MÁRIO SÉRGIO DE ALBUQUERQUE SCHIRMER

DA INVESTIDURA DE SERVIDORES PÚBLICOS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-graduação em Direito, área de concentração em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná.

Mestrando: Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer.

Orientador: Professor Romeu Felipe Bacelar Filho.

Curitiba, 2001.

TERMO DE APROVAÇÃO

MÁRIO SÉRGIO DE ALBUQUERQUE SCHIRMER

DA INVESTIDURA DE SERVIDORES PÚBLICOS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, área de concentração em Direito do Estado, pela Banca de Exame formada pelos Professores:

Orientador

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Prof. Dr. Juarez Freitas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

PARTE 1: NOÇÕES GERAIS

CAPÍTULO 1. AGENTES PÚBLICOS E SUAS ESPÉCIES

1. Agentes públicos
2. Agentes políticos
3. Servidores públicos
    - 3.1. Funcionários públicos
    - 3.2. Contratados por prazo determinado
    - 3.3. Empregados públicos
4. Particulares em colaboração com o Estado
    - 4.1. Agentes honoríficos
    - 4.2. Agentes delegados
    - 4.3. Agentes credenciados
    - 4.4.Gestores de Negócios

CAPÍTULO 2. SISTEMAS DE ESCOLHA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

5. Venalidade
6. Hereditariedade
7. Arrendamento
8. Livre escolha absoluta
9. Evolução dos sistemas
10. Sorteio
11. Eleição
12. *Spoil System*
13. Concurso
14. Livre escolha relativa
15. Acesso igualitário

CAPÍTULO 3. EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE INVESTIDURA DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL

16. Período das Constituições de 1824 e 1891
17. Período da Constituição de 1934
18. Período da Constituição de 1937
19. Período da Constituição de 1946
20. Período das Constituições 1967 e 1969
21. Normas das Constituições de 1934 a 1969 e a possibilidade de fuga ao concurso público
22. Fase atual - Constituição de 1988 e a Emenda nº 19/98

PARTE 2: DAS ATUAIS NORMAS SOBRE INVESTIDURA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

23. Sistema constitucional de aplicação a todos os entes federados

CAPÍTULO 1. CONSEQÜÊNCIAS DO DESRESPEITO ÀS NORMAS DE INVESTIDURA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

24. Conseqüências em tese possíveis
25. Nulidade
26. Ressarcimento de danos
27. Punição do agente responsável
    - 27.1. Sanções administrativas
    - 27.2. Sanções criminais
    - 27.3. Sanções pela prática de atos de improbidade administrativa
    - 27.4. Sanções políticas

CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À INVESTIDURA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

28. Princípios: sua importância e função de vetores interpretativos
29. Princípio da moralidade
30. Princípio da igualdade
31. Princípio da impessoalidade
32. Princípio da eficiência
33. Princípio da legalidade
34. Princípio da publicidade
35. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade
36. Princípio da economicidade
37. Princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público

CAPÍTULO 3. ACESSO AOS POSTOS DO SERVIÇO PÚBLICO

38. Garantia de livre acesso aos postos do serviço público
39. Eficácia e aplicabilidade da regra prevista no inciso I, do artigo 37, da Carta Magna
40. As leis mencionadas no artigo 37, I, da Constituição Federal, são de cada ente federado
41. Exigências para investidura nos postos do serviço público
    - 41.1. Nacionalidade
    - 41.2. Diretos políticos
    - 41.3. Obrigações a todos impostas
    - 41.4. Capacidade civil
    - 41.5. Idade
    - 41.6. Sexo
    - 41.7. Raça
    - 41.8. Liberdade de pensamento e expressão
    - 41.9. Conduta
    - 41.10. Saúde
    - 41.11. Aptidão
42. Atos de investidura com desrespeito às regras do acesso universal aos postos do serviço público

CAPÍTULO 4. DIVERSAS FORMAS DE INVESTIDURA NOS POSTOS DO SERVIÇO PÚBLICO E SEUS REQUISITOS

43. Concurso público como regra geral para investidura em cargos e empregos públicos
    - 43.1. Funções públicas
    - 43.2. Impossibilidade da legislação infra-constitucional prever exceções
    - 43.3. A regra geral e os cargos decorrentes da mesma carreira
44. Algumas espécies de investiduras ilícitas feitas sem concurso público
    - 44.1. Investidura sem concurso em razão de dispensa por lei infra-constitucional
    - 44.2. Investidura sem concurso tendo como pretexto ato de investidura anterior
    - 44.3. Investidura por prazo indeterminado sem concurso público e sem dissimulação
    - 44.4. Investidura informal - *recibado*
    - 44.5. Investidura por interposta pessoa
    - 44.6. Terceirização
    - 44.7. Contratação de serviços
45. Requisitos exigidos para o concurso
    - 45.1. Publicidade
    - 45.2. Provas e títulos de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego
    - 45.3. Critérios objetivos de julgamento
    - 45.4. Ausência de fraude
    - 45.5. Obediência à ordem de classificação
    - 45.6. Prazo de validade

46. Investidura em cargos de provimento em comissão
46.1. A lei prevista no artigo 37, II, da Constituição Federal
46.2. A razão de ser dos cargos de provimento em comissão
46.3. Cargos que podem ser considerados como de provimento em comissão
46.4. Investidura em cargo de provimento em comissão
cujas atribuições não exigem confiança política
47. Contratação por prazo determinado
47.1. Contratação por prazo determinado e concurso público
47.2. A lei prevista no artigo 37, IX, da Constituição Federal
47.3. Requisitos da contratação por prazo determinado
48. Necessidade de vacância de cargo ou emprego público previsto em lei
48.1. Princípio da estrita legalidade
48.2. Cargos públicos
48.3. Empregos públicos
48.4. Atos de investidura sem vacância de cargo ou emprego público previsto em lei
49. Requisitos de ordem orçamentária e financeira
50. Requisitos especiais relativos à época
51. Não acumulação de postos do serviço público remuneráveis.
52. Uso privado dos postos do serviço público - nepotismo, clientelismo, assistencialismo, empreguismo e uso eleitoreiro
53. Investidura nos órgãos da Administração indireta
53.1. Ampla acessibilidade e obrigatoriedade de concurso público
53.2. Entidades que exploram atividade econômica
53.3. O conceito constitucional de Administração indireta
e entes criados pelo Poder Público
53.4. Concurso público ou teste seletivo?
53.5. Funções de confiança na Administração indireta
53.6. Investidura ilícitas na Administração indireta

CONCLUSÕES

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a investidura de apenas uma das espécies de agentes públicos, os servidores públicos, ou seja, as pessoas físicas que possuem com o Estado, seja na Administração direta ou indireta, uma relação profissional de trabalho, mediante remuneração paga pelo Poder Público.

Inicialmente, os sistemas de escolha dos servidores públicos não se utilizavam de critérios democráticos e isonômicos. Porém, após movimentos populares e culturais, houve uma evolução dos métodos de escolha dos servidores públicos, passado-se a utilizar critérios em que as pessoas que ocupam os cargos e empregos públicos são escolhidas em razão de suas virtudes e talentos.

O Brasil também passou por uma evolução nos métodos de escolha dos agentes públicos. Os sistemas constitucionais anteriores à edição da Constituição de 1988 permitiam várias brechas que possibilitavam esforços de fuga à norma da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, para investidura dos servidores públicos, fato que propiciava o uso privado dos postos do serviço público.

Com a atual Carta Magna, a investidura nos postos do serviço público deve, necessariamente, ser guiada pelos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público. Exatamente por isso, a prévia aprovação em concurso público é regra geral para investidura em cargos e empregos públicos, dispensada somente em hipóteses expressamente previstas na Constituição.

Após estes esclarecimentos, passa-se em revista aos requisitos necessários para cada uma das modalidades de investidura nos postos do serviço público, analisando-se os casos mais comuns de descumprimento das regras que norteiam o ingresso de pessoal no serviço público, bem como as conseqüências para cada tipo de investidura ilícita nos cargos e empregos públicos, que podem ser: a nulidade do ato, o ressarcimento de danos e a punição dos responsáveis nas esferas administrativa, criminal, por improbidade e política.

ABSTRACT

This work is about the admission of one especial kind of public agent, the public servant, in other words, the individual that has with the State, in the direct or indirect administration, a professional job relation, by salary paid by the Government (public power).

In begin the system of choice of the public servant did not utilized democratic and isonomic standards. But, after popular and cultural movements, took place a search method evolution of the public servants, that started to utilize standards in witch people, that are in function and public jobs, are elected by their talents and virtue.

Brazil also passed through a revolution in the methods of choice to the public agents. The constitutional systems preceding of the 1988 Constitution allowed some breach, that made possible runaway efforts to the previous approval compulsion rule in course, to the appointment of the public servants, motive that propitiate the private use of the public service post.

With the actual Constitution, the admission to the public service post must necessary be guided through the principles of the legality, equality, impersonality, morality, efficiency, economy, supremacy and unavailability of the public interest. Because of this, the previous approbation in public concourse is a general rule to the admission in function and public job, dismissed only when expressly foreseen in the Constitution.

