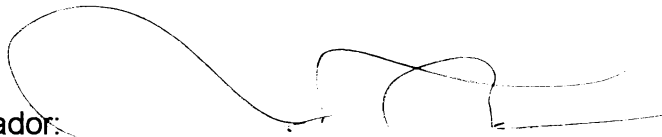
ROBERTO PINHEIRO PEREIRA

TERMO DE APROVAÇÃO

O PROVIMENTO DOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

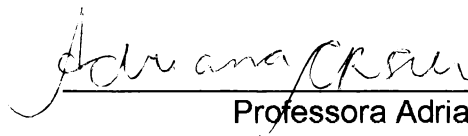
Orientador:



Professor Romeu Félipe Bacellar Filho



Professora Angela Cássia Costaldello



Professora Adriana Schier

Curitiba, 14 de outubro de 2005

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| RESUMO | 4 |
| INTRODUÇÃO | 5 |
| NOÇÕES GERAIS | 6 |
| 1. AGENTES PÚBLICOS E SUAS ESPÉCIES..... | 6 |
| 1.1 Agentes Políticos | 7 |
| 1.2 Servidores Públicos..... | 8 |
| 1.2.1 Funcionários públicos | 9 |
| 1.2.2 Empregados públicos | 10 |
| 1.2.3 Servidores temporários..... | 10 |
| 1.3 Particulares em Colaboração com o Estado | 10 |
| 2. CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO..... | 12 |
| A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PROVIMENTO DOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS | 13 |
| 3. PANORAMA ATUAL..... | 13 |
| 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICÁVEIS AO PROVIMENTO DOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS | 15 |
| 4.1 Princípio da Legalidade..... | 15 |
| 4.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular..... | 17 |
| 4.3 Princípio da Impessoalidade | 17 |
| 4.4 Princípio da Moralidade Administrativa | 18 |
| 4.5 Princípio da Publicidade..... | 19 |
| 4.6 Princípio da Eficiência..... | 20 |
| 5. ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO..... | 22 |
| 5.1 Ampla Acessibilidade aos Cargos, Empregos e Funções..... | 22 |
| 5.2 Eficácia da Norma do Inciso I do Artigo 37 da Constituição | 23 |

| | |
|--|-----------|
| 5.3 Alguns Requisitos Exigidos para o Provimento dos Cargos, Empregos e Funções Públicas..... | 25 |
| 5.3.1 Nacionalidade..... | 26 |
| 5.3.2 Idade..... | 29 |
| 5.3.3 Sexo..... | 32 |
| 6. DO CONCURSO PUBLICO..... | 35 |
| 6.1 A aprovação Prévia em Concurso Público como Regra Geral para o Provimento de Cargos e Empregos Públicos..... | 36 |
| 6.2 Abrangência da Imposição de Concurso na Constituição..... | 37 |
| 6.3 Acesso às Funções Públicas..... | 38 |
| 7. INEXIGIBILIDADE DE CONCURSO PÚBLICO..... | 41 |
| 7.1 Os Cargos em Comissão..... | 42 |
| 7.2 Contratação por Prazo Determinado..... | 44 |
| 7.3 Entidades Estatais Exploradoras de Atividade Econômica..... | 45 |
| 8. PROVIMENTO NA LEI 8112/90..... | 47 |
| 8.1 Provimento Originário..... | 47 |
| 8.1.1 Nomeação..... | 47 |
| 8.2 Provimento Derivado..... | 48 |
| 8.2.1 Promoção..... | 48 |
| 8.2.2 Readaptação..... | 49 |
| 8.2.3 Reversão..... | 50 |
| 8.2.4 Aproveitamento..... | 51 |
| 8.2.5 Reintegração..... | 51 |
| 8.2.6 Recondição..... | 52 |
| 9. CONCLUSÕES..... | 54 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 56 |

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o provimento dos cargos, empregos e funções da Administração Pública à luz do disposto na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8112/90, Estatuto dos Servidores Públicos no âmbito federal.

O provimento é um procedimento administrativo, devendo, necessariamente, ser guiado pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e supremacia do interesse público.

Os ocupantes dos postos de serviço público são os servidores públicos que constituem uma espécie do gênero agentes públicos. A categoria dos servidores públicos é formada por pessoas físicas que mantêm com o Poder Público uma relação de trabalho de natureza profissional e não eventual sob o vínculo de dependência.

A atual Carta Magna impôs a necessidade prévia aprovação em concurso público como regra geral para todos aqueles que pretendam ingressar nos quadros de pessoal da Administração Pública, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na Constituição.

INTRODUÇÃO

Para atingir os fins a que se destina, o Estado precisa garantir o funcionamento regular e ininterrupto dos serviços públicos. O desempenho dessas atividades requer a atuação de pessoas físicas que são chamadas de agentes públicos.

A necessidade do Poder Público contar com a atuação de pessoas físicas, seus representantes, revela a importância da escolha de pessoas probas e qualificadas para ocupar os postos do serviço público.

Entretanto, a seleção de pessoas para prestar serviços ao Estado, na qualidade de empregados, sempre foi motivo de preocupação para as autoridades governamentais.

No direito brasileiro atual, o provimento dos cargos, empregos e funções deve respeitar os princípios que orientam a Administração Pública em todos os níveis e em toda a sua extensão, quais sejam: o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência e da supremacia do interesse público.

A Constituição Federal de 1988 elegeu a prévia aprovação em concurso público como regra geral para o acesso ao quadro de pessoal da Administração Pública.

A metodologia a ser empregada neste trabalho consiste, principalmente, na análise do preenchimento de cargos, empregos e funções a lume do Texto Constitucional e da lei nº 8112/90, Estatuto dos Servidores Públicos no âmbito federal.

Em nossa exposição, procuraremos abordar quem são os servidores públicos ocupantes de cargos, empregos e funções, quais são as condições ou requisitos necessários para o acesso aos postos de serviço público, além da análise do instituto “concurso público”, sua obrigatoriedade e hipóteses de inexigibilidade.

NOÇÕES GERAIS

1. AGENTES PÚBLICOS E SUAS ESPÉCIES

Os servidores públicos constituem subespécies dos agentes públicos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à Administração Pública e a ela vinculados por relações profissionais.

A designação “agentes públicos” é a mais ampla que se pode conceber para designar os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda que o sejam apenas episodicamente.

Como diz Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”¹.

Antes da Constituição atual, ficavam excluídos da noção de agente público aqueles que prestavam serviços às pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo Poder Público (fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Hoje o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 exige a inclusão de todos eles².

Todos os agentes públicos possuem um denominador comum que os identifica: manifestam uma vontade estatal dentro de suas respectivas área de competência, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem.

Os agentes públicos podem ser divididos da seguinte forma:

- a) agentes políticos;
- b) servidores públicos:
 - b.1) funcionários públicos;
 - b.2) empregados públicos;
 - b.3) servidores temporários;
- c) Particulares em colaboração com a Administração.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed, p. 431.

² O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 contempla normas que abrangem todas as pessoas que prestam serviços à “Administração Pública direta e indireta”, o que inclui não só as autarquias e fundações públicas, como também as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado.

1.1 Agentes Políticos

São as pessoas físicas que detêm cargos públicos munidos do poder-dever de manifestar a vontade do Estado, com responsabilidades e atribuições previstas na Constituição. A principal característica destes agentes é a ausência de qualquer subordinação, a quem quer que seja, no exercício de suas funções precípua, saíva à lei³. Desempenham suas funções com independência e autonomia, tomando decisões de caráter definitivo⁴.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello os agentes políticos são titulares de cargos estruturais na organização política do país, isto é, integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder⁵.

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, os chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal (Presidente da República, governadores, prefeitos e seus vices), os membros do Parlamento em todos os níveis (senadores, deputados federais e estaduais e os vereadores), os membros da Magistratura (ministros, desembargadores e juizes), os membros do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Contas, entre outros.

Parte da doutrina não concorda com a inclusão de magistrados e membros do Ministério Público como agentes políticos sob o argumento de que suas atribuições não são de natureza política. Romeu Felipe Bacellar Filho discorda dessa parcela da doutrina e expõe:

Se considerarmos *política* a arte ou ciência de bem administrar, como pretende o direito administrativo, é de todo evidente que magistrados, membros do Ministério Público e outros agentes rotulados de agentes políticos executam a sua parcela de administração no universo de atribuições de incumbência do Estado. A mais significativa característica da atividade conferida a esses agentes reside na constatação de que, no exercício de suas funções precípua, a ninguém é dado lhes determinar como proceder. Ninguém pode determinar ao Presidente da República agir dessa ou daquela forma; ao magistrado como julgar; ao membro do Ministério Público como proceder. Essas categorias gozam de absoluta autonomia e independência, só devendo obediência ao ordenamento jurídico⁶.

Assim, como já dito, destacando-se a autonomia e independência no exercício de suas funções, característica fundamental dos agentes políticos, os

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, 2ª ed., p 140.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed. p.12.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p.229.

⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, 2ª ed., p 141.

membros do Ministério Público e os magistrados, podem ser classificados como agentes políticos.

1.2 Servidores Públicos

Os servidores públicos, ocupantes dos cargos, empregos e funções públicas objetos deste trabalho, podem ser conceituados como as pessoas físicas que possuem com o Estado, seja na administração pública direta ou indireta, uma relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência⁷.

A lei 8112/90⁸, estatuto dos servidores civis na esfera federal, em seu artigo 2º, define servidor público como “pessoa legalmente investida em cargo público”. No entanto, a definição da lei não corresponde totalmente àquela que está no texto constitucional. Isto ocorre porque a Constituição Federal de 1988 utiliza a expressão “servidor público” ora em sentido amplo⁹, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Pública Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo¹⁰, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade de direito privado. Pode-se concluir, então, que a definição de servidor público da Lei 8112/90 não está em conformidade o sentido expresso no texto constitucional porque há servidores públicos que não ocupam cargos públicos, como, por exemplo, os servidores temporários e os empregados públicos.

A expressão “servidor”, portanto, é muito mais abrangente do que “funcionário”. Funcionário é aquele investido em cargo público, como será visto adiante.

Desse modo, dentre os agentes públicos, ficam excluídos do conceito de servidores públicos, os agentes políticos e os particulares em colaboração com o Estado. Todos os demais são servidores públicos, também chamados de agentes administrativos.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p.230.

⁸ Lei nº 8112/90: “Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público”.

⁹ Arts. 37 e ss. da Constituição Federal de 1988.

¹⁰ Arts. 39 e ss. da Constituição Federal de 1988.

Os agentes administrativos constituem a grande massa de prestadores de serviço ao Estado. Ligam-se à Administração Pública direta ou indireta, mediante vínculos estatutários ou pela Consolidação das Leis do Trabalho. Compreendem as seguintes espécies: a) funcionários públicos (servidores públicos em sentido estrito), b) empregados públicos e c) servidores temporários.

1.2.1 Funcionários públicos

Os funcionários públicos (servidores públicos em sentido estrito) são as pessoas físicas legalmente investidas em cargos públicos na Administração Direta, nas autarquias e fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo¹¹.