After those elucidations, it goes through the necessary requirement to each one of the kinds of admission to the post of the public services, analyzing the case more common of not attending the rules that guide the admission to the public service, as well the consequences to each type of unfair admission to the function and public jobs, that can be the nullity of the acts, the reparation of the damage and the punishment of the responsible in the administrative, criminal sphere, by immorality and politic.

"... da boa escolha das pessoas a quem se confiam as funções públicas depende em sua maior parte o bom andamento da administração, tanto assim que um Estado em medíocres condições de riqueza e de civilização e regulado por uma legislação imperfeita será sempre mais bem governado e administrado do que um outro Estado rico e florescente, bastando que o corpo dos seus funcionários públicos seja recrutado com critérios sadios e com bons métodos de seleção." [1]

[1] - MASSIMO GIRIODI, citado por JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 267.

INTRODUÇÃO

Para consecução de suas finalidades, o Estado (Poder Público) precisa realizar uma série de serviços. Por óbvio, para o desempenho destes serviços necessita de pessoas físicas[2]. Estas pessoas físicas são os agentes públicos, que se *"constituem os nervos e veias que fazem com que a criação humana que é a pessoa de direito, aja, adote comportamentos e seja responsabilizada nos limites da lei; enfim, é o agente público que dá vida à pessoa jurídica pública"* [3].

Esta necessidade do Estado, em contar com serviços de pessoas físicas, revela a pertinência da advertência feita por Massimo Giriodi[4], e, via de conseqüência, a importância do estudo das normas que disciplinam a investidura em cargos, funções e empregos públicos - postos de serviço público[5] [6].

A questão é saber como as pessoas físicas, encarregadas de executar atividades em nome do Poder Público, são alçadas aos postos de serviço público, quais as normas que disciplinam sua investidura.

---

[2] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 115. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 69-72 e 107, bem como em *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 453. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 69 e 374. WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, *Probidade Administrativa*, p. 1.

[3] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 57.

[4] - Citada na abertura deste trabalho.

[5] - Apesar de não haver uma unanimidade de terminologia, em ciência jurídica deve-se procurar, sempre que possível, o uso técnico dos vocábulos. Assim, adverte-se que, neste trabalho, a expressão *postos do serviço público*, será usada como gênero, que abrange funções, cargos e empregos públicos, qualquer que seja o regime jurídico, tendo em vista a diversidade destas três espécies na linguagem da técnica jurídica. É uma tentativa de generalizar hipóteses jurídicas diferentes. A propósito, este mesmo termo, com o mesmo objetivo de generalização, é utilizado por IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 78.

[6] - Tanto isto é verdadeiro que a reorganização do serviço civil da Inglaterra foi baseado num inquérito instalado em 1848, o qual teve como uma de suas finalidades definir processos de recrutamento de pessoal, conforme narrado por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 20 e 170.

Em linha de princípio, em qualquer regime político que se adote, há concordância que os cargos, funções e empregos públicos devem ser preenchidos por pessoas dotadas de probidade e de maior capacidade para o seu exercício[7]. Os regimes democráticos exigem, ainda, um sistema que possibilite igualdade no acesso aos postos do serviço público[8], onde os cargos, funções e empregos públicos sejam acessíveis à todos, sem qualquer distinção que não em razão de suas virtudes e talentos[9].

Porém, não é fácil precisar qual o melhor método para, preservando-se a igualdade, escolher pessoas probas e, dentre essas, as mais qualificadas para ocuparem os postos do serviço público. Por isso, a seleção dos agentes públicos tem sido um difícil problema para a Administração Pública[10].

Não obstante a dificuldade de detectar um sistema ideal, e, consciente da inexistência de um método infalível, as legislações dos países democráticos têm evoluído no sentido de estabelecer critérios adequados e justos, preservando-se o interesses públicos e o princípio da igualdade[11].

---

[7] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 06 e 13. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 144.

[8] - Esta concatenação do *princípio democrático* com a *igualdade* no acesso aos postos do serviço público deve-se ao fato de que os direitos fundamentais, em especial os *princípios da igualdade* e da *liberdade*, constituem elemento básico para o *princípio democrático*, na medida em que não há democracia sem liberdade e igualdade. Neste sentido: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 279 e 280. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 107, 114, 117-118, 120, 193 e 199.

[9] - GASTON JÈZE, *op. cit.*, p. 35.

[10] - GASTON JÈZE, *op. cit.*, p. 13. J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.*, p. 143. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 267.

[11] - Sobre o tema, ver: GASTON JÈZE, *op. cit.* p. 03, 10, 23, 59, 63 e 71. J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.*, p. 144, 153 e 163. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 50. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 37. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 196, 199 e 201. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 364. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 396.

Todavia, esta evolução dos métodos de seleção não se fez, e não vem se fazendo, sem resistências. Como destacado por Gaston Jèze os *"politiqueiros"*, desejosos de conservar sua influência na escolha dos servidores públicos, querem manter a forma discricionária de ingresso nos postos do serviço público, o que se choca com a opinião pública, que anseia o fim dos *favoritismos*[12].

No Direito brasileiro atual, a escolha dos servidores públicos deve ter por premissa o respeito a alguns princípios que se encontram consagrados, explícita ou implicitamente[13], na Constituição Federal de 1988: princípios democrático, republicano, da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, economicidade, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público.

Estes princípios, juntamente com outras regras, direcionam a Administração Pública na investidura nos postos do serviço público, para que seja garantido o interesse individual dos pretendentes a ocupar cargos e empregos públicos, em terem acesso universal e igualitário a estes postos, como também o interesse do Estado, consistente em contar com os melhores servidores.

Ocorre que, as normas que disciplinam a investidura dos servidores públicos nem sempre são respeitadas. Muitas vezes os postos do serviço público são usados para beneficiar familiares, amigos e correligionários políticos, bem como para cumprir promessas eleitoreiras. Nestas ocasiões, ocorre o uso privado dos cargos e empregos públicos, o favoritismo, assistencialismo, empreguismo, nepotismo e uso eleitoreiro, com todas as suas conseqüências negativas[14].

---

[12] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 71.

[13] - Sobre a existência de princípios implícitos no Texto Constitucional: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 150.

[14] - GASTON JÈZE, *op. cit.*, p. 23, 63 e 71. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, 2ª p. 144 e 153. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 51. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 192. MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa*, p. 116.

Assim, apesar do estabelecimento de critérios de seleção duramente estatuídos nas legislações, invariavelmente, tem ocorrido burla a estes sistemas normativos, realizadas através de expedientes escusos, às vezes sutis, outras nem tanto, mas sempre com o desiderato de usar os postos do serviço público para satisfazer interesses pessoais[15].

Portanto, não basta prever métodos de seleção justos e eficientes, acordes com princípios democráticos. É necessário, também, a previsão de controles, para que os sistemas jurídicos adotados sejam respeitados, inclusive com previsão de conseqüências graves para o caso de descumprimento dos critérios previstos no ordenamento jurídico.

Exatamente por isso, pertinente a observação de Gaston Jèze, no sentido de que as dificuldades não consistem apenas em saber qual o melhor sistema de escolha para o ingresso de servidores públicos, o que se constitui num problema político, mas também em detectar quais são os recursos jurídicos para assegurar a aplicação das soluções dadas a este problema político[16].

Estes recursos jurídicos são necessários porque a má utilização dos postos do serviço público tem se constituído num dos graves problemas da Administração Pública, importando verdadeiro *ralo* de recursos públicos, que poderiam ser utilizados em áreas necessárias ao desenvolvimento dos Estados[17].

Aliás, é importante observar que as disposições constitucionais a respeito de servidores públicos não visam apenas proteger o interesse privado destes, mas, principalmente, objetivam assegurar o interesse público[18].

---

[15] - CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 51-52.

[16] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 03.

[17] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 192.

[18] - CLÁUDIO PACHECO, citando FRANCISCO CAMPOS, *op. cit.*, p.21. HELY LOPES MEIRELLES, inclusive citando o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 390 e 391.

O Brasil, por óbvio, está inserido neste contexto, experimentando vicissitudes no que diz respeito ao ingresso de pessoas no serviço público. Embora não tenha vivenciado as dificuldades da época medieval, o país assistiu, e infelizmente continua assistindo, a utilização indevida dos cargos, funções e empregos públicos, os quais foram, e continuam sendo, usados em benefício pessoal de administradores públicos e seus protegidos[19].

Como outros Estados, o Brasil também passou por uma evolução nos critérios de seleção dos servidores públicos e nos meios de controle para que as normas relativas à investidura de pessoas nos postos do serviço público sejam efetivamente respeitadas.

A atual Constituição Federal consigna normas que estabelecem critérios democráticos para investidura dos servidores públicos, alinhados com os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público. Outrossim, prevê meios de controle para garantia do cumprimento dessas normas, como estabelece conseqüências jurídicas para eventuais violações.

São as normas que disciplinam a investidura dos servidores públicos, os casos de descumprimento dessas normas e as conseqüências jurídicas de eventuais violações que se pretende estudar neste trabalho.

---

[19] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 192.

PARTE 1
NOÇÕES GERAIS

CAPÍTULO 1. AGENTES PÚBLICOS E SUAS ESPÉCIES

1. As pessoas físicas que atuam em nome do Estado, para que este atinja suas finalidades, têm recebido da lei e da doutrina nomes diferentes, bem como têm sido classificadas em espécies diversas, com nomenclaturas variadas e, por vezes, até contraditórias[20]. Não se pretende discutir este assunto, até porque não faz diretamente parte da abordagem dessa pesquisa. Todavia, é necessário, como condição para prosseguir o estudo, a opção por uma classificação, pois as normas sobre investidura nos postos do serviço público variam de acordo com a espécie de agente público de que se está tratando[21].

Destarte, sem polemizar sobre delicado tema, opta-se por uma classificação dos agentes públicos que, embora não reproduzindo integralmente a posição de determinado autor, representa uma síntese do pensamento dos doutrinadores nacionais da atualidade, pois o objeto do presente trabalho é uma análise sobre as normas jurídicas de investidura de servidores públicos, segundo o direito positivo brasileiro atual.

---

[20] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 114, 123 e 129. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 12, 19, 51 e 57. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 70 e 89-102, e, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 454 e 467. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 12. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 62, nota 44, 82, 89 e 100. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 376.

[21] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 17 e 19-20. J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.* p. 144. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 44. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 76.

A maioria da doutrina pátria hodierna considera o termo *agente público* como designativo da generalidade das pessoas físicas incumbidas de, permanente ou transitoriamente, desempenhar funções públicas sob os mais diversos tipos de vínculos jurídicos, ou seja, *"quem quer que desempenhe funções estatais é, enquanto as exercita, um agente público"*[22].

Apesar de divergências doutrinárias[23], pode-se classificar os agentes públicos da seguinte forma:

---

[22] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 6, bem como em *Curso de Direito Administrativo*, p. 149. No mesmo entendimento do conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello: JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 71-72, e, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 453, 454 e 455. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 14. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 353. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 361-362. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 69 e 374. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 578. Por sua vez, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 59-61 e 84-85, não apresenta um conceito tão amplo de agentes públicos, uma vez que os restringe àquelas pessoas que têm um vínculo com uma pessoa jurídica pública, que integram esta pessoa jurídica pública e que agem em seu nome. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha os empregados de sociedades de economia mista, empresas públicas e outras paraestatais são excluídos do conceito de agentes públicos, uma vez que são expressamente excluídos do conceito de servidores públicos (p. 84-85), não se amoldam aos conceitos de agentes políticos ou de agentes civis especiais (agentes honoríficos). Pensa-se, porém, que a locução agente público veio à tona exatamente para ser um termo que englobe todas as espécies de pessoas que prestam função pública, independente do tipo de vinculação com o Estado, para que nenhuma espécie ficasse excluída. Assim, entende-se, nesse particular, não ter razão Cármen Lúcia Antunes Rocha, pois a restrição que faz implica em excluir uma categoria de pessoas que presta função pública, o que equivale a retirar a finalidade da locução agentes públicos. Todavia, aponte-se que sequer o termo agentes públicos tem utilização pacífica ao longo dos anos, pois, como observa CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 89, termo "funcionário público" era usado nas línguas latinas, já no século XVIII, com o sentido amplo de agente público, sendo neste sentido utilizado na Constituição de 1891. Aliás, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 57, usa a expressão "funcionário público" com este sentido mais amplo, *"compreendendo todos quantos exerçam função pública"*.

[23] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 8-10, bem como em *Curso de Direito Administrativo*, p. 151-153: classifica os agentes públicos em (i) *agentes políticos*; (ii) *servidores públicos*, que se subdividem em

a) *agentes políticos*;

b) *servidores públicos* (agentes administrativos), que tem como espécies:

b.1.) *funcionários públicos* (servidores públicos em sentido estrito), que, por sua vez, subdivide-se em:

b.1.1) *detentores de cargos efetivos*;

b.1.2.) *detentores de cargos em comissão*;

b.2.) *contratados por prazo determinado*;

b.3.) *empregados públicos*;

(a) *servidores públicos civis*, os (a1) *funcionários públicos*; (a2) *empregados*; (a3) *contratados*; (b) *servidores de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais*; (iii) *particulares em colaboração com Poder Público*, que atuam por (a) *requisição do Estado*; (b) *gestores públicos*; (c) *realizam função pública por conta própria*, sem relação de dependência, mas com concordância do Poder Público. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 14-15; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 365-366, e, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 353-357, adotam a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 70 e 376, classifica os agentes públicos em: (i) *agentes políticos*; (ii) *agentes administrativos*, subdivididos em (a) *concursados*, art. 37, II, da CF; (b) *em comissão*, art. 37, V, da CF; (c) *contratados por prazo determinado* (art. 37, IX, da CF); (iii) *agentes honoríficos*; (iv) *agentes delegados*; (v) *agentes credenciados*. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 62 e 83, classifica os agentes públicos em: (i) *agentes políticos*; (ii) *servidores públicos*, divididos em (a) *estatuário ou funcionário público*; (b) *contratado por prazo determinado* - art. 37, IX, da CF; e, (c) *empregado*; (iii) *agentes civis especiais* (ou honoríficos), sendo excluídos do gênero agentes públicos os particulares em colaboração com o Poder Público, uma vez que estes agem em nome próprio, não em nome do Estado e, conforme já observado, a autora restringe o conceito de agentes públicos apenas as pessoas físicas que tem vínculo com o Estado, que agem em nome do Estado, razão pela qual excluídas as pessoas que prestam função pública em nome próprio.

c) *particulares em colaboração com o Poder Público*, que tem como espécies:

c.1.) *agentes honoríficos*;

c.2.) *agentes delegados*;

c.3.) *agentes credenciados*;

c.4.) *gestores de negócios*.

2. ***Agentes políticos*** são as pessoas físicas que detém cargos públicos munidos do poder-dever de manifestar a vontade do Estado, com responsabilidades e atribuições previstas na Constituição. Desempenham suas funções com independência e autonomia, tomando decisões em caráter definitivo[24].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que *"não basta o exercício de atribuições constitucionais para que se considere como agente político aquele que as exerce"*, pois entende que a função política tem, necessariamente, atribuições de tomada de decisões políticas, que implicam na condução dos destinos do Estado, traçando metas, diretrizes e planos de ação governamental[25].

Hely Lopes Meirelles não exige tal requisito para caracterização do agente político. Assim, inclui os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e os diplomatas no rol dos agentes políticos[26].

---

[24] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 8, bem como em *Curso de Direito Administrativo*, p. 151. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 354. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, inclusive citando J.J. CANOTILHO. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 63-64, 66 e 69. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 71-72.

[25] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 354.

[26] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 73.

Entende-se correta a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma vez que os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e os diplomatas, tirante os que exercem cargos de direção nos entes respectivos, como Procuradores-Gerais e Presidentes de Tribunais, têm com o Estado uma relação profissional e não política e, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

> " *O vínculo que tais agentes (os políticos) entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um* munus público. *Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da* civitas *e por isto candidatos possíveis à condução dos destinos da sociedade."* [27]
>
> (grifou-se)

Ora, se o vínculo que tais pessoas (membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e agentes diplomáticos) mantém com o Estado é de natureza profissional, são eles, na verdade, servidores públicos e não agentes políticos, pois como destacado pelo mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello:

> " *A expressão servidor público, na Constituição, é designativo genérico abrangente de todos os que, sob regime de cargo ou emprego, estão vinculados por relação de caráter profissional à Administração direta, indireta ou fundacional em quaisquer dos Poderes, ou órbitas de Governo. Não é, pois, denominação restrita aos agentes titulares de cargos ou apenas dos que estejam ligados a entidades de direito público."* [28]
>
> (grifou-se)

---

[27] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 152. No mesmo sentido em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 9.

[28] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 32. Manifesta-se no mesmo em *Curso de Direito Administrativo*, p. 154.

Esta conceituação ampla de servidor público, mencionada por Celso Antônio Bandeira de Mello, não é fruto do rigor científico do Direito Administrativo ou de posição vanguardista do autor, mas, antes de tudo, advém da vontade e sistematização da Constituição Federal, razão pela qual deve ser acatada.

Assim, são *agentes políticos* as pessoas que exercem cargos de direção política, não cargos profissionais.

Destarte, no ordenamento jurídico pátrio são agentes políticos: os chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais); seus vices e auxiliares diretos (Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais); os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais, Deputados Distritais e Vereadores); os dirigentes do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, enquanto na qualidade de dirigentes desses órgãos (Presidentes, Procuradores-Gerais, *etc*).

No direito brasileiro atual, a forma de ingresso dos *agentes políticos*, de regra, é a eleição, que pode ser por sufrágio universal ou restrito, mas pode, também, ser a nomeação.

Contudo, não é a investidura desta categoria de agentes públicos que se analisará no presente trabalho, apenas a dos servidores públicos.

3. Os ***servidores públicos***, categoria cuja a investidura pretende-se investigar, correspondem às pessoas físicas que possuem com o Estado, seja na Administração direta ou indireta, uma relação profissional de trabalho, mediante remuneração paga pelo ente estatal respectivo[29].

---

[29] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da administração direta e indireta*, p. 9 e 32, bem como em *Curso de Direito Administrativo*, p. 152 e 154. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 14-15. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 354. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, com um conceito menos abrangente. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, p. 78-79. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 74.