Nenhuma vez a Constituição utiliza a expressão “funcionário”, o que não impede seja este mantido na legislação ordinária, como de fato ocorre em diversos estatutos estaduais. Melhor dizendo, é de bom grado que os estatutos que disciplinam o regime dos servidores públicos civis estaduais mantenham o vocábulo “funcionário” para que não ocorra a mesma imprecisão técnica, já explicada no item 1.2, existente entre a lei 8112/90 e a Constituição federal.

Os funcionários públicos podem ser subdivididos em servidores estatutários e detentores de cargos em comissão.

Os servidores estatutários são detentores de cargos efetivos e ingressam no serviço público por prazo indeterminado para prover um cargo público, ao qual corresponde uma função definida na estrutura do quadro dos servidores públicos da entidade estatal respectiva.

Característica importante dos servidores estatutários é seu regime jurídico. Submete-se ao regime estatutário estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed. p.13.

Os *detentores de cargos em comissão* são pessoas físicas que ocupam um cargo público em caráter temporário, enquanto perdurar a relação de confiança entre aquele que foi investido no cargo e o superior hierárquico que o indicou para exercer funções de chefia, direção assessoramento¹².

1.2.2 Empregados públicos

Os empregados públicos são pessoas físicas contratadas por algum ente do Poder Público, tanto da Administração Pública direta como da indireta, para serviços profissionais sob regime da legislação trabalhista¹³.

1.2.3 Servidores temporários

Os servidores temporários são contratados para exercer funções temporárias, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei, conforme se depreende do texto constitucional¹⁴.

1.3 Particulares em Colaboração com o Estado

São as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, ainda que, às vezes, apenas em caráter episódico¹⁵.

Incluem-se nesta categoria os agentes honoríficos, os agentes delegados, os agentes credenciados e os gestores de negócios.

¹² Constituição Federal de 1988: "Art. 37. ... V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;"

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 14.

¹⁴ Constituição Federal de 1988: "Art. 37. ... IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 437.

Os *agentes honoríficos* são cidadãos designados para cumprir objetivos cívicos, em caráter transitório, sem nenhuma retribuição de cunho pecuniário. Ao exercer a honorífica atividade prestam o que se denomina múnus público, parcela de sacrifício exigível de cada cidadão em prol dos interesses coletivos. Como exemplos, têm-se os jurados e mesários eleitorais¹⁶.

Agentes delegados são aqueles que exercem atividades delegadas pelo Poder Público, nos estritos limites da delegação, em nome próprio e por sua conta, sem qualquer vínculo com a Administração Pública. Subordinam-se aos procedimentos ditados pelo direito público. De acordo com o *caput* do artigo 236 da Constituição¹⁷, os serviços notariais e de registro são exemplos de delegação¹⁸. Além destes, também são agentes delegados os concessionários e permissionários de serviços públicos, conforme o artigo 175 da Constituição¹⁹.

Os *agentes credenciados*, conforme afirma Hely Lopes Meirelles, “são os que recebem a incumbência da Administração para representá-la e determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante²⁰”.

Os *gestores de negócio* são aquelas pessoas físicas que, voluntariamente, assumem a gestão da coisa pública em momentos de emergência²¹.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed.

¹⁷ Constituição Federal de 1988: “Art. 236. Os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 437.

¹⁹ Constituição Federal de 1988: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, ..., a prestação de serviços públicos”.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 437.

2. CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO

A Constituição Federal, em vários dispositivos, utiliza os vocábulos cargo, emprego e função para definir situações diversas que coexistem na administração pública. Faz-se mister explicá-las.

Os servidores públicos ocupam cargos ou empregos ou exercem função.

O *cargo público* é um instituto de Direito Administrativo definido por lei e pela doutrina. O estatuto federal conceitua cargo público como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor²²”. A doutrina é mais precisa ao definir cargo público, a exemplo de Diógenes Gasparini: “... é o menor centro hierarquizado de competências da Administração direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei ou resolução, com denominação própria e número certo²³”.

Emprego público é uma expressão utilizada para designar, paralelamente a cargo público, um conjunto de atribuições e responsabilidades permanentes. O que diferencia empregos e cargos é o vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público é regido pela legislação trabalhista, enquanto que o funcionário público tem um vínculo estatutário que, na União, está contido na lei nº 8112/90.

Já a *função pública*, de modo residual, é o conjunto de atribuições às quais não correspondem cargos e empregos. Na Constituição atual, quando se refere à função, há duas situações diferentes: as funções de natureza permanente, correspondentes às *funções de confiança*, destinadas às atribuições de direção, chefia e assessoramento²⁴ e as funções de natureza temporária, para as quais não se exige concurso público porque a urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento, como será visto adiante²⁵.

²² Art. 3º da lei 8112/90.

²³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 8ª ed., p. 238.

²⁴ Art. 37, V, Constituição Federal de 1988. Citado em nota logo acima.

²⁵ Art. 37, IX, Constituição Federal de 1988. Citado em nota logo acima.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PROVIMENTO DOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

3. PANORAMA ATUAL

A Constituição Federal de 1988, principalmente Capítulo VII do Título III²⁶, estabelece uma série de normas aplicáveis à Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Dentre essas normas, há várias relativas aos servidores públicos, formando o regime jurídico constitucional dos servidores públicos. É formado por regras e princípios de direito público, diferentes das normas aplicáveis na relação trabalhista privada.

Portanto, a investidura no serviço público possui peculiaridades não existentes do setor privado. A maior delas é a ausência de liberdade do administrador público de escolher quem irá ocupar cargos e empregos públicos. Essa ausência deve ser respeitada pelo administrador. Faz parte de um conjunto de iniciativas pensadas de acordo com a realidade do nosso país. A falta de liberdade busca evitar o “apadrinhamento” dos postos de serviço público, fato muito comum nas Constituições anteriores e que, atualmente, na vigência da atual Carta Magna, tenta-se reduzir ao máximo.

Ainda em relação ao capítulo relativo à Administração Pública, importante ressaltar que a Constituição emprega a expressão “servidor público” em diferentes sentidos. Na seção I, refere-se a todas as pessoas que prestam serviços à “Administração Pública direta e indireta” e, na seção II, refere-se somente as pessoas que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de Direito Público²⁷.

Por fim, com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98, exclui-se a exigência de regime jurídico único, contida na redação original do *caput* do artigo 39 da Constituição. Entretanto, essa alteração não conferiu ampla liberdade de

²⁶ Arts 37 e ss da Constituição Federal de 1988.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 430.

escolha do regime trabalhista para os servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas.

A Constituição somente permite a adoção do regime de emprego na Administração direta, autarquias e fundações públicas em certas atividades chamadas de “subalternas”.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Já, para os servidores da Administração direta, autarquias e fundações de Direito Público (ou seja: servidores das pessoas jurídicas de Direito Público), indubitavelmente, o regime normal, corrente, terá de ser o de cargo público, admitindo-se, entretanto, como ao diante se explicará, casos, em que é cabível a adoção do regime de emprego para certas atividades subalternas”²⁸. Tais atividades, em razão de sua natureza, podem ser desempenhadas sem as garantias propiciadas ao regime de cargo, não causando riscos à atividade estatal.

Assim, nas pessoas jurídicas de Direito Público, há servidores titulares de cargos (“funcionários públicos”) e servidores ocupantes de empregos (empregados públicos). Já nas pessoas jurídicas de Direito Privado da Administração indireta, só há empregos²⁹.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p.238.

²⁹ *Ibid.*, p.235.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICÁVEIS AO PROVIMENTO DOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

Os princípios constitucionais da Administração Pública são, basicamente, aqueles elencados no Art. 37 da Constituição Federal³⁰, quais sejam o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, somando-se a estes o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Tais princípios norteiam todos os atos da Administração Pública, servindo de paradigma a ser buscado nas relações da máquina pública com as pessoas físicas e ingresso destas no serviço público.

Nas palavras de Alvacir Correa dos Santos, “ressalta-se, de antemão, a importância dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, uma vez que, por se identificarem com a liberdade do indivíduo e a autoridade da Administração (restrições X prerrogativas), constituem-se em princípios fundamentais, através dos quais se constroem todos os demais³¹”.

4.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é um dos sustentáculos do Estado de Direito. Caracteriza-se pela submissão do Estado à lei, constituindo uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais³².

No que diz respeito ao direito privado, o princípio da legalidade funciona como uma garantia de liberdade. Sendo a liberdade um dos valores fundamentais do Estado de Direito, a lei deve restringi-la apenas nos casos em que seja incompatível com o interesse coletivo. Entretanto, afora esta limitação, o indivíduo é livre para

³⁰ Constituição Federal de 1988: “ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

³¹ SANTOS, Alvacir Correa dos. *Contratação Temporária na Administração Pública*, 2ª ed., p. 27.

³² Constituição Federal de 1988: “Art. 5º. ...II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

comporta-se como melhor lhe convir, valendo a máxima, “o que não for proibido é permitido”.

Com relação ao direito público, a interpretação do princípio da legalidade muda totalmente. Enquanto que, para os particulares, o princípio significa a permissão de fazer tudo que a lei não proíba, para a Administração Pública, ao contrário, representa um dever, não bastando que a conduta não seja proibida em lei, mas que esteja expressamente autorizada em lei. Desse modo, enquanto os particulares podem fazer tudo que a lei não proíba, os agentes públicos somente podem fazer o que a lei autoriza.

Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da república, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro³³.

Com relação à Administração Pública, não há liberdade nenhuma. Ela se submete à Constituição e às leis, cumprindo melhor o seu papel quanto mais estiver atrelada à legislação, havendo em certos casos, porém, uma margem de atuação discricionária parcial nos atos administrativos³⁴.

A vinculação da Administração Pública e de seus agentes àquilo que a lei expressamente lhes autorize terá influência no assunto provimento de cargos, empregos e funções públicas, haja vista que a Constituição Federal emite uma série de comandos cogentes em relação ao tema, normas que o administrador público estará obrigado a obedecer, não podendo adotar outros critérios que não aqueles previstos na Carta Magna ou nas leis.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 92.

³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., p. 335.

4.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular

Embora não expresso, Celso Antônio Bandeira de Mello considera o princípio da supremacia do interesse público como princípio geral, inerente a qualquer sociedade, sendo uma condição de existência³⁵.

O princípio da supremacia do interesse público, como o nome já indica, significa que o interesse da coletividade deve estar acima do interesse particular.

Pelo princípio em questão, quando a Administração Pública relaciona-se com o particular, ela adota uma posição de superioridade, pois defende o interesse coletivo, ao passo que o particular defende apenas seu interesse privado.

Intimamente ligado ao princípio da supremacia do interesse público está o da indisponibilidade dos interesses públicos. Como os interesses que a Administração Pública defende são do próprio Estado e, por consequência, da coletividade, quem zela por estes interesses não pode dispô-los a seu bel prazer³⁶.