Destarte, 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.*

Parte da doutrina[30] inclui como requisito da definição de *servidor público* o *caráter não eventual da sua prestação de serviços à Administração Pública.*

Contudo, não se entende correta a exigência desta condição para caracterização do *servidor público*, na medida em que existe categoria de *servidor público* que presta serviços ao Estado com eventualidade.

Aponte-se que, na classificação de *servidores públicos* feita por Celso Antônio Bandeira de Melo[31], os contratados por prazo determinado para suprir necessidades temporárias de excepcional interesse público são incluídos como uma das espécies de *servidores públicos*. Ora, se os contratados por prazo determinado são *servidores públicos*, como admitido por Celso Antônio Bandeira de Mello, e como possuem uma relação de caráter eventual com o Estado, por óbvio, o caráter não eventual não pode ser considerado requisito para caracterização do *servidor público*. Se fosse, os contratados por prazo determinado não poderiam estar incluídos na categoria *servidores públicos.*

Uma vez adotada a classificação mais restrita de agente político vista no item anterior, a condição *sob vínculo de dependência* também não pode ser aceita na sua inteireza, pois existem *servidores públicos* com independência funcional, inclusive assegurada constitucionalmente, como os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

---

[30] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 9, bem como em *Curso de Direito Administrativo*, p. 152. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 14-15. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 78.

[31] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 10, bem como em *Curso de Direito Administrativo*, p. 152.

Destarte, muito melhor outra definição, trazida pelo mesmo Celso Antônio Bandeira de Melo, levando em consideração, como não poderia deixar de ser, a Constituição Federal. Sentencia que são *servidores públicos "todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos de quaisquer delas: União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações"* [32].

A Lei nº 8.112/90, em seu artigo 2º[33], define *servidor público* como *"pessoa legalmente investida em cargo público"*. Porém, através de uma interpretação sistemática[34], feita a partir da Constituição Federal, percebe-se que a definição da lei não é correta, pois conflitante com a Carta Magna, que usa a expressão *servidor* em outro sentido[35]. A uma, porque tal preceito disse mais que deveria, pois indevidamente está englobando os agentes políticos, uma vez que estes embora ocupam cargos públicos, não são *servidores públicos* [36]. A duas, porque o dispositivo legal disse menos que deveria, pois há *servidores públicos* que não ocupam cargos públicos, como os contratados por prazo determinado para realização de serviços temporários de excepcional interesse público e os empregados públicos.

---

[32] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 154. No mesmo sentido posiciona-se o autor em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 32.

[33] - Lei nº 8.112/90: *"Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo público."*

[34] - O ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, de forma que o verdadeiro sentido de cada norma somente pode ser obtido analisando-a no contexto deste sistema, nunca isoladamente. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

[35] - LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 362.

[36] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 79. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 362.

Dentre os servidores públicos, segundo a classificação adotada, têm-se: a) *funcionários públicos* (*servidores públicos em sentido estrito*), b) contratados por prazo determinado e c) *empregados públicos*.

3.1. Os ***funcionários públicos*** (***servidores públicos em sentido estrito***) são as pessoas físicas legalmente investidas em cargos públicos na Administração direta, nas autarquias e nas fundações com personalidade de direito público. Por isso, no direito brasileiro, a noção de *funcionário público* é dependente da noção de cargo público, de forma que, para saber o que é *funcionário público*, se faz necessário saber o que é cargo público[37].

Cargo público é o lugar existente no organograma de recursos humanos de uma pessoa jurídica de direito público, correspondente a mais simples unidade de atribuições, criado por lei[38], para ser exercido por um agente público[39].

Os *funcionários públicos*, também denominados *servidores públicos em sentido estrito*, comportam subdivisão em: detentores de cargos efetivos e detentores de cargos em comissão.

Os ***detentores de cargos efetivos***, também chamados ***estatutários***, são as pessoas físicas que ingressam no serviço público por prazo indeterminado, para prover um cargo público, ao qual corresponde uma função definitiva na estrutura do quadro de servidores públicos da entidade estatal respectiva.

---

[37] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores Administração Direta e Indireta*, p. 15. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 15. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 362. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 355. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 376.

[38] - Ressalvado os cargos do Poder Legislativo, onde são criadas por resolução, mas neste caso também, e é o que importa, por ato legislativo primário, de nível imediatamente infra-constitucional.

[39] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 155, bem como em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 16-17. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 380.

Os ***detentores de cargos em comissão*** são pessoas físicas que ocupam um cargo público com atribuições que necessitam de confiança política, razão pela qual são nomeadas livremente por um superior hierárquico para desempenhar funções de chefia, direção ou assessoramento superior[40]. Os *detentores de cargos em comissão* não adquirem estabilidade, pois embora os cargos públicos que preenchem sejam permanentes sua ocupação não o é, só subsistindo enquanto durar a confiança política depositada pelo agente público que os escolheu.

3.2. Os ***contratados por prazo determinado*** são empregados admitidos pelo Poder Público por prazo certo, para fazer frente a necessidades temporárias de excepcional interesse público, que assim sejam definidas em lei[41].

3.3. Os ***empregados públicos*** são pessoas físicas contratadas por algum ente do Poder Público, tanto da Administração direta, como indireta, para serviços profissionais, cujo vínculo jurídico é regido pela legislação trabalhista[42].

4. Os ***particulares em colaboração com o Estado*** são as pessoas físicas que prestam, com ou sem remuneração, em seu nome e por sua conta, algum serviço de natureza pública ou desempenham alguma função pública, mas sem vínculo funcional com o Poder Público[43].

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

---

[40] - Sobre cargos em comissão, item 46.

[41] - Sobre contratados por prazo determinado, item 47.

[42] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 10, bem como em *Curso de Direito Administrativo*, p. 155. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 376.

[43] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 356.

4.1. ***Agentes honoríficos*** são cidadãos *requisitados* a prestar, transitoriamente e sem vínculo funcional, geralmente sem remuneração, alguma função pública, exercem um *múnus público*, *v.g.*, jurados e mesários eleitorais[44].

4.2. ***Agentes delegados*** são particulares que realizam função, serviço ou obra pública, em nome próprio e por sua conta, sem qualquer vínculo funcional com o Poder Público, como os concessionários, os permissionários, os leiloeiros, os tradutores e os serventuários de cartórios não estatizados[45].

4.3. ***Agentes credenciados*** *"são os que recebem a incumbência da Administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante"*[46].

4.4. ***Gestores de negócios*** são aquelas pessoas físicas que, por iniciativa própria, *"assumem a gestão da coisa pública em momentos de emergência"*[47].

---

[44] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 74-75. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 87. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 10.

[45] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 356. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 75. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 10.

[46] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 76.

[47] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores ...*, p. 10. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 357.

CAPÍTULO 2. SISTEMAS DE ESCOLHA DE SERVIDORES PÚBLICOS

Como já observado na introdução, a seleção dos agentes públicos é de muita importância para vida do Estado, tanto que tem sido tema de preocupação desde há muito tempo[48].

As normas e formas de recrutamento de agentes públicos variam de acordo com a espécie de vínculo a ser mantido com Poder Público, bem como divergem de país para país e de acordo com a época[49].

Diversas foram as maneiras de seleção dos servidores públicos usadas ao longo do tempo, sendo as principais: a *venalidade*, a *hereditariedade*, o *arrendamento*, o *sorteio*, a *eleição*, a *livre nomeação absoluta*, a *livre nomeação relativa* e o *concurso*[50]. Estes métodos podem ser utilizados isolados ou concomitantemente, de maneira absoluta ou com limitações[51].

5. Houve tempo em que os servidores públicos conquistavam seus postos adquirindo-os do Estado a título oneroso, sistema denominado ***venalidade***.

Aponta José Cretella Júnior que tal critério foi implantado na França medieval, em fins do século XV, por Carlos VIII, tornando-se definitivo em 1529, no reinado de Francisco I, com os escritórios de vendas eventuais. Como consistia em excelente fonte de renda aos Estados, acabou espalhando-se para outros países da Europa[52].

---

[48] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 13. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 143. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 20 e 170. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 267.

[49] - GASTON JÈZE, *op. cit.*, p. 17 e 19-20. J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.* p. 144. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 44. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 76.

[50] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 267.

[51] - GASTON JÈZE, *op. cit.*, p. 23.

[52] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 270-271.

J. Guimarães Menegale registrou que este sistema a princípio restringia-se aos cargos do Tesouro, mas, com o tempo, foi estendido às funções da judicatura, aos cargos militares e aos empregos da casa real[53].

Contudo, tão perniciosos foram os efeitos da *venalidade* que, em França, este critério acabou sendo censurado pelo artigo 100 da Ordenação de *Blois*. Porém, isto não foi suficiente para sua extinção. O sistema prosseguiu no reinando de Henrique IV, com o fim de socorrer necessidades do erário, pois o *droit paulet* transformou os cargos vitalícios em patrimoniais, hereditários e alienáveis, mediante pagamento anual ao Estado[54].

Apenas com a Revolução Francesa, através da Lei de 16 de agosto de 1790, a *venalidade* foi banida de vez[55].

6. Outro modo de ingresso de servidores públicos, também utilizado na idade média, foi a ***hereditariedade***. Por este método, os cargos, funções e empregos públicos eram transmitidos de pai para filho, vinculando uma família a um posto do serviço público[56].

7. Ainda na idade média, outra modalidade utilizada para investidura dos servidores públicos foi o ***arrendamento***. Por tal critério os cargos, funções e empregos públicos eram entregues pelo Estado, por prazo determinado, mediante pagamento de certa quantia pecuniária aos cofres públicos[57].

---

[53] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 145-146.

[54] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.*, p. 145-146.

[55] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.*, p. 145-146.

[56] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.*, p. 145. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 271.

[57] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 271-272.

8. Na ***livre nomeação absoluta*** a escolha do servidor público é feita exclusivamente pela vontade da autoridade que o investe no cargo ou emprego público[58].

A forma pura deste sistema praticamente não existe. As legislações, de um modo geral, limitam a liberdade de escolha, ao estabelecer que os candidatos a um vaga no serviço público devam preencher, no mínimo, alguns requisitos, como, por exemplo, nacionalidade, determinada idade, certo nível de escolaridade, *etc.*

Apesar de seu caráter de discricionariedade apresentar defeitos como o favoritismo, o nepotismo e o uso eleitoreiro dos postos do serviço público[59], este sistema ainda é utilizado no direito brasileiro atual, como no caso da nomeação dos detentores de cargos de provimento em comissão, prevista em nossa Constituição Federal[60], uma vez que tais cargos necessitam ser preenchidos por pessoas da confiança política da autoridade que nomeia.

9. Como se viu neste capítulo, durante a idade média e o absolutismo, o ingresso dos servidores públicos foi norteado por critérios arbitrários e não democráticos, baseados em privilégios e interesses econômicos. Pela *venalidade*, *hereditariedade* e *arrendamento*, os postos do serviço público eram considerados mercadorias, objetos que poderiam ser possuídos pelos seus ocupantes. Depois de fortes reações populares, estes sistemas foram, aos poucos, sendo substituídos por outros mais democráticos e razoáveis[61].

---

[58] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 17, 18 e 63. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 172. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 272.

[59] - GASTON JÈZE, *op. cit.*, vol. II, p. 63. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 171-172 e 174.

[60] - Constituição Federal de 1988: *" Art. 37. ... II. a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público ..., ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração."*

[61] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 145.

A *livre nomeação* prevaleceu no absolutismo. Até porque, nesta época, como na idade média, não havia um conceito de servidor público. Este não era considerado um trabalhador do Estado, mas do próprio soberano, devendo lealdade pessoal a ele e não ao Poder Público. Com tal concepção, era natural que o ingresso dos agentes públicos dependesse exclusivamente da vontade do detentor do poder, que nomeava e demitia quem bem entendesse[62].

Sob influência da Revolução Francesa, com base nos princípios de igualdade e democracia, surge uma reação contra os privilégios na escolha dos servidores públicos. Esta reação, *verdadeira força social*, impulsionou a evolução dos critérios de seleção, buscando estabelecer sistemas acordes com o princípio da igualdade[63], pois *"as conquistas sociais têm por fim, especialmente, fazer desaparecer privilégios"*[64].

Entretanto, esta transição não foi fácil. Themistocles Brandão Cavalcanti anota que *"as origens do* Civil Service *nos Estados Unidos, exprimem bem as dificuldades ali surgidas e a luta travada entre a conveniência do serviço e a conveniência política para impor ao Poder Executivo limitações ao livre arbítrio na escolha dos funcionários do Estado, que têm de prover as necessidades do serviço público"*[65].

---

[62] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 114-115. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 284. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p.13-14. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 270-272. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 113 e 114-115. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 122.

[63] - Esta concatenação do *princípio democrático* com a *igualdade* deve-se ao fato de que os direitos fundamentais, em especial os *princípios da igualdade* e da *liberdade*, constituem elemento básico para o *princípio democrático*, na medida em que não há democracia sem liberdade e igualdade. Neste sentido: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 279 e 280. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 107, 114, 117-118, 120, 193 e 199.

[64] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 47, 24 e 178. GASTON JÈZE, *op. cit.* , p. 06, 07, 19, 35-36 e 63.

[65] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 24.

Destarte, por serem mais adequados aos princípios da igualdade e democracia, o *sorteio*, a *eleição* e o *concurso* passaram a ser os métodos mais utilizados como critério para escolha dos servidores públicos[66].

10. O ***sorteio*** é o sistema de acesso aos postos do serviço público em que a escolha do servidor independe da vontade humana, do mérito da pessoa escolhida ou de qualquer critério científico, ficando definição ao mero acaso[67]. O *sorteio* pode ser puro e simples, quando aberto a todas as pessoas, ou condicionado, quando dele participam apenas indivíduos pré-selecionados mediante algum critério ou que preencham certos requisitos[68].

Dentre os métodos de seleção que se inspiram em idéias de igualdade e democracia o *sorteio* foi o primeiro a ser posto em prática.

Este sistema já era utilizado nas cidades gregas de Atenas e Esparta, em Veneza, Roma e nas comunas italianas da idade média. Acredita-se, inclusive, dado a preconceitos, que a vontade divina interferia na escolha do candidato. O *sorteio* foi considerado por Aristóteles como uma instituição democrática[69].

No Brasil, este critério teve aplicação na escolha dos componentes do Exército e da Armada na falta de voluntários, conforme previsto no artigo 87, § 4º, da Constituição de 1891[70].

---

[66] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 196.

[67] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 18. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 269-270.

[68] - GASTON JÈZE, *op. cit.*, p. 25. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 176.

[69] - GASTON JÈZE, *op. cit.* p. 07, nota 1, e 25. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 268-270, inclusive nota 11.

[70] - Constituição de 1891: *"Art. 87. O Exercito Federal compor-se-ha de contingentes que os Estados e o Districto Federal são obrigados a fornecer, constituidos de conformidade com a lei annua de fixação de forças. ... § 4º. O Exercito e a Armada compor-se-hão pelo voluntariado, sem premio, e em falta deste pelo sorteio, previamente organizado."*

Atualmente, é usado como modo complementar da escolha dos jurados do Tribunal do Júri popular, conforme previsto nos artigos 436, 439, 442, 445 e 457, do Código de Processo Penal[71].

Apesar de apresentar algumas vantagens, como o fato do escolhido exprimir a opinião média da população, ser um critério democrático e imparcial, que exclui favoritismos e compromissos eleitoreiros ou pessoais, e, possibilitar independência ao agente público, o *sorteio*, por ser aleatório, não atinge a almejada eficiência, pois não há como garantir que o melhor candidato ao posto do serviço público seja sorteado. Portanto, tal método, deve ser usado excepcionalmente, principalmente para funções temporárias, em especial quando o escolhido deva representar a opinião média de uma comunidade ou classe social ou para o preenchimento de uma função que represente um ônus caráter obrigatório[72].

11. Na ***eleição*** a escolha dos servidores públicos é realizada por votação de um colégio eleitoral, que pode abranger todos os cidadãos do Estado, apenas alguns, ou, uma determinada classe de pessoas.

---

[71] - Código de Processo Penal brasileiro: *" Art. 436. Os jurados serão escolhidos dentre cidadãos de notória idoneidade. ... Art. 439. Anualmente, serão alistados pelo juiz-presidente do júri, sob sua responsabilidade e mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna, 300 (trezentos) a 500 (quinhentos) jurados no Distrito Federal e nas comarcas com mais de 100.000 (cem mil) habitantes, e 80 (oitenta) a 300 (trezentos) nas comarcas ou nos termos de menor população. ... Art. 442. No dia e à hora designados para reunião do júri, presente o órgão do Ministério Público, o presidente, depois de verificar se a urna contém as cédulas com os nomes dos vinte e um jurados sorteados, mandará que o escrivão lhes proceda a chamada, declarando instalada a sessão, se comparecerem pelo menos quinze deles, ... Art. 445. Verificado não estar completo o número de 21 (vinte e um) jurados, embora haja o mínimo legal para a instalação da sessão, o juiz procederá ao sorteio dos suplentes necessários, repetindo-se o sorteio até perfazer-se aquele número. ... Art. 457. Verificado publicamente pelo juiz que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, será feito o sorteio de 7 (sete) para formação do conselho de sentença."*

[72] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 18 e 22. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 177. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 49. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 268-270.

Embora existam notícias que esse sistema tenha sido usado na era feudal, para escolha dos intendentes das comunas, foi com a Revolução Francesa que a *eleição* ganhou prestígio, ao argumento de ser o método mais democrático para escolha dos servidores públicos, assegurando a igualdade e a participação popular[73].

Todavia, a *eleição* não se mostrou adequada como critério de seleção dos servidores públicos, tendo sido sua utilização muito criticada para tal finalidade, em razão dos defeitos que apresenta, como a falta de profissionalização do serviço público e a dependência demagógica que os servidores criam ao eleitorado[74].

A *eleição* é utilizada em todos os países democráticos, porém seu uso tem ficado restrito aos agentes políticos, funções que exigem mais contato com a opinião pública, uma vez que tal sistema representa a essência da democracia, onde o povo escolhe seus próprios governantes. Praticamente não tem sido usada como critério de seleção de servidores públicos, em razão dos defeitos mencionados[75].