Estes dois princípios têm importância para o assunto provimento dos cargos, empregos e funções públicas porque no procedimento para o ingresso no serviço público deve prevalecer o interesse público, que é superior e indisponível, sobre o interesse de particulares, motivo pelo qual o administrador público deve sempre utilizar critérios objetivos na escolha dos servidores mais aptos para atender ao interesse público.

4.3 Princípio da Impessoalidade

Este princípio tem duplo sentido. O primeiro sentido refere-se à impessoalidade que deve caracterizar a realização dos atos administrativos, ou seja, ninguém deve se promover pessoalmente em razão da realização de serviços, programas ou ações públicas.

O segundo sentido, mais relevante ao presente trabalho, refere-se ao relacionamento da Administração Pública com os administrados. A finalidade da atividade administrativa não é prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 87.

³⁶ *Ibid.*, p. 89.

Nesse entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe:

Nele se traduz a idéia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimementosas. Nem favoritismos, nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, como "todos são iguais perante a lei", a *fortiori* teriam de sê-lo perante Administração³⁷.

O princípio da impessoalidade é muito importante para o tema preenchimento de cargo, emprego e funções públicas. É o princípio que deve nortear os todos os atos de investidura no serviço público. A pessoa investida no serviço público deve passar por um procedimento de escolha sem privilégios ou discriminações, apenas contando com seus méritos pessoais.

O concurso público é o procedimento para ingresso no postos de serviço público que melhor concretiza os princípios da impessoalidade e da igualdade.

4.4 Princípio da Moralidade Administrativa

Conforme o próprio nome já indica, segundo esse princípio, a Administração Pública e seus agentes têm de atuar de acordo com princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude. Os princípios da lealdade e boa fé estão cortidos na idéia de moralidade administrativa³⁸.

A Administração Pública terá de balizar sua conduta nesse grupo de valores quando se relacionar com seus administrados, sendo o inverso, quando o particular se relaciona com a Administração Pública, também verdadeiro.

Não é fácil determinar em que consiste o princípio da moralidade administrativa porque moralidade é um conceito jurídico indeterminado, assim como o conceito de boa-fé, necessitando uma análise do caso concreto para determinar sua atuação ou não.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 104.

³⁸ SANTOS, Alvacir Correa dos. *Contratação Temporária na Administração Pública*, 2ª ed., p. 33.

A maior ênfase na imposição de um comportamento administrativo segundo o princípio da moralidade trouxe como consequência o aumento do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa³⁹, muito tímido até então.

A concretização desse princípio dá-se em diversos pontos da Constituição. O § 4º do art. 37 preconiza que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. O inciso V do art. 85 destaca como crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atente contra a probidade da administração pública. Já o inciso LXXIII do art. 5º preconiza que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo à moralidade administrativa.

No que concerne ao tema provimento de cargos, empregos e funções públicas, é notória a ligação do princípio da moralidade com vedação do uso particular dos postos de serviço público, estando, nesse sentido, ligado também ao princípio da impessoalidade. O concurso público é um instituto que faz parte de um conjunto de procedimentos importantes na busca da realização do princípio da moralidade administrativa.

4.5 Princípio da Publicidade

A publicidade é fundamental para que os direitos conferidos constitucional e legalmente ao cidadão tenham efetividade. Sem a publicidade da conduta administrativa do Estado não há como o Poder Judiciário fiscalizar se os atos estão em conformidade com a moralidade administrativa.

No Estado Democrático de Direito não se admitem ações secretas da Administração Pública e de seus agentes, deve haver transparência nas ações administrativas⁴⁰.

A publicidade é condição de validade de muitos atos administrativos. A eficácia do próprio ato é normalmente condicionada ao requisito da publicação.

³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., p. 337.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 104.

Por esse princípio, exige-se ampla divulgação dos atos praticados pela Administração pública, salvo as hipóteses de sigilo previstas em lei. Exemplos desse princípio são encontrados nos incisos XIV, XXXIII e LX do artigo 5º da Constituição⁴¹.

Na esfera administrativa, o sigilo só é admitido quando for “imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado”, conforme a parte final do artigo 5º, inciso XXXIII⁴².

Com relação ao assunto em questão, o princípio da publicidade preconiza que todos atos de investidura no serviço público devem ser divulgados, além disso, na seara do concurso, este princípio rege a ampla divulgação prévia do procedimento seletivo para que os interessados possam concorrer à disputa de vagas no serviço público.

4.6 Princípio da Eficiência

A Emenda Constitucional nº 19 deu nova redação ao *caput* do art. 37 da Constituição, acrescentando mais um princípio, o da eficiência.

A atuação do princípio da eficiência é algo desejável nas atividades da Administração Pública, não sendo viável pensar que a ineficiência nas atividades da máquina administrativa inviabilize atingir sua finalidade maior, que é a realização do bem comum.

Analisando o conjunto de modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 19 é notória preocupação com um melhor desempenho da Administração Pública, a exemplo do art. 37, § 8º e do art. 41, § 1º, III⁴³.

O princípio da eficiência tem grande importância na escolha das pessoas que irão ocupar cargos e empregos públicos, pois obriga que se busque os mais

⁴¹ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º. ... XIV – é assegurado a todos o acesso à informação ...; ... XXXIII – todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado; ... LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”

⁴² Conforme nota logo acima.

⁴³ Constituição Federal de 1988: “ Art.37. ...§ 8º - ... a fixação de metas de desempenho para órgão ou entidade...; Art. 41 ...§ 1º ... III - ... procedimento de avaliação periódica de desempenho...;

capazes para ocupar os postos de serviço público, através de um processo de *seleção baseado em critérios objetivos*. Mais uma vez, o melhor certame de seleção de pessoal para o serviço público, que atende o princípio exposto, é o concurso público. Através deste, a Administração Pública irá selecionar os mais qualificados para ocupar cargos e empregos públicos.

5. ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO

5.1 Ampla Acessibilidade aos Cargos, Empregos e Funções

O inciso I do artigo 37 da Constituição Federal estatui que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e aos estrangeiros na forma da lei.

É o dispositivo constitucional que a doutrina costuma denominar de princípio da acessibilidade⁴⁴. Nada mais é do que uma decorrência do princípio amplo da igualdade que afeta a todas as áreas do Direito. A Administração Pública também se sujeita ao princípio da igualdade. Embora a redação do *caput* do artigo 37 tenha usado o termo “impessoalidade” ao invés de igualdade, a finalidade é a mesma: tratar os administrados de forma igualitária⁴⁵.

Importante destacar que as normas inerentes à acessibilidade aos postos de serviço público aplicam-se a todos os servidores públicos, quer sejam funcionários públicos, empregados públicos ou servidores temporários, alcançando a Administração Pública direta, a indireta e a fundacional. Com relação ao princípio da ampla acessibilidade, Celso Ribeiro Bastos leciona claramente:

“(...) essa acessibilidade alcança todos os setores da Administração, abrangendo, em consequência, tanto a função exercida na Administração Pública direta quanto na indireta e na fundacional. De outra parte, abarca todos os níveis da descentralização geográfica, colhendo, em consequência, a União, os estados, o Distrito federal e os Municípios. Nenhuma pertinência também tem o regime jurídico sobre o qual se dá a prestação laboral. Havendo vínculo a reter o servidor nas malhas da Administração, quer seja ele de natureza estatutária, quer contratual, o acesso a esta condição tem de ser amplo⁴⁶”.

A idéia de ampla acessibilidade a toda a Administração Pública decorre da própria leitura literal do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, no qual também fica clara a extensão da aplicação dos princípios aos seus incisos⁴⁷.

Conforme a redação do inciso I do artigo 37 da Constituição, apenas a lei pode estabelecer requisitos para o acesso ao serviço público. A palavra “lei” está

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª ed., p. 659.

⁴⁵ Ver item 4.3 acima.

⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 50-51.

⁴⁷ Citado acima.

sendo utilizada em sentido restrito. ou seja, o ato normativo provado por procedimento específico pelo Poder Legislativo com a colaboração do chefe do Poder Executivo, em geral.

Desse modo é vedado à utilização de atos infralegais (decretos, resoluções, etc) para estabelecer exigências para o ingresso no serviço público, porque, assim, não seria atendida exigência constitucional de lei para estabelecer tais requisitos⁴⁸. Nem mesmo o regulamento pode fixar tais exigências.

O STF já manifestou nesse sentido argumentando: "apenas a lei em sentido formal (ato normativo emanado pelo Poder legislativo) pode estabelecer requisitos que condicionem o ingresso no serviço público. As restrições e exigências que emanem de ato administrativo de caráter infralegal revestem-se de inconstitucionalidade⁴⁹".

Destarte, cabe aos atos administrativos trazer minúcias e pormenores que a lei pelo seu nível de generalidade e abstração não comporta. Porém o texto constitucional exige a lei em sentido formal para enunciar originariamente as exigências cabíveis⁵⁰.

5.2 Eficácia da Norma do Inciso I do Artigo 37 da Constituição

Segundo a lição de José Afonso da Silva, quanto à eficácia, as normas constitucionais podem ser: normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada ou reduzida.

As primeiras abrangem as normas que produzem ou podem produzir, desde o início de vigência das Constituição, todos os efeitos essenciais, ou seja, todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou desde logo, uma normatividade suficiente para isso, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. As segundas são normas que incidem imediatamente e produzem ou podem produzir todos os efeitos pretendidos, porém prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, em certas circunstâncias. As últimas são normas que não produzem, com a entrada em vigor

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 58.

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, Adin nº 1188-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 20/04/95, p. 9945.

⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 59.

da Lei Maior, todos os efeitos porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade suficiente para isso, deixando esta tarefa ao legislador ordinário⁵¹.

Pelo exposto, a regra estabelecida no artigo 37, inciso I, da Constituição Federal⁵², com relação aos brasileiros, é norma constitucional de eficácia contida e aplicabilidade imediata. José Afonso da Silva elucida: “Essa lei está limitada pela própria regra constitucional, de tal forma que os requisitos nela fixados não poderão importar em discriminação de qualquer espécie ou impedir a correta observância do princípio da acessibilidade de todos ao exercício de função administrativa⁵³”.

Assim, em relação aos nacionais, a Constituição regulou suficientemente a matéria ao dizer que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros”, caracterizando uma norma de eficácia contida e aplicabilidade imediata, de sorte que a lei a ela referida não cria o direito previsto, antes o restringe ao prever requisitos para o seu exercício. Então, a lei ordinária pode fixar condições para que os brasileiros tenham acesso ao serviço público.

Já a segunda parte do inciso I do artigo 37 da Constituição Federal⁵⁴, relativa aos estrangeiros, é norma constitucional de eficácia limitada, pois prevê que o acesso de estrangeiros que o acesso dos estrangeiros aos postos do serviço público dar-se-á “na forma da lei” e não *obedecidos os requisitos previstos em lei*. Percebe-se que o exercício do direito nela estatuído depende de forma a ser estabelecida em lei e não apenas definir os pressupostos de acesso⁵⁵.