O Brasil não foge à regra. Atualmente, a *eleição* é utilizada para escolha da maioria dos agentes políticos, sendo universal o sufrágio para escolha do Presidente da República, dos Governadores de Estados, dos Prefeitos Municipais, dos Senadores, dos Deputados Federais, dos Deputados Estaduais, dos Deputados Distritais e dos Vereadores, e, restrito o para seleção dos dirigentes de órgãos autônomos, como cargos diretivos das Mesas dos Parlamentos, dos Presidentes de Tribunais, dos Procuradores-Gerais de Justiça, *etc.*

---

[73] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 147. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 174-175. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 274.

[74] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 22. J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.*, p. 147 e 154. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 174 e 175. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 274-275. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 196.

[75] - GASTON JÈZE, *op. cit.*, vol. II, p. 22.

12. No Estados Unidos da América foi utilizado um sistema de investidura dos servidores públicos denominado ***spoil system***, vigente entre 1820 e 1883, tendo seu ápice de 1845 a 1865. Este método fundamentava-se no pensamento de que os cargos públicos deveriam ser acessíveis a todos, destruindo-se a idéia de propriedade da função pública. Toda investidura em cargo público seria temporária, no máximo por quatro anos, tendo o partido vencedor o direito de trocar todos os servidores, substituindo os anteriores por outros de sua confiança[76].

Entretanto, este critério apresentou resultados negativos, tendo em vista a desprofissionalização do serviço público e sua ligação com a política partidária. Os resultados negativos obrigaram uma mudança radical, optando-se pelo concurso, pois *"a eleição presidencial passou a ser um acontecimento político, cujo preço era o Serviço Civil"*[77].

Apesar dos defeitos, o *spoil system* provocou a primeira manifestação no sentido de estabelecer critérios democráticos para o provimento dos cargos públicos nos Estados Unidos da América[78].

13. ***Concurso*** é o modo de seleção de servidores públicos pelo qual, através de um certame competitivo para apuração de aptidões, experiências e conhecimentos, escolhe-se, dentre os candidatos, aqueles que obtiverem o melhor desempenho, segundo critérios previamente estabelecidos[79].

---

[76] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 08-09. ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, vol. III, p. 62-63. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 24-25 e 178. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 369-370.

[77] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 24. Também GASTON JÈZE, *op. cit.*, p. 10. ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, vol. III, p. 62-63.

[78] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 24. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 51.

[79] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 278-279. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 44. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 36. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 127 e 128.

O *concurso* é público, quando aberto a todos os interessados que preencham os requisitos legais. É restrito, quando franqueado apenas a certas categorias de indivíduos. Pode ser de provas e títulos, apenas de provas ou só de títulos. As provas podem ser escritas, orais ou práticas, sendo realizadas cumulativamente, apenas duas destas modalidades, ou somente uma delas.

Este sistema teve inspiração no princípio da igualdade. Visa obstar privilégios na escolha dos ocupantes dos postos do serviço públicos. Desenvolveu-se na França, à época de Napoleão, sendo fruto de intensa reivindicação popular ao longo do tempo. Na Inglaterra, através da Ordenança de 4 de junho de 1870, que reorganizou a Comissão do Serviço Civil criada em 1855, o *concurso* passou a ser exigido para todos os serviços, à exceção dos técnicos especializados, que seriam nomeados pela Coroa. Além de Inglaterra e França, o método passou a ser adotado em outros países[80].

No Brasil, *"a Constituição de 1934 foi a primeira a preceituar o concurso como procedimento de ingresso no serviço público"*[81], estando este critério presente em todas as nossas Constituições desde então.

Conforme será visto adiante[82], por força do disposto no artigo 37, II, da vigente Constituição da República[83], a prévia aprovação em concurso público constitui, como regra geral, requisito indispensável para a investidura em cargos e empregos públicos.

---

[80] - GASTON JÈZE, *Principios Generales ...*, p. 23, 59, 63 e 71, e nota 117. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e ...*, p. 144, 153 e 163. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto administrativo*, vol. IV, p. 21, 178-179 e 180. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 50 e 51. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 277-278.

[81] - CLÁUDIO PACHECO, *op. cit.*, p. 48.

[82] - Item 43.

[83] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; "*

Mesmo não existindo um sistema totalmente perfeito, que suprima o favoritismo e as interferências político-eleitoreiras, o *concurso* aparece como meio mais eficiente para seleção dos servidores públicos. É um método que propicia que à Administração Pública escolher, com imparcialidade, o candidato mais qualificado para ocupar o cargo, função ou emprego público em disputa. Por isso, o *concurso* constitui-se em meio para preservação dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público. É que, se não elimina, ao menos diminui os privilégios e o uso particular dos cargos, funções e empregos públicos[84].

Como diz 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 públicos"*[85]. Daí a observação de João Monteiro, no sentido de que *"só menospreza os concursos quem ainda não lhes sentiu as dificuldades nem lhes conquistou as glórias"* [86].

---

[84] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 23, 59, 63 e 71, inclusive nota 117. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 144, 153 e 163. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 178. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 50 e 51. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 277-278. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 37. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 44. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 73-74. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 196, 199 e 201. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 396. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 128. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 364. MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa*, p. 117. WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, *Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função*, p. 58. HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 160. Sobre tais princípios, itens 29 a 32 e 35 a 37.

[85] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 396.

[86] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 278-279, nota 39.

14. A ***livre nomeação relativa*** ocorre quando a escolha do servidor público não depende única e exclusivamente da autoridade que o investe no cargo ou emprego público, mas está condicionada a aprovação de outro poder, é um ato complexo[87].

Este sistema é utilizado no direito pátrio atual, por exemplo, para a escolha do Presidente e diretores do Banco Central do Brasil[88].

15. Nem sempre os postos do serviço público foram acessíveis a todos. No curso da história, registram-se restrições, por vezes baseadas em critérios discriminatórios, como idade, sexo, convicções políticas, filosóficas e religiosas, e até mesmo cargos reservados exclusivamente a quem tivesse títulos de nobreza[89].

Concomitantemente com a reivindicação por critérios mais democráticos na escolha dos servidores públicos, houve reação popular e cultural no sentido de remover privilégios, discriminações e preconceitos, para que os cargos e empregos públicos fossem igualmente acessíveis a todos[90].

---

[87] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 173. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 273.

[88] - Constituição Federal de 1988: *" Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: ... XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando a lei determinar."*

[89] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 480, 485 e 486, bem como em *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 198. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 147.

[90] - O enlace do *princípio democrático* com a *igualdade* no acesso aos postos do serviço público deve-se ao fato de que os direitos fundamentais, em especial os *princípios da igualdade* e da *liberdade*, constituem elemento básico para o *princípio democrático*, na medida em que não há democracia sem liberdade e igualdade. Neste sentido: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 279 e 280. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 107, 114, 117-118, 120, 193 e 199.

A Revolução Francesa desempenhou importante papel neste aspecto, sendo a ampla acessibilidade aos postos do serviço público contemporânea ao constitucionalismo positivo moderno[91].

Consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão norma que, posteriormente, passou a figurar no texto de várias Constituições, como por exemplo, as da França de 1791, 1793 e 1848 e a do Brasil de 1824, estabelecendo que *"todos os cidadãos são igualmente admissíveis a todos os cargos públicos, sem qualquer distinção que não de suas virtudes e talentos"*. O reconhecimento deste princípio, como um direito fundamental, consta, também, do artigo 21 da Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas - ONU, em 1948[92].

Contudo, em qualquer lugar do mundo há requisitos mínimos a serem preenchidos para o acesso aos postos do serviço público, como idade mínima e máxima, certo grau de escolaridade, *etc.*, não havendo ordenamento jurídico que não trace qualquer condição para o ingresso aos cargos e empregos públicos. O que varia é a extensão das limitações e a possibilidade da legislação infra-constitucional estabelecer requisitos.

Há uma evolução no sentido não só de eliminar qualquer preconceito, como mesmo estabelecer sistema de vagas reservadas a classes menos favorecidas, como, *v.g.*, pessoas portadoras de deficiência[93], os chamados discrimines positivos.

---

[91] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 150.

[92] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 35, inclusive notas 40 e 41. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 304. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 22. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 150 e151.

[93] - Constituição da República de 1988: *"Art. 37. ... VIII - a lei reservará percentual dos cargos públicos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão."*

Porém, em alguns momentos são registrados retrocessos, com previsão de preconceitos de sexo, raça, credo religioso ou convicção política[94]. Muitas discriminações fizeram-se presentes no século XX, até mesmo em sua segunda metade. Em alguns países casos de preconceito no acesso aos postos do serviço públicos existem até hoje.

Apesar disto, por ora, importa deixar gravado a evolução no sentido de franquear o acesso igualitário das pessoas aos postos do serviço público, pois somente com esta garantia se torna possível uma seleção dos mais capazes, baseada em princípios de igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, economicidade, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público[95].

Por isso, Alcino Pinto Falcão, já em 1957, afirmava que *"poder-se-á, porém, sustentar, indo mais longe, que o postulado do igual acesso aos cargos públicos, nos dias que correm, é uma exigência de qualquer forma de Estado democrático ..."*[96].

---

[94] - Neste sentido, na França, a Lei de 22 de junho de 1886 vedou aos membros das famílias que haviam reinado a França o ingresso nos postos dos exércitos de terra e mar, bem como a cargos eletivos. A respeito: GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 42-43.

[95] - Sobre os princípios citados, itens 29 a 37.

[96] - ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, vol. III, p. 64.

CAPÍTULO 3. EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE INVESTIDURA DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL

O Brasil não ficou alheio à evolução dos sistemas de escolha dos agentes públicos e à tendência de eliminação de condições discriminatórias e preconceituosas no acesso aos postos do serviço público. Ao longo de sua história, o país tem procurado aperfeiçoar seus critérios de investidura nos cargos, funções e empregos públicos, buscando preservar o interesse dos candidatos, de concorrerem em condições justas e iguais, bem como o interesse do Estado em contar com os mais capacitados.

16. Nas ***Constituições de 1824 e 1891*** a única referência à investidura dos servidores públicos diz respeito à garantia de acesso aos cargos públicos sem discriminação.

Esta norma aparece estampada no artigo 179, XIV, da *Constituição Imperial*[97], bem como no artigo 73 da primeira Carta Republicana brasileira[98].

Eder Sousa afirma que na ***Constituição de 1824*** *"a admissão no serviço público era apenas de cunho discricionário e político, porque, de certa forma 'talento' e 'virtude' todos os cidadãos possuem, dependendo apenas de quem os avalia"*[99].

Contudo, não se pode concordar com tal afirmação.

---

[97] - Constituição de 1824: *"Art. 179. ... XIV. Todo Cidadão pode ser admittido aos Cargos Públicos Civis, Politicos ou Militares, sem outra differença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes."*

[98] - Constituição de 1891: *" Art. 73. Os cargos publicos civis ou militares são accessiveis a todos os brazileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as accumulações remuneradas."*

[99] - EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 34.

É que, tal interpretação despreza o significado dos vocábulos grafados naquela *Constituição Imperial*[100], o que contraria o princípio da máxima efetividade[101] e o sentido teleológico da norma constitucional em questão[102].

Ora, se a *Carta Magna de 1824* só permitia, no acesso aos cargos públicos, discrimine em razão das *virtudes* e *talentos*, estas palavras, constantes da norma constitucional, tinham de ter um significado, tinham de produzir efeitos jurídicos, não eram inúteis, não eram enfeites. Por evidente, o sentido desta expressão é a vedação de qualquer discriminação no acesso aos cargos públicos, cuja escolha de seus ocupantes deveria basear-se, unicamente, nas *virtudes* e *talentos* dos eventuais candidatos, ou seja: o estabelecimento de qualquer outro discrimine, que não o mérito, era proibido.

Esta é a única interpretação que, atribuindo efeito jurídico às palavras escritas naquela Carta Magna, confere efetividade à norma constitucional em análise, adequando-a ao objetivo que visou proteger, no caso a igualdade no acesso aos cargos públicos.

Para confirmar esta interpretação, lança-se mão, também, do método sistemático[103].

---

[100] - A Constituição, como as leis, não contém palavras inúteis, todas têm algum efeito a produzir. Neste sentido: LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

[101] - As normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com o sentido que mais eficácia lhe dê, não existindo normas tidas como não jurídicas. Neste sentido: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 235 e nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100.

[102] - A norma jurídica deve ser entendida de acordo com seu desiderato, com a finalidade que desejou alcançar, de modo que atinja completamente o objetivo para o qual foi concebida, devendo ser interpretada a favor e não em prejuízo do interesse que visou proteger. Neste sentido: PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 402. CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 152 e 156.

[103] - O ordenamento jurídico não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, de forma que o verdadeiro sentido de cada norma somente pode ser obtido analisando-a no contexto deste sistema, nunca isoladamente. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *op. cit.*, p. 321. PAULO BONAVIDES, op. cit., p. 405.

Então, deve-se lembrar que *Constituição de 1824*, em seu artigo 179, XIII[104], previa, mesmo que timidamente, o princípio da igualdade. Ora, este princípio não permite a discriminação no acesso aos postos do serviços público, confirmando que na *Carta Imperial* qualquer discrimine no ingresso aos cargos públicos, que não em razão de *virtudes* e *talentos*, era vedado.

Portanto, apesar da aparente timidez, por não conter outras regras relativas aos servidores públicos, prefere-se a opinião de Pontes de Miranda, para quem *"a Constituição Política do Império do Brasil, art. 179, 14, andou à frente das práticas constitucionais quando inseriu os princípios da igualdade no tocante ao acesso"*[105], o que não deixou de ser uma posição de vanguarda para sua época.

A ***Constituição brasileira de 1891*** prescreveu a possibilidade da legislação infra-constitucional prever *"condições de capacidade especial"* para o acesso aos cargos públicos, o que não constava da Carta Imperial. Este fato, à primeira vista, passa a impressão de que a lei ordinária poderia prever requisitos discriminatórios para o acesso aos cargos públicos, sob o rótulo *"condições de capacidade especial"*. Entretanto, isto não era possível, pois a previsão de requisitos discriminatórios seria inconstitucional, face o princípio da igualdade previsto no artigo 72, § 2º, daquela *Constituição*[106], o qual, necessariamente, haveria de ser levado em conta na interpretação do que seriam *condições de capacidade especial*, pois a ordem jurídica não é um aglomerado caótico de normas, mas um sistema hierarquizado de regras e princípios[107].

---

[104] - Constituição de 1824: *"Art. 179. ... XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um."*

[105] - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 303.

[106] - Constituição de 1891: *"Art. 72. A Constituição assegura a brazileiros e estrangeiros residentes no paíz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos seguintes termos: ... § 2º. Todos são iguais perante a lei. A Republica não admitte privilegio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honorificas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho."*

[107] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 127. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

Destarte, a *Constituição de 1891* também vedava qualquer discriminação no acesso aos postos do serviço público.

17. A ***Constituição de 1934*** foi a primeira a, além da garantir o acesso igualitário, prever normas de investidura nos cargos públicos.

A *Carta Magna de 1934*, inspirada pela nova condição alcançada pela mulher, estabeleceu, no artigo 168[108], a proibição de discriminação em razão de sexo e estado civil, como critério de investidura em cargo público. Esse dispositivo veio a dissipar dúvidas, pois embora as Constituições de 1824 e 1891 garantissem o acesso igualitário aos cargos públicos, questionava-se se as mulheres eram abarcadas pelo princípio constitucional, até porque, jurídica e socialmente, a mulher não havia conseguido igualdade de direitos[109].

Neste ponto, como em outros, a *Constituição de 1934* esteve a frente de seu tempo, pois na mesma época países como a Grã-Bretanha, a Alemanha e a Itália, apresentavam restrições ao ingresso de mulheres no serviço público[110].

Ainda quanto a acessibilidade, a *Carta de 1934* continuou a prever a possibilidade da lei ordinária traçar requisitos para investidura nos cargos públicos. Mas, como visto no item anterior, estes requisitos não poderiam ferir o princípio da igualdade, também previsto nesta Constituição, em seu artigo 113, 1[111].

---

[108] - Constituição de 1934: *" Art. 168. Os cargos publicos são accessiveis a todos os brasileiros, sem distincção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir."*

[109] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 480, e, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 199.

[110] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 150-151.

[111] - Constituição de 1934: *"Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: ... 1) Todos são iguaes perante a lei. Não haverá privilegios, nem distincções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões proprias ou dos paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéas politicas."*

Em relação aos sistemas de escolha dos servidores públicos, a *Constituição de 1934*, conforme previsão de seu artigo 170, § 2º[112], passou a exigir a aprovação em concurso, como requisito para ingresso nos postos de carreira, aqueles do quadro em que há promoção, e em outros que a lei viesse a determinar[113]. Percebe-se, então, que, nesta Constituição, a exigência da aprovação em concurso não era para todos os postos do serviço público, apenas para os postos de carreira, "*pois que postos há que a lei não considera de carreira*"[114]. Por isso, Themistocles Brandão Cavalcanti, sob a égide da Constituição de 1946, mas em lição que se aplica também às Cartas de 1934 e 1937, escreveu que *"o concurso é o meio normal e regular para provimento dos cargos públicos, pelo menos os do quadro."* (grifou-se) [115]

Houve, sem dúvida, evidente progresso em relação às Constituições anteriores, mas a investidura em empregos, funções e cargos isolados (que não de carreira), não exigia prévia aprovação em concurso, a menos que a legislação infra-constitucional assim viesse a estabelecer. Para ingresso nestes postos de serviço público, imperava a livre escolha.

18. Talvez por ser fruto de golpe de Estado, a ***Constituição brasileira de 1937***, embora não tenha alterado substancialmente a disciplina do acesso aos postos do serviço público, não foi tão enfática na definição do princípio da igualdade.

---

[112] - Constituição de 1934: *"Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funccionarios Publicos, obedecendo ás seguintes normas, desde já em vigor: ... 2º, a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, effectuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou titulos."*

[113] - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 321, 324 e 329. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 189. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 366.

[114] - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 321.

[115] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 178.