Destarte, enquanto não editada a legislação infraconstitucional mencionada no inciso I do artigo 37 da Lei Maior⁵⁶, não será permitido o ingresso dos estrangeiros ao serviço público porque, em relação a eles, o dispositivo citado não é auto-aplicável, dependendo de lei que estabeleça as condições de ingresso do estrangeiro⁵⁷.

Importante ressaltar que a lei ordinária mencionada é de cada unidade federativa respectiva, uma vez que a União, os estados, o Distrito federal e os

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed., p. 89-91.

⁵² Transcrito em nota anterior.

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª ed., p. 659.

⁵⁴ Citado em nota logo acima.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª ed., p. 659.

⁵⁶ Transcrito em nota anterior.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo* 16ª ed., p. 442.

Municípios têm autonomia para regular suas próprias administrações, como melhor lhes convenha, já que a matéria de servidor público não é reservada à competência privativa da União⁵⁸.

5.3 Alguns Requisitos Exigidos para o Provimento dos Cargos, Empregos e Funções Públicas

No que se refere ao ingresso, aplica-se aos servidores públicos a regra do artigo 7º, XXX, conforme determina o artigo 39, § 3º⁵⁹ da Constituição. De acordo com aquele dispositivo, são vedadas diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil⁶⁰. Contudo, como já explicado nos itens anteriores, a mesma Constituição, nos artigos 37, I e na parte final do § 3º do artigo 39, autoriza apenas a lei, em sentido estrito, estabelecer condições de acesso aos postos de serviço público.

Explicando a aparente contradição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma:

Embora o objetivo do constituinte seja o de proibir o limite de idade e outros tipos de discriminação, a proibição não pode ser interpretada de modo absoluto; primeiro, porque o artigo 37, I, deixa para a lei ordinária a fixação dos requisitos de acesso aos cargos, empregos e funções; segundo, porque, para determinados tipos de cargo, seria inconcebível a inexistência de uma limitação, quer em relação ao sexo, que em relação à idade. Não se poderia conceber que, para o cargo de guarda do presídio masculino, fossem admitidas candidatas do sexo feminino, ou que para certos cargos policiais fossem aceitas pessoas de idade mais avançada⁶¹.

Então, os requisitos podem ser variáveis de acordo com a exigência de cada cargo, função ou emprego público, pois é preciso considerar que há situações peculiares.

Entretanto, não é qualquer requisito que pode ser exigido por lei. O provimento dos cargos, empregos e funções públicas deve sempre ser guiado pelos princípios constitucionais que informam todos os atos da Administração Pública,

⁵⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 8ª ed., p. 129.

⁵⁹ Constituição Federal de 1988: "Art. 39. ... § 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir".

⁶⁰ Constituição Federal de 1988: "Art. 7º. ... XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil".

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª, p. 445.

quais sejam: o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e supremacia do interesse público. Não pode a lei fazer exigências que ofendam esses princípios.

O problema é saber quais exigências podem e quais não podem ser estabelecidas em lei, por violar os princípios constitucionais já citados. Nem toda especificação ou diferenciação feita por lei é compatível com o sistema jurídico. Sobre as discriminações compatíveis com o princípio da isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

Para que um discrimem legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja permanente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

O último elemento encarece a circunstância e que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexos entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens alçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional⁶².

Desse modo, pode-se se dizer que as exigências de participação somente são conciliáveis com o sistema jurídico quando corresponderem a uma característica essencial e indispensável para o correto desenho do cargo ou emprego público. Deve haver um nexos de causalidade entre a condição exigida e o adequado desempenho da função pública⁶³.

Isso significa dizer que somente mediante o caso concreto é que se poderá saber se um determinado requisito de participação é constitucional ou não, em razão de sua pertinência com as atribuições que serão futuramente exercidas pelo servidor. Adilson Abreu Dallari corrobora com a posição exposta:

41-42. ⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª tir, p.

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 60.

Não existe uma solução mágica e universalmente aplicável, como um gabarito, que, por simples comparação possa dizer, com absoluta segurança, quando uma determinada exigência legal é constitucionalmente aceitável ou quando ofende o princípio da isonomia. A solução deve ser buscada na observação cuidadosa das circunstâncias de cada caso, fundamentalmente com o uso do bom senso, que, no mundo jurídico corresponde à aplicação do princípio da razoabilidade⁶⁴.

O princípio da razoabilidade impõe ao administrador público, na sua atuação, a obediência a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida⁶⁵.

Em síntese, podem ser exigidos por lei, em sentido formal, determinados requisitos, desde que sejam necessários e indispensáveis para o correto desempenho de cargos, empregos e funções, porém deve haver um nexo de causalidade, guiado pelo princípio da razoabilidade, entre o elemento discriminador e a natureza das atribuições a serem exercidas⁶⁶.

DALLARI⁶⁷, citado por SCHIRMER (2001, p.168), afirma que pode ser estabelecida limitação para inscrição em concurso público, em razão de sexo ou idade, por lei, desde que atendido o princípio da correlação lógica entre o elemento discriminador e o discrimen estabelecido.

Atendidas essas condições, ou seja, desde que estabelecidos em lei e admissíveis constitucionalmente, os requisitos de acesso aos postos de serviço público devem ser previamente satisfeitos como condição de investidura em cargos, empregos e funções públicas⁶⁸. Faz-se mister, na seqüência, a análise de alguns desses requisitos em face do ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁴ MOTTA, FABRÍCIO (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. p. 97.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 99.

⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 60.

⁶⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 32-33, 1991.

⁶⁸ SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque. *Da Investidura de Servidores Públicos*, p. 172.

5.3.1 Nacionalidade

José Cretella Júnior que, por uma razão de fidelidade ao Estado. “em todas as Constituições modernas, a primeira condição que se exige de quem vai ocupar um cargo público é a que seja nacional⁶⁹”.

O inciso I do artigo 37 da Constituição Federal⁷⁰ estatui que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e aos estrangeiros na forma da lei. O dispositivo deixa claro que, não só a brasileiros, mas também aos estrangeiros são acessíveis os cargos, empregos, e funções públicas.

Assim, desde a Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998, que alterou a redação original do art. 37, I, da Constituição, os estrangeiros não necessitam mais se naturalizar brasileiro para ter acesso aos quadros públicos do país.

Faz-se necessária uma ressalva muito importante neste momento. Com relação aos empregos e funções públicas, resta incontroversa a possibilidade de acesso dos estrangeiros. Agora, com relação aos cargos públicos, há exceções advindas da leitura e interpretação do texto constitucional.

Os estrangeiros não possuem direitos políticos, como deixa claro a redação do artigo 14, §§ 2º e 3º, I, da Constituição Federal⁷¹. Portanto, não tendo direitos políticos não podem ser titulares de cargos de natureza política, ou seja, cargos públicos cujas atribuições implicam no desempenho de poder político do Estado⁷² não podem ser acessíveis aos estrangeiros. Expressamente, sem exclusão de outros, são vedados aos estrangeiros os seguintes cargos: de Presidente e Vice-Presidente da República, de presidente da Câmara dos Deputados, de Presidente do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal federal, da carreira diplomática, de oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado e da Defesa, reservados aos brasileiros natos, conforme dispõe o § 3º do artigo 12 da Constituição⁷³.

⁶⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed. p. 433.

⁷⁰ Transcrito em nota anterior.

⁷¹ Constituição Federal de 1988: “Art. 14. ... § 2º. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros...; § 3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei: I – a nacionalidade brasileira;”

⁷² Ver item 1.1.

⁷³ Constituição Federal de 1988: “Art. 12. ... § 3º. São privativos de brasileiro nato os cargos: I – de Presidente e Vice-Presidente da República; II – de Presidente da Câmara dos deputados; III –

A admissão de estrangeiros depende da existência da lei mencionada no inciso I do art. 37 da lei Maior. Somente com o advento dessa lei e nos termos e condições fixados essa admissão será possível⁷⁴.

Desse modo, pode-se concluir que, aos estrangeiros é assegurado o acesso aos postos do serviço público, de acordo com os critérios estabelecidos em lei ordinária, desde que o desempenho da função não implique no exercício de poder político característico dos agentes políticos⁷⁵.

Com relação aos brasileiros naturalizados, não há qualquer restrição ao acesso aos cargos, empregos e funções públicas, não sendo mais necessária qualquer diferenciação, com exceção dos casos previstos na própria Constituição, como é o caso do § 3º do artigo 12, já citado.

Aliás, a Carta Magna proíbe qualquer diferenciação entre brasileiros natos e naturalizados⁷⁶.

5.3.2 Idade

A idade é um dos requisitos exigidos como presunção de capacidade não somente física como também mental para o adequado desempenho da função pública.

É um dos elementos mais controvertidos entre os requisitos exigidos para o ingresso no serviço público. Como já visto anteriormente, o art. 7º, XXX⁷⁷, da Constituição, proíbe que haja discriminação quanto ao sexo, idade, cor ou estado civil, sendo esta regra estendida aos servidores públicos por força do art. 39, III⁷⁸, da Carta Magna.

Entretanto, ao dispor a parte final do art. 39, §3º, da Constituição que a lei poderá estabelecer os requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do

de Presidente do Senão Federal; IV – de ministro do Supremo Tribunal Federal; V – de carreira diplomática; VI – de oficial das Forças Armadas; VII – de Ministro de Estado e da Defesa”.

⁷⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 8ª ed., 165.

⁷⁵ SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque. *Da Investidura de Servidores Públicos*, p. 172.

⁷⁶ Constituição Federal de 1988: “Art. 12. ... § 2º. A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados salvo os casos previstos nesta Constituição.

⁷⁷ Citado em nota anterior.

⁷⁸ Constituição Federal de 1988: “Art. 39. ... § 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

“cargo” a exigir, pode-se deduzir que essa restrição não se aplica aos empregos públicos, permanecendo os candidatos a empregos públicos gozando dos direitos dispostos no art. 7º, XXX, da Constituição de forma incondicional, como qualquer empregado regido pela CLT⁷⁹.

Assim, pode-se concluir, inicialmente, que a lei ordinária elencada pelo artigo 37, inciso I, da Lei Maior não poderá, conseqüentemente, fixar limites de idade como critério de admissão aos empregos públicos⁸⁰.

Outra questão é a fixação dos limites máximo e mínimo de idade para ingresso nos cargos e funções públicas. Há uma tradição universal em dispor limites mínimos e máximos de idade na legislação brasileira⁸¹, mesmo quando a pessoa ainda estivesse em condições de cumprir os deveres do cargo ou função. Essas limitações gratuitas estão hoje, em princípio, vedadas⁸². Contudo, é lógico que determinadas atribuições necessitam de um acentuado grau de maturidade, enquanto outras exigem um vigor físico mais característico da juventude.

Com relação ao limite mínimo de idade não há maiores problemas, pois a escolha da idade que corresponda à aquisição da capacidade plena, civil⁸³ e penal⁸⁴, dezoito anos de idade, é, sem dúvida, requisito necessário e adequado ao princípio da razoabilidade para o correto desempenho de função pública. A Administração Pública deve ser representada por pessoas sérias, capazes de responder por todos os seus atos nas esferas civil, penal e administrativa.

A idade mínima de 18 anos foi estipulada na lei nº. 8112/90⁸⁵, estatuto federal dos servidores públicos, levando em consideração que somente maior de idade é que poderá se tornar servidor público detentor de cargo. Sobre a idade mínima e o momento de sua exigência, já se manifestou o TRF da 1ª Região:

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 256.

⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 65.

⁸¹ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed. p. 434.

⁸² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 60.

⁸³ Código Civil de 2002: “Art. 5º A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

⁸⁴ Código Penal: “Art. 27 Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

⁸⁵ Lei nº. 8112/90: “Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: ... V – idade mínima de dezoito anos;”

Administrativo. Concurso público. Requisito para a posse em cargo público. Idade mínima. 1. A idade mínima de dezoito anos é requisito para a investidura em cargo público, não podendo ser exigida no momento da inscrição do candidato no certame. 2. 'A habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigida no momento da posse' (STF, RE nº 184.425-6). 3. Remessa oficial improvida (TRF- 1ª Reg., Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, REO nº 2000.40.00.001113-1/ PI, 5ª T., DJ de 12.7.2002, p.158).

Com relação ao limite máximo de idade, deve-se levar em conta que a Constituição Federal prevê a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade para os servidores públicos titulares de cargo efetivo⁸⁶. Então, parece lógico que para o ingresso de servidores em cargos efetivos a idade máxima será de setenta anos.

Assim, como regra geral, além da idade mínima, dezoito anos, deduzida de preceitos constitucionais pertinentes⁸⁷, que corresponde à plena capacidade civil e penal, e da idade máxima, setenta anos, por decorrência lógica do texto constitucional, não pode a lei traçar outros requisitos para o provimento de cargos e funções públicas⁸⁸.

Entretanto, como o próprio nome já diz, regra geral, é passível de ressalvas decorrentes do mesmo texto constitucional. O § 3º do artigo 39 da Constituição faz essa ressalva com relação à possibilidade de estabelecer requisitos diferenciados de admissão no serviço público quando a natureza do cargo assim o exigir. Desse modo não será uma limitação indiscriminada e inespecífica, mas, ao contrário, essencial para o satisfatório desempenho de certas *funções* como consequência natural da idade (*normalmente a imposição de uma idade-teto*)⁸⁹.

Recentemente o STF editou uma Súmula fazendo menção expressa ao art. 7º, XXX, da CF. A Súmula 683 firma o entendimento de que somente a lei pode estabelecer requisito de idade se, e quando, tal requisito for efetivamente pertinente às funções do cargo a ser preenchido. Súmula 683: "O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido".

⁸⁶ Constituição Federal de 1988: "Art. 40. §1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados... II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição".

⁸⁷ Constituição Federal de 1988: "Art. 7º. ... XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed. p.69.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 69.

Em conclusão, nos termos da Constituição Federal, além dos limites gerais, é possível à lei, em sentido estrito, estabelecer limites etários diferenciados, como condição de provimento em determinados cargos e funções, desde sejam indispensáveis para o correto desempenho da função pública, sempre tendo por base o princípio da razoabilidade.

Já no que se refere aos empregos públicos, importante destacar que a lei ordinária elencada pelo artigo 37, inciso I, da Lei Maior não poderá fixar limites etários diferenciados como critério de admissão (em oposição ao que ocorre com os cargos públicos), pois, caso contrário, incidirá na proibição do art. 7º, inciso XXX, da Carta Magna. Desse modo, as idades limítrofes para acesso aos empregos públicos estão, expressa ou implicitamente, previstas no texto constitucional: o limite mínimo para trabalho adulto, dezesseis anos⁹⁰, ou dezoito anos para as funções que envolvam trabalhos noturnos, insalubres ou perigosos, e, como limite máximo, a idade de aposentadoria compulsória prevista na Constituição para os ocupantes de cargos públicos, setenta anos⁹¹, não tendo sentido o ingresso nos empregos públicos após essa faixa etária por decorrência lógica e análoga ao raciocínio feito para a idade-teto dos cargos públicos⁹².

5.3.3 Sexo

Comentários análogos aos que se acabou de fazer cabem em relação a critérios de limitação da acessibilidade estabelecidos em função de sexo.

A regra mais ampla, proibitiva de qualquer discriminação de sexo, é a do art. 5º, inciso I, segundo o qual "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". A interpretação desse dispositivo, juntamente com as disposições do art. 39, § 3º e do art. 7º, XXX⁹³, conduz, novamente, a linha de raciocínio que culmina na conclusão de que cargos e empregos têm tratamento constitucional diferenciado com relação ao requisito sexo, assim como ocorre no requisito idade. Então, não será possível a lei ordinária prevista no art. 37, I, da

⁹⁰ Art. 7º, XXXIII da Constituição Federal, citado logo acima.

⁹¹ Art. 40, § 1º, II da Constituição Federal, citado logo acima.

⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 65.

⁹³ Constituição Federal de 1988: "Art. 7º. ... XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil".

Constituição estabelecer critérios diferenciados de admissão por motivo de sexo em relação aos empregos públicos, porém no que se refere aos cargos públicos, a lei, em sentido estrito, pode outorgar tal discriminação sempre que seja essencial para o correto desempenho de determinada função.

Em algumas hipóteses, fica claro que o fator sexo pode ser imprescindível para o desempenho de certas atividades. Por exemplo, no cargo de guarda de presídio masculino ou de estivador.

Sobre o requisito sexo, leciona Adilson Abreu Dallari:

Somente por meio de lei, em sentido estrito, certos cargos ou empregos públicos podem ser de preenchimento exclusivo por pessoas de determinado sexo, mas desde que haja uma relação de pertinência entre o sexo do servidor (ou servidora) e o específico trabalho a ser por ele (ou ela) desenvolvido. A discriminação desarrazoada de sexo configura inconstitucionalidade⁹⁴.

A avaliação da constitucionalidade de determinada exigência estabelecida deve ser feita em cada caso concreto devido às peculiaridades do mundo fático que podem justificar ou não a adoção do critério.

O STF já julgou nesse sentido:

Concurso Público – Isonomia – Não viola o princípio constitucional da isonomia legislação estadual que, ante a natureza especial das funções e o interesse público, reserve o acesso do cargo de delegado de polícia ao sexo masculino – Precedentes do STF – Recurso Extraordinário conhecido e provido. (STF, Recurso Extraordinário – RE 93122/PROVIMENTO – Paraná – Relator: Min. Moreira Alves – 31.10.1980 – Órgão julgador: 2ª Turma)

Porém, em outros Estados brasileiros não existe tal discriminação, sendo clara a dificuldade de análise dessas questões. Na dúvida, a solução deve ser sempre no sentido da não discriminação, pois a igualdade entre os sexos é um valor constitucionalmente consagrado.

Concluindo, é possível a lei, em sentido formal, estabelecer o requisito sexo para o provimento de determinados cargos, desde que o requisito mostre-se

⁹⁴ MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. p. 103.

indispensável para o correto desempenho da função e adequado ao princípio da razoabilidade. Com relação aos empregos públicos, não é viável à lei adotar o requisito sexo como critério de admissão por força do previsto na Constituição (art. 7º, XXX⁹⁵ e art. 39, § 3º⁹⁶).

⁹⁵ Citado acima

⁹⁶ Constituição Federal de 1988: "Art. 39. ... § 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir".

6. DO CONCURSO PÚBLICO

Concurso público pode ser conceituado como o modo de seleção de servidores públicos pelo qual, através de um certame competitivo para a apuração de aptidões, experiências e conhecimentos, escolhe-se dentre os candidatos, aqueles que obtiverem o melhor desempenho, segundo critérios previamente estabelecidos⁹⁷. Em outras palavras, é o procedimento posto à disposição da Administração Pública direta e indireta, autárquica e fundacional pública de qualquer nível de governo para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob suas respectivas responsabilidades⁹⁸. É diferente de um procedimento de simples habilitação porque, neste, todos os que lograrem ultrapassar um certo mínimo são considerados aptos ou habilitados, como é o procedimento de concessão da Carteira Nacional de Habilitação de motorista, por exemplo. No concurso público há competição e os cargos são disputados pelos próprios candidatos.

Mesmo não existindo um sistema totalmente perfeito, que suprima o favoritismo e as interferências político-eleitoreiras, o concurso aparece como a melhor opção para a escolha de servidores públicos.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “pelo concurso afastam-se, pois, os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que alcançam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos⁹⁹”.

O concurso público é melhor meio de concretização dos princípios da Administração Pública, quais sejam: o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência e da supremacia do interesse público. Princípios que informam a Administração Pública e norteiam todos os atos administrativos.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed. p.69.

⁹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 8ª ed., p. 167.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed.

6.1 A aprovação Prévia em Concurso Público como Regra Geral para o Provimento de Cargos e Empregos Públicos

Estabelece o caput do art. 37 da Constituição Federal que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte, onde se encontra prescrito no inc. II que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos.

Então a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público, como regra geral para a investidura em cargos e empregos públicos decorre de expressa disposição constitucional¹⁰⁰.

O concursando deve demonstrar suficiência, estar entre os classificados e em correspondência com as vagas abertas. De sorte que, pode-se afirmar, face à natureza efetiva dos cargos e a natureza permanente dos empregos públicos, que sua titularização somente pode recair em alguém previamente aprovado e classificado no limite de vagas oferecidas em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Qualquer forma de investidura em desacordo com as disposições anteriores será inconstitucional, com exceção das ressalvas previstas na própria Carta Magna.

Assim, não apenas a investidura em cargos, mas também em empregos públicos exige prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, pois os empregos públicos, embora sujeitos as disposições da legislação trabalhista, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para investidura¹⁰¹.

¹⁰⁰ Constituição Federal de 1988: "Art. 37. ... II – a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo e emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações pra cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed, p. 434.

3.2 Abrangência da Imposição de Concurso na Constituição

O campo de exigência de realização de concurso público é bem amplo, sendo obrigatório para a seleção dos servidores da Administração Pública direta e indireta, dada a abrangência do *caput* do art. 37 da Constituição¹⁰². Estão, portanto, genericamente obrigadas a realizar concurso de ingresso de pessoal no serviço público as entidades que compõem a Administração Pública direta, ou seja, os Poderes legislativo, Executivo e judiciário e os Tribunais de Contas em todos os níveis de governo, ou seja, federal, estadual, distrital ou municipal¹⁰³.

A isso também estão obrigadas as entidades que integram a Administração Pública indireta, isto é, as autarquias, as fundações, públicas e privadas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, inclusive as exploradoras de atividade econômica, conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ante o teor do art. 37, "caput", evidencia-se com luminosa clareza, que também empresas públicas, sociedades de economia mista e mesmo as fundações governamentais de direito privado estão sujeitas à realização de concurso público para a admissão de pessoal. Seria errôneo presumir que tal imposição não as colhe porque o inciso II do art. 37 serviu-se da expressão "cargo" ou "emprego público" ou porque deixou de nominá-las de modo expresso, ao contrário do que ocorreu no inciso XVII, onde a vedação de acumular foi expressamente reportada a empregos ou funções nestas pessoas. Igualmente seria errôneo supor que o alcance do princípio do concurso público não atinge algumas dentre as empresas estatais: as exploradoras de atividade econômica, referidas no art. 173, dado o fato de que o parágrafo 1º deste preceptivo as declara sujeitas ao regime próprio das empresas privadas inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias¹⁰⁴.

Apesar de comportar exceções, de maneira geral, as entidades da Administração Pública indireta estão obrigadas à realização de concurso público para a admissão de pessoal por força do princípio da isonomia, o qual se irradia sobre todos os dispositivos constitucionais, surgindo no capítulo da Administração Pública sob a roupagem de princípio da impessoalidade.

¹⁰² Transcrito em nota anterior.

¹⁰³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 8ª ed., p. 168.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed. p.53.

A impessoalidade estaria ameaçada caso os dirigentes de tais entidades pudessem admitir e dispensar empregados do mesmo modo que ocorre na seara privada, sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁰⁵.

Nesse tema, Adilson Abreu Dallari afirma:

Em resumo, todo brasileiro tem constitucionalmente assegurado o direito de, por qualquer forma, participar da administração pública, direta ou indiretamente, mesmo quando ela se apresenta com uma roupagem de pessoa jurídica de direito privado.

Para que se tenha uma idéia da importância do tema, basta dizer que ele figura no texto da Declaração Universal dos direitos humanos, aprovada pela Assembléia Geral das nações Unidas em 10.12.1948, com o seguinte enunciado: 'cada indivíduo tem o direito de ingresso, sob condições iguais, no serviço de seu país'¹⁰⁶.

Destarte, é certo que os princípios da acessibilidade e do concurso público para preenchimento de cargos, empregos e funções aplica-se tanto à administração direta quanto à administração indireta e fundacional. A consequência da inobservância desses preceitos é a nulidade do ato de provimento e a punição da autoridade responsável, conforme estatui o § 2º do artigo 37 da Constituição Federal¹⁰⁷.

6.3 Acesso às Funções Públicas

O inciso I, do artigo 37, da Carta Magna¹⁰⁸, que trata do acesso aos postos de serviço público, menciona, ao lado de cargos e empregos, funções públicas, mas o inciso II, do mesmo artigo¹⁰⁹, que trata da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como pressuposto de ingresso nos serviço público, não se refere a funções, apenas a cargos e empregos públicos.

A primeira vista, pelo fato do inciso II, do artigo 37, da Constituição, não ter mencionado funções públicas, ao lado de cargos e empregos públicos, poderia

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. Cit., p. 56.

¹⁰⁶ MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

¹⁰⁷ Constituição Federal de 1988: "Art. 37. ... § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei".

¹⁰⁸ Constituição Federal de 1988: "Art. 37. ... I – os cargos empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;"

¹⁰⁹ citado acima.

parecer que as pessoas investidas em funções públicas não correspondentes a cargo ou emprego público estariam dispensadas do cumprimento da condição de anterior êxito em concurso público. Esse é entendimento de José Afonso da Silva, o qual comentando esse preceito diz, “Deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para a admissão às funções (autônomas) referidas no art. 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões a funções autônomas sempre foram fonte de apadrinhamento, de abusos e de injustiças aos concursados”¹¹⁰.

Discordando do eminente jurista, cremos que o legislador constitucional agiu de forma correta, pois entendemos que função, em paralelo a cargo e emprego só existirá em duas situações: uma é o conjunto de atribuições sem qualquer vinculação a cargo ou emprego, como ocorre na contratação por prazo determinado, na qual não se exige concurso público porque a urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; outra é a função de confiança, cuja titularização somente pode recair, nos termos do inciso V, do art. 37¹¹¹, em ocupantes de cargo de provimento efetivo ou de provimento em comissão, ou seja, servidores já efetivos, onde o concurso também é incompatível¹¹². Então, apesar de existir função sem cargo ou emprego, não pode haver função autônoma cujo provimento estaria dispensado de concurso público¹¹³.

Assim, fica explicada a razão de ter o constituinte, no artigo 37, II, exigido concurso público só para a investidura em cargo ou emprego público. O exercício de função prescinde de prévia aprovação em concurso público, porque aqueles que a exercem ou são servidores efetivos ou são contratados por prazo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público¹¹⁴. Sendo assim, o Constituinte de 1988 não cometeu nenhum pecadilho ao não mencionar no inciso II do art. 37 a expressão função ao lado dos vocábulos cargos e empregos públicos.

Desse modo, pode-se concluir que as expressões cargo e emprego, constantes do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, abrangem todos os

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª ed., p. 659.

¹¹¹ Constituição Federal de 1988: “Art. 37. ... V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 441.

¹¹³ MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. p. 18.

¹¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, 2ª ed., p. 135.

postos de serviço público. Não existe a possibilidade de ingresso em caráter permanente em função pública desgarrada de cargo ou emprego, pois as funções públicas são exercidas por quem já é servidor efetivo ou no caso de contratação por tempo determinado, a qual tem caráter transitório, como o próprio nome já indica, e excepcional¹¹⁵.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 439.

7. INEXIGIBILIDADE DE CONCURSO PÚBLICO

A regra geral para investidura em cargo ou emprego público na Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é a prévia aprovação em concurso público de provas e provas e títulos, conforme a redação do art. 37, *caput* e inciso II da Constituição federal.

Dada a linguagem cogente do inciso II, do artigo 37, da Carta Magna, disciplinando que o ingresso em cargo ou emprego público depende de anterior êxito em concurso público, não podem ser aceitas exceções não previstas na Lei Maior, sob pena de não conferir efetividade ao preceito, pois segundo o princípio da máxima efetividade, deve ser conferido à norma constitucional o sentido que lhe dê mais eficácia.¹¹⁶

Portanto, somente são admitidas como exceções à norma da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura em cargos e empregos públicos, as constantes do próprio texto constitucional.

Expressamente previstas no texto constitucional, têm-se as seguintes exceções em que o provimento prescinde de concurso: os cargos em comissão¹¹⁷, os cargos de Ministros do tribunal de Contas da União (artigo 73, § 2)¹¹⁸, de membros dos Tribunais Judiciários oriundos do Ministério Público e da Advocacia (artigo 94)¹¹⁹, Ministros dos Tribunais Superiores (artigos 101, 104, 111-A, 115, 119 e 123)¹²⁰, membros dos Tribunais Regionais Eleitorais (artigo 120, § 1º, III)¹²¹ e os

¹¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., p. 99-100.

¹¹⁷ Art. 37, II, Constituição Federal. Citado acima.

¹¹⁸ Constituição Federal de 1988: "Art 73.(...) § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas serão escolhidos: I – um terço pelo Presidente da república... II – dois terços pelo Congresso Nacional".

¹¹⁹ Constituição Federal de 1988: "Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público ... e de advogados ... indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes".

¹²⁰ Constituição Federal de 1988: "Art. 101. O Supremo Tribunal federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da república... Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da república... Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros (...), nomeados pelo presidente da república ... Art. 115. Os tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes ... e nomeados pelo Presidente da República... Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos: I- mediante eleição, pelo voto secreto: a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de

cargos ou empregos de ex-combatentes que tenham participado de operações bélicas durante a 2ª Guerra mundial¹²².

Além dessas, há outras duas hipóteses de dispensa de concurso implicitamente previstas no texto constitucional: a contratação de pessoal por prazo determinado¹²³ e a hipótese na qual a imposição de concurso público inviabilizaria a normal atuação das empresas estatais exploradoras de atividade econômica¹²⁴.

Cabem maiores explicações sobre essas duas hipóteses implícitas na Constituição e sobre o provimento dos cargos em comissão.

7.1 Os Cargos em Comissão

Como já dito, os cargos públicos podem ser efetivos ou em comissão.

Os cargos em comissão são de livre provimento e exoneração, prescindindo, pois, da norma que estabelece a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público como requisito para a investidura no serviço público, conforme a redação do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal¹²⁵.

Entretanto, a liberdade de admissão não é absoluta, devendo sempre ser balizada pelos princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*)¹²⁶, aplicáveis a todas as relações da administração pública com seus servidores,

Justiça; II – por nomeação do Presidente da república, dois juizes dentre seis advogados de notável saber jurídico ... Art. 123. O Superior tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios nomeados pelo Presidente da república..., todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. § único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da república dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: I – três dentre advogados... II – dois, por escolha paritária, dentre juizes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

¹²¹ Constituição Federal de 1988: "Art. 120. ... § 1º ... III- por nomeação, pelo Presidente da república, de dois juizes dentre seis advogados de notável saber jurídico ...

¹²² Constituição Federal de 1988: "Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participada de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da lei nº 5315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos: I – aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade;

¹²³ Constituição Federal de 1988: "Art. 37. ... IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 257.

¹²⁵ Transcrito em nota anterior.

¹²⁶ Constituição Federal de 1988: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

inclusive com aqueles providos em cargos em comissão¹²⁷. Sobre a característica da livre admissão dos cargos em comissão, Romeu Felipe Bacellar Filho expõe:

Entenda-se a expressão "livre admissão" com temperamentos. Por óbvio, só poderá ser nomeada para o exercício de um cargo em comissão a pessoa que cumprir os requisitos legais de idade, bons antecedentes, boa saúde e aptidão para o desempenho do cargo se este exigir alguma peculiaridade técnica ou científica. Em algumas oportunidades a lei fixa alguma condição, como, por exemplo, a necessidade de diploma em curso superior¹²⁸.

Além disso, não é qualquer cargo que pode ser provido em comissão. Quando o texto constitucional expressa "declarado em lei de livre provimento e livre nomeação", está a pressupor a existência de necessidade administrativa de tal cargo.

Nesse sentido, CAMMAROSANO¹²⁹, citado por BASTOS (1992, p. 73), arremata:

Com efeito, verifica-se desde logo que a Constituição, ao admitir que o legislador ordinário crie cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, o faz com a finalidade de propiciar ao chefe do governo o seu real controle, mediante concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a essa ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aquelas que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam-se exigir deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior.

Então não é possível a criação de cargos em comissão sem que estejam presentes as razões que justificam tal regime. A real necessidade de um cargo em comissão poderia ser auferida judicialmente. O Poder Judiciário poderia verificar se o cargo é de molde a ser provido em comissão ou se poderia pertencer ao quadro de cargos de carreira¹³⁰. Corroborando com essa opinião, Celso Ribeiro Bastos afirma:

¹²⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. p. 579.

¹²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, 2ª ed., p. 136.

¹²⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1984, p. 95.

¹³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. p. 577.

Há que se recriminar de forma veemente aquelas hipóteses em que cargo em comissão é constituído como burla ao preceito constitucional da exigência de concurso público. Esses abusos, ainda que praticados pelo legislador, em nosso entender, são controláveis pelo Poder Judiciário. Se a Constituição referiu-se a cargos e comissão, da sua natureza extrai-se um conteúdo mínimo que não pode deixar de ser exigido. O legislador que o faça estará agredindo a Lei Maior costeando seus limites, agindo, enfim, sem competência. É matéria, portanto, do controle de constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, da alçada do Poder Judiciário.

Infelizmente, essa válvula de fuga ao concurso público tem se prestado a abusos por parte dos governantes. É preciso cuidado muito grande para se saber o real limite da possibilidade legal de criar cargos em comissão.

Outra característica dos cargos em comissão é a sua transitoriedade. Os ocupantes desses cargos não estão vocacionados a permanecer eternamente, mas sim enquanto perdurar a relação de confiança com aquele que o nomeou para o cargo¹³¹.

Ainda sobre os cargos em comissão, o art. 37, V, da Constituição Federal estatui que, "as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos e comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento". O inciso em comento é fonte de divergência doutrinária. Alguns opinam que o preenchimento de cargos em comissão pelos ocupantes de cargos de carreira é mera recomendação¹³², enquanto que outros afirmam que é mais que uma recomendação, pois as disposições constitucionais devem ser aplicadas no limite máximo de sua eficácia¹³³.

7.2 Contratação por Prazo Determinado

O art. 37, IX, da Constituição, prevê que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

Trata-se de uma hipótese de admissão no serviço público sem concurso, com base em contrato, dada a anomalia da situação. Ocorre em circunstâncias

¹³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, 2ª ed., p 136.

¹³² Como, por exemplo, Adílson Abreu Dallari.

¹³³ A exemplo de Celso Ribeiro Bastos e Lúcia Valle Figueiredo.

incomuns. cujo atendimento requer o incremento de pessoal do serviço público em caráter temporário e imediato¹³⁴.

O dispositivo em apreço contempla situações que não justificam a criação de cargo ou emprego, motivo pelo qual não haveria de se cogitar a realização de concurso público, sendo suficiente apenas o desempenho de uma função transitória¹³⁵.

Em tal hipótese, se está diante de investiduras provisórias, movidas por circunstâncias excepcionais, emergenciais, cuja natureza é incompatível com a demora do concurso público, não havendo tempo hábil para a realização desse procedimento¹³⁶.

A lei mencionada no inciso em questão é de cada entidade contratadora, podendo ser federal, estadual, do Distrito federal ou municipal, de acordo com as regras de competência¹³⁷. Assim, a lei deverá indicar quais são as espécies de situações incomuns que autorizam a contratação temporária sem concurso público.

No âmbito federal a contratação por tempo determinado está regulada pela Lei 8745/93, a qual exemplifica as hipóteses consideradas como necessidade temporária de excepcional interesse público, além de prever que o recrutamento de pessoal a ser contratado será feito através de processo seletivo simplificado, prescindindo de concurso público.

7.3 Entidades Estatais Exploradoras de Atividade Econômica

Apesar da regra geral que as entidades da Administração Pública indireta estão obrigadas à realização de concurso público para a admissão de pessoal¹³⁸, há exceções.

Uma das exceções é a constante do art. 173, § 1º, II, da Constituição¹³⁹. De acordo com esse dispositivo, a lei estabelecerá o estatuto das entidades estatais

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed. p.80.

¹³⁵ Id.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed, p. 439.

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª ed., p. 661.

¹³⁸ item 6.2.

¹³⁹ Constituição Federal de 1988: "Art. 173. ... § 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade

exploradoras de atividade econômica, dispondo sobre sua “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

É um equívoco pensar que, perante a redação do artigo supra citado, as entidades exploradoras de atividade econômica estariam totalmente liberadas dos princípios constitucionais de acessibilidade e concurso público. Ocorre que, em determinadas situações, justifica-se a entidade prescindir desses princípios, em caráter excepcional. Quais são essas hipóteses? Basicamente duas, a saber: quando a adoção de concurso público tolheria a possibilidade de atraírem e captarem profissionais especializados que o mercado absorve com grande rapidez ou nos em que a contratação direta de pessoal é imprescindível para o normal desenvolvimento de suas atividades¹⁴⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece essas possibilidades através de exemplos:

É o que se sucederá, ‘*exempli gratia*’, na contratação de profissional especializado, de qualificação diferenciada, que interesse à empresa. Seus préstimos não poderiam, correntemente, ser obtidos pela via de concursos públicos, ante o normal desinteresse que teriam em disputá-los, pois o mercado os captura desde logo, se que tenham que se submeter a certames do gênero. Além disso, situações de emergência, como por exemplo inesperada necessidade de ampliação imediata de quadros para o incremento de linha de produção, suscitada por vicissitudes repentinas do mercado, etc, também poderão justificar a contratação singela¹⁴¹.

Portanto, trata-se de uma questão de adequação das normas constitucionais. No caso há a regra geral, sujeição aos princípios da acessibilidade e do concurso público e a exceção, situações excepcionais em que é possível prescindir da atuação desses princípios em virtude da natureza da atividade desenvolvida pela entidade estatal.

econômica ... dispondo sobre: ... II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 259.

¹⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed. p.59.

3. PROVIMENTO NA LEI 8112/90

Provimento é o ingresso no serviço público que ocorre por um procedimento administrativo, cujo objeto é a investidura em cargo, emprego ou função¹⁴².

O provimento em cargo é uma espécie do gênero *provimento* que comporta outra espécie, o provimento contratual, o qual pode ocorrer em emprego público. O provimento pode ser em cargo efetivo (funcionários públicos) ou em cargo em comissão.

No âmbito federal, proposta deste trabalho, o provimento em cargo público é regulado pela lei nº 8112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores Públicos civis da União. Em seu artigo 8º, a referida lei relaciona as seguintes formas de provimento em cargo: nomeação, promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução. Trata-se de um elenco taxativo, exaustivo, rol que não admite outras hipóteses nem quaisquer ampliações. Para melhor explicação, dividem-se as formas de provimento em dois tipos: originário e derivado.

8.1 Provimento Originário

O provimento originário ocorre com o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o exercício de um cargo ou de um emprego. É o vínculo inicial entre o agente e o cargo ou emprego que ocupará na Administração Pública. O provimento originário não tem qualquer relação com a anterior situação do provido.

A nomeação ou admissão é a única forma de provimento originário.

8.1.1 Nomeação

A nomeação é o ato que se dá quando um servidor surge, isto é, quando ele ingressa no serviço público, podendo ser efetiva, para cargo efetivo ou em comissão, para os cargos de confiança de livre exoneração. Pela nomeação o cidadão ingressa

¹⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. p. 297.

no serviço público ativo: esse é o ato, por excelência, que o entroniza no quadro do pessoal do serviço público federal, no caso¹⁴³.

Não basta a nomeação para que se aperfeiçoe a relação entre o Estado e o nomeado. É necessária a *posse* que é a manifesta aceitação, pelo nomeado, dos ônus e encargos da função. Com a posse ocorre a chamada “investidura” do servidor.

Após a posse, o servidor dispõe de um prazo para *entrar em exercício*, isto é, para colocar-se a disposição da repartição em que vai desempenhar as suas funções.

O Estatuto federal dispõe sobre a nomeação nos artigos 9º e 10º, distinguindo suas modalidades.

8.2 Provimento Derivado

Os provimentos derivados são aqueles que pressupõem o fato do servidor já haver tido algum vínculo anterior com cargo público. Em se tratando de empregos públicos, havendo previsão de quadro funcional com carreiras, as ascensões funcionais também devem ser entendidos como provimentos derivados.

8.2.1 Promoção

É o provimento derivado que eleva o servidor para cargo de nível mais alto dentro da própria carreira.

Sobre a promoção, bem explica Ivan Barbosa Rigolin: “Promoção significa subida, desenvolvimento, progressão, e não pode existir tecnicamente promoção se não existir, previamente instituída pela lei, a carreira que a permita. Promoção fora da carreira tem o mesmo sentido de um trem fora dos trilhos; os trilhos, ou a carreira,

¹⁴³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*, 4ªed. p. 33.

são condição indispensável à configuração do instituto: a passagem de um grau de carreira para outro superior, dentro da mesma carreira, é o que caracteriza”¹⁴⁴.

A promoção está elencada no artigo 8º, inciso II, da lei 8112/90, mas seu tratamento não se encontra nem mesmo definido. Há apenas uma menção no parágrafo único do artigo 10 à futura regulamentação do instituto¹⁴⁵.

8.2.2 Readaptação

É forma de provimento derivado de aplicação restrita, pela qual o servidor passa a ocupar cargo ou função mais compatível com sua superveniente limitação de capacidade física ou mental, apurada em inspeção médica¹⁴⁶.

As conquistas da Medicina e da Psicologia tornaram, hoje em dia, possível a aplicação desse instituto. É recomendável sua aplicação naquelas situações de incapacitação que seriam insuficientes para motivar a aposentadoria ou sucessivas concessões de licença para tratamento.

É uma modalidade de provimento derivado ainda considerada constitucional de acordo com a interpretação do artigo 37, inciso VIII da Constituição¹⁴⁷, o qual autoriza o legislador estabelecer critérios excepcionais de admissão.

Na readaptação o servidor não ascende e nem é rebaixado de sua posição funcional. O STJ já se manifestou sobre esse tema:

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Readaptação. Aproveitamento. Pressupostos. – O instituto da readaptação funcional, previsto para o caso de incapacitação física do servidor público para o exercício das funções do cargo, e equivalente ao aproveitamento e, portanto, deve ser efetuado em cargo da mesma linha horizontal e do mesmo padrão de vencimentos. – Recurso ordinário desprovido (STJ, Rel. Min. Vicente Leal, ROMS nº 2.102/PA, 6ª T., DJ de 5.8.1996, p. 26.414).

A readaptação está definida no *caput* artigo 24 da lei 8112/90¹⁴⁸.

¹⁴⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*, 4ªed. p. 34.

¹⁴⁵ Lei 8112/90: “Art. 10. ... § único – ... o desenvolvimento do servidor na carreira, mediante promoção, serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira da Administração Pública Federal e seus regulamentos”.

¹⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 282.

¹⁴⁷ Constituição Federal de 1988: “Art. 37. ...VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

8.2.3 Reversão

É mais uma forma de provimento derivado de cargo público. Consiste no retorno do aposentado ao serviço ativo por não subsistirem, ou não mais subsistirem, as razões que lhe determinaram a aposentadoria, ou seja, nos casos de erro na avaliação médica ou de invalidez temporária¹⁴⁸.

O Estatuto Federal dispõe sobre o instituto da reversão nos artigos 25 a 27 da lei 8112/90.

A Administração Pública deve possibilitar o retorno ao serviço ativo do aposentado por tempo de serviço desde que haja vaga disponível e a necessidade da respectiva prestação de serviço (desde que o interesse público esteja presente). O servidor querendo retornar ao trabalho, nada mais justo que seja atendido se isso for conveniente para a Administração Pública.

Importante observar que, cessada a causa que motivou a aposentadoria por invalidez, o servidor tem direito à reversão. O STJ já decidiu nesse sentido:

Recurso especial. Administrativo. Servidor. Aposentadoria por invalidez. Cessação da causa. Patrulheiro rodoviário federal. Reversão. Redistribuição. Inocorrência de extinção do cargo. Violação não caracterizada. Cessada a causa que originou a aposentadoria por invalidez, tem o direito o servidor à reversão – art. 26 da Lei nº 8112/90. O cargo por ele ocupado, Policial Rodoviário federal, não foi extinto, tendo sido desvinculado do DNER e vinculado ao Ministério da Justiça, não deixando de fazer juá o servidor ao instituto da reversão. Precedente. Recurso desprovido (STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, RESP nº 195.380/CE, 5ª T., DJ de 11.6.2001,p. 251).

¹⁴⁸ Lei 8112/90: “Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica”.

¹⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 282.

8.2.4 Aproveitamento

Consiste no retorno do servidor estável, que estava em disponibilidade, em cargo de natureza e nível de remuneração compatíveis com o anteriormente ocupado¹⁵⁰.

Disponibilidade é o ato pelo qual o Poder público transfere para a inatividade remunerada servidor estável cujo cargo venha a ser extinto ou ocupado por outrem em decorrência de reintegração.

O aproveitamento é considerado um direito do servidor em disponibilidade, com prioridade sobre as demais formas de provimento quando se tratar de preenchimento de cargo vago.

O instituto do aproveitamento tem previsão constitucional. O § 3º do artigo 41 da Constituição dispõe acerca da disponibilidade¹⁵¹.

8.2.5 Reintegração

Sobre a reintegração, expõe Celso Antonio Bandeira de Mello: "é o retorno do servidor ilegalmente desligado de seu cargo ao mesmo, que dantes ocupava, ou, não sendo possível, ao seu sucedâneo ou equivalente, com integral reparação dos prejuízos que lhe advieram do ato injurídico que o atingira. Tal reconhecimento tanto pode vir de decisão administrativa como judicial¹⁵²".

A reintegração pode restabelecer a relação de serviço acaso interrompida ou desfeita entre o Estado e o funcionário, com o pagamento dos direitos e vantagens suprimidos. O § 2º do artigo 41 da Constituição foi alterado pela EC nº 19/98 e determina a reintegração do servidor quando for invalidade por sentença judicial a

¹⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. p. 302.

¹⁵¹ Constituição Federal de 1988: "Art. 41. ... § 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará a disposição do Poder Público, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo".

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., p. 283.

demissão do servidor estável. devendo o eventual ocupante da vaga ser reconduzido para outro cargo.

Sobre determinação de reintegração, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Ao reconhecer-se, em ato declarativo de nulidade, a invalidade do ato de demissão, seguir-se-á, logicamente, a abertura *ex officio* do processo de reintegração, como um ato complementar, o que significa que operará *ex tunc*, retroagindo à data de demissão anulada, assegurando todos os direitos relativamente ao tempo em que o reintegrado esteve ilegalmente afastado. A peremptoriedade da letra constitucional, determinando que "invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado" (art.41, § 2º) não deixa margem à exigência de uma obrigatória provocação por parte do servidor, pois o ato de reintegração não é receptício, tal como o de nomeação, embora a posse derivada, tanto quanto a originária, o seja¹⁵³.

Nesse sentido expõe a jurisprudência do STJ:

Processo Civil. Reclamação. Servidor(a) Pública. MRE. Oficial de Chancelaria. Recurso especial provido. Nulidade do ato de remoção decretada pelo Judiciário. Efeito *ex tunc*. Reintegração. Pedido procedente. 1. Decretada a nulidade, pelo Poder Judiciário, da Portaria de Remoção de servidora, por ausência de motivação, todos os atos administrativos subsequentes, inclusive o Processo Administrativo, são nulos e, em consequência, inexistentes, porquanto eivados de vícios de nulidade desde o nascedouro, não podendo a autoridade reclamada falar em abandono de cargo, devido a ausência do *animus abandonandi* e já que estamos diante de uma invalidação judicial do ato, por vício insanável. Registro que a questão estava *sub judice*, não sendo permitido à autoridade administrativa discutir a possibilidade de executoriedade ou não do julgado proferido por este Colegiado Superior de Justiça. 2. Ademais, deve-se se reintegrar a reclamante no mesmo cargo, função e lotação que exercia em 1994 (Viena – Áustria), estabelecendo o *status quo ante*, haja vista que os efeitos da decretação de nulidade do ato administrativo se operam *ex tunc*, ou seja, retroagem as suas origens. 3. Reclamação procedente, determinando à autoridade reclamada o imediato cumprimento do decidido do julgamento do Resp. nº 258.949/DF, restaurando o *status quo ante* da reclamante, reintegrando-a como explanado no voto (STJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, RCL nº 1.351/DF, 3ª S., DJ de 23.6.2003, p. 234).

8.2.6 Recondução

É o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado em virtude de ter sido inabilitado no estágio probatório relativo a outro cargo ou de ter sido retirado de seu cargo para reintegração do anterior ocupante¹⁵⁴.

¹⁵³ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. p. 302.

¹⁵⁴ Ibid., p. 303.

A recondução possibilita que o servidor estável não seja prejudicado por eventos futuros e imprevisíveis, tais como reintegração de servidor demitido ou inabilitação em estágio probatório. Tem caráter de garantia para o servidor estável.

O artigo 29 da lei 8112/90 trata do instituto da recondução.

Estando vago o cargo anteriormente ocupado o servidor será reconduzido à antiga função, caso contrário deverá ser aproveitado em outro cargo, conforme dispõe o artigo 30 da lei 8112/90¹⁵⁵.

Sobre a recondução, manifesta-se a jurisprudência do STF:

Constitucional. Administrativo. Servidor Público estável. Estágio Probatório. Lei nº 8112, de 1990, art. 20, § 2º. I. Polícia Rodoviária Federal, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado Escrivão de Polícia Federal. Durante o estágio probatório neste último cargo, requer sua recondução ao cargo anterior. Possibilidade, na forma do disposto no art. 20, § 2º, da Lei 8112/90. É que enquanto não confirmado no estágio no novo cargo, não será extinta a situação anterior. II. Precedentes do STF, MS nº 22.933-DF, Ministro O. Gallotti, Plenário, 26.6.1998, DJ de 13.11.1998. III. Mandado de Segurança deferido (STF, Rel. Min. Carlos Velloso, MS nº 23.577/DF, Plenário, DJ de 14.6.2002).

¹⁵⁵ Lei 8112/90: "Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anterior mente ocupado".

9. CONCLUSÕES

O provimento dos postos de serviço público possui peculiaridades não existentes no setor privado. A maior delas é a ausência de liberdade do administrador público de escolher quem irá ocupar cargos e empregos públicos.

Os ocupantes dos postos de serviço público são os servidores públicos que constituem uma espécie do gênero agentes públicos. A categoria dos servidores públicos é formada por pessoas físicas que mantêm com o Poder Público uma relação de trabalho de natureza profissional e não eventual sob o vínculo de dependência.

A garantia de acessibilidade ao serviço público é um direito fundamental do cidadão. Todo brasileiro interessado tem constitucionalmente assegurado o direito de pleitear uma vaga no quadro de pessoal da Administração Pública.

Porém, é evidente que nem todos os interessados em ingressar nos postos de serviço público podem ter suas pretensões satisfeitas. Assim, foi necessário criar um instrumento que permitisse a seleção dos indivíduos mais qualificados a desempenhar as funções públicas e que, ao mesmo tempo, consagra-se o princípio da isonomia, postulado básico do regime republicano.

É nessa conjuntura que o concurso público surge no ordenamento jurídico brasileiro como meio de garantir a igualdade de oportunidades para aqueles interessados em participar da Administração Pública. Inicialmente era obrigatório apenas para a primeira investidura, conforme a Constituição Federal de 1967, sendo, após, obrigatório para todo tipo de investidura de acordo com a Carta Magna atual.

O certame público e impessoal é o instrumento técnico capaz de concretizar os princípios que orientam a Administração Pública em todos os níveis e em toda a sua extensão, quais sejam: o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência e da supremacia do interesse público.

Desse modo, pela vigente ordem constitucional, o concurso público é regra geral para o acesso a cargos e empregos públicos, somente sendo admitidas às exceções constantes, expressa ou implicitamente, no próprio texto constitucional. O provimento dos cargos em comissão, a contratação de pessoal por prazo determinado e a hipótese em que a imposição de certame público inviabilizaria a

normal atuação das empresas estatais exploradoras de atividade econômica são exemplos de exceções à regra da obrigatoriedade de realização de concurso público previstas na Constituição Federal de 1988.

infelizmente essas hipóteses de exceção à regra geral de realização de concurso público tem se prestado a abusos por parte dos governantes, principalmente o excesso de criação de cargos em comissão.

Além do concurso público, a Lei Maior autoriza que o legislador infraconstitucional estabeleça outros requisitos para o acesso aos postos do serviço público, desde que sejam indispensáveis para o correto desempenho das atividades inerentes à “função pública” e, além disso, tenham sido fixados por lei, em sentido estrito. Entretanto, não é qualquer exigência que pode ser estabelecida por lei, devendo sempre haver um nexo de causalidade, guiado pelo princípio da razoabilidade, entre o elemento discriminador e a natureza das atribuições a serem exercidas. Os requisitos nacionalidade, idade e sexo são exemplos da possibilidade do estabelecimento de exigências por lei.

Importante destacar que Constituição Federal de 1988 elegeu os princípios da acessibilidade e do concurso público como normas gerais a ser seguidas, havendo limites constitucionais implícitos, balizados pela razoabilidade, às exceções. Deve ser respeitado o explícito desejo do legislador constituinte em preencher os quadros de pessoal da Administração Pública com servidores de carreira. A profissionalização e o aperfeiçoamento desses servidores públicos reverterá em benefício do próprio Estado, através da melhoria no desempenho de suas atividades no seio da Administração Pública.

Por fim, o concurso público representa ainda a melhor forma de recrutamento de pessoal para os quadros da Administração Pública, não havendo outro instrumento de seleção tão eficaz e democrático capaz de atender os princípios constitucionais vigentes. A Carta Magna determinou que inobservância aos princípios da acessibilidade e do concurso público implicará em nulidade do ato e punição da autoridade responsável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. _ (Coleção curso & concurso / coordenador Edilson Mougnot Bonfim).

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III. São Paulo:Saraiva, 1992.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUSQUETS, Cristina Del Pilar Pinheiro; MARTINS, Maria Beatriz Prata Rodrigues Borges de Magalhães. *Admissão de Pessoal nas Empresas Públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Lei nº 8112/90 interpretada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed. rev. atualizada e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

____ *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

____ *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed. at. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo. *Curso de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: ED. Forense, 2003.

MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1992.

SANTOS, Alvacir Corrêa. *Contratação Temporária na Administração Pública*. Curitiba: Ed. Gênese, 1996.

SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque. *Da Investidura de Servidores Públicos*. 422f. Dissertação. Mestrado em Direito do Estado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade federal do Paraná, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.