Apesar da pobreza dos dispositivos previstos no artigo 122, 1 e 3[116], bem como do fato de possibilitar a definição de condições de capacidade para ingresso nos postos do serviço público através de *regulamentos*, seria possível, *ao menos em tese*, sob a égide da *Constituição do Estado Novo*, sustentar o amplo acesso aos cargos, funções e empregos públicos. Isto pelos mesmos motivos acima expostos, baseados no princípio da igualdade, que seria salientado através de uma interpretação sistemática e teleológica, conferindo máxima efetividade às disposições constitucionais, no sentido de que *todos são iguais perante a lei* e que *os cargos públicos são acessíveis à* ***todos*** *os brasileiros.*

No que se refere aos critérios de escolha dos servidores públicos, a redação da *Carta de 1937* é praticamente idêntica à da Constituição de 1934, como se pode ver no artigo 156, *b*[117].

Houve supressão da hipótese de que a lei poderia definir outros casos de ingresso nos postos do serviço público condicionados à aprovação em concurso. Porém, esta supressão não trouxe conseqüência jurídica alguma, uma vez que a legislação infra-constitucional, com seu caráter integrador, poderia, do mesmo modo, contemplar tal previsão, pois isto não seria contrário ao Texto Maior.

Portanto, no período da *Carta de 1937*, a situação constitucional permaneceu a mesma que em 1934: a aprovação em concurso só é condição para a investidura em cargos de carreira, aqueles onde há promoção, ou para outros que a lei vier a estabelecer este requisito[118].

---

[116] - Constituição de 1937: *"Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: ... 1 - Todos são iguais perante a lei. ... 3 - Os cargos públicos são igualmente accessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos."*

[117] - Constituição de 1937: *"Art. 156. O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor: ... b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;".*

[118] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 178. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 321, 324 e 329. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 189.

19. Retomado o regime democrático, a ***Constituição Federal de 1946***, em seu artigo 184[119], não mais permitiu aos regulamentos traçar requisitos para o acesso aos cargos públicos, deixando esta prerrogativa exclusivamente para a lei, desde que, como já frisado, esta não ofendesse o princípio da igualdade, que na *Carta de 1946*, encontrava previsão no artigo 141, §§ 1º e 8º[120].

Em relação aos critérios de escolha dos servidores públicos, conforme estabelecido em seu artigo 186[121], a *Constituição Federal de 1946* continuou a apresentar a mesma fórmula das Cartas de 1934 e 1937, ou seja: obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso em postos do serviço público, apenas para a primeira investidura em cargos de carreira, aqueles em que há possibilidade de promoção, e em outros que a lei viesse a prever este requisito[122].

Contudo, como se percebe do mesmo artigo 186, a *Constituição de 1946* não especificou a modalidade de concurso, como ocorria nas Cartas de 1934 e 1937, que mencionavam concurso de provas ou títulos. Assim, a definição da espécie de concurso ficou delegada à legislação infra-constitucional[123], desde que, evidentemente, como se tem insistido, a esta opção não viesse a ofender o princípio da igualdade.

---

[119] - Constituição de 1946: *"Art. 184. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer."*

[120] - Constituição de 1946: *"Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos têrmos seguintes: ... §1º Todos são iguais perante a lei. ... § 8º. Por motivo convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum de dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos por lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência."*

[121] - Constituição de 1946: *"Art. 186. A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde."*.

[122] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 178. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 321, 324 e 329. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 189.

[123] - PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 322 e 329.

20. A ***Carta de 1967***, como se sabe, foi logo alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, que em razão do caráter de ruptura da ordem jurídica vigente que representou, implicando em inicialidade, prefere-se chamar de ***Constituição Federal de 1969***[124].

Quanto a acessibilidade aos cargos públicos, o *regime constitucional de 1967/1969*, através de seus artigos 95 e 97[125], respectivamente, em nada alterou a situação reinante nas Constituições de 1934 e 1946. Sob a égide das *Constituições do regime militar*, garantia-se o acesso igualitário aos cargos públicos, sendo permitido apenas à lei fixar requisitos para investidura nos postos do serviço público, desde que, obviamente, as condições previstas em lei não ofendessem o princípio da igualdade, escrito no artigo 150, §§ 1º e 6º da *Constituição Federal de 1967*[126], e, no artigo 153, §§ 1º e 6º da *Carta Magna de 1969*[127].

---

[124] - Sobre manifestação do Poder Constituinte originário e derivado, CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 28.

[125] - Constituição de 1967: *"Art. 95. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer."* Constituição de 1969: *" Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei."*

[126] - Constituição de 1967: *" Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes: ... §1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. ... § 6º. Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência."*

[127] - Constituição de 1969: *" Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... §1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça. ... § 6º. Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência."*

As *Cartas de 1967 e 1969*, diversamente da Constituição Federal de 1946, voltaram a especificar a modalidade de concurso. Previram, nos seus artigos 95, § 1º, e, 97, § 1º[128], respectivamente, a exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos. Estas Cartas foram, inclusive, mais longe que as Constituições de 1934 e 1937, pois estabeleceram que o concurso público deveria ser necessariamente de provas, podendo ser também de provas e títulos, mas sempre de provas. Assim, pelas Constituições de 1967 e 1969, o ingresso em cargo público, dependia, a princípio, da prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, não sendo possível a realização deste certame apenas de títulos[129].

Outra novidade das *Constituições de 1967 e 1969* foi a adição do vocábulo *público* após a expressão *concurso*, deixando claro que a primeira investidura em cargo público necessitava de prévia aprovação em um concurso aberto a todos interessados que preenchessem os requisitos legais. Isto vedou os chamados *concursos internos*, nos quais só podiam inscrever-se pessoas que já tivessem algum tipo de vínculo com o Poder Público.

As *Cartas de 1967 e 1969*, como se verifica nos artigos 95, § 1º, e, 97, § 1º[130], respectivamente, ao tratarem da obrigatoriedade de aprovação concurso, como condição de investidura nos cargos públicos, suprimiram a expressão *de carreira*, que estava presente nas Constituições nacionais anteriores, desde a de 1934. Esta supressão ampliou a exigência do sucesso em concurso público também como requisito para ingresso em cargos isolados[131].

---

[128] - Constituição de 1967: *"Art. 95. ... § 1º. A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos."* Constituição de 1969: *"Art. 97. ... § 1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei."*

[129] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., p. 367, bem como na 25ª ed., p. 396.

[130] - Transcritos em nota de rodapé logo acima.

[131] - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 467, 476 e 480.

Justamente em razão da retirada da locução *de carreira*, houve necessidade da previsão de um § 2º nos artigos 95 e 97[132], respectivamente, esclarecendo que cargos em comissão, assim declarados em lei, prescindiam da prévia aprovação em concurso, como condição de investidura.

Porém, quando tratado da necessidade de êxito em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, manteve-se a expressão *cargos públicos*. Assim, o ingresso em empregos públicos continuava livre, sujeito apenas a escolha do administrador público.

Nas *Cartas 1967 e 1969* tinha-se, ainda, a previsão de servidores temporários e contratados para funções de natureza técnica especializada (artigos 104 e 106, respectivamente[133]). Estes servidores poderiam ser admitidos a título precário, escapando da obrigatoriedade de prévio sucesso em concurso, como condição de investidura, pois exerciam funções sem cargo e a necessidade de êxito em concurso abrangia só o ingresso em *cargos públicos*[134].

Destarte, na *Carta de 1967* a investidura em *cargo público efetivo*, de carreira ou isolado, excetuados os de provimento em comissão, dependia de prévia aprovação em concurso público[135]. Não havia esta exigência para ingresso em funções ou empregos públicos[136].

---

[132] - Constituição de 1967: *"Art. 95. ... § 2º. Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração."* Constituição de 1969: *"Art. 97. ... § 2º. Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração."*

[133] - Constituição de 1967: *"Art. 104. Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada."* Constituição de 1969: *" Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial. "*

[134] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., p. 341, 351, 366 e 369. EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 35.

[135] - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 434, 467, 476 e 480.

[136] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 69-70; e, *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., p. 341, 348 e 351. EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 35.

A *Carta de 1969* estabeleceu um retrocesso em relação à *Constituição de 1967*, e até mesmo às de 1934, 1937 e 1946. Foi a previsão, no final do § 1º, do artigo 97[137], da expressão *"salvo os casos indicados em lei"*. Isto conferiu à legislação ordinária a possibilidade estabelecer exceções à norma da obrigatoriedade de aprovação em concurso, como requisito de investidura nos cargos públicos, o que abriu a porta ao favoritismo, nepotismo, clientelismo, assistencialismo e uso eleitoreiro do cargos públicos[138].

Portanto, a situação sob a égide da *Constituição Federal de 1969* ficou praticamente igual a da *Carta Magna de 1967*, apenas com a diferença de que a legislação infra-constitucional poderia traçar exceções à norma da necessidade de aprovação em concurso, como condição de investidura em cargos públicos.

Em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário a situação prevista nas *Constituições de 1967 e 1969* foi mais austera. Estes, conforme previsão dos artigos 106, § 2º, e, 108, § 2º, respectivamente[139], somente poderiam admitir pessoas pelo regime estatutário, estando impossibilitados de promover contratações de servidores temporários e para funções de natureza técnica especializada sem concurso público[140].

---

[137] - Constituição de 1969: *"Art. 97. ... § 1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei."*

[138] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., p. 351, 366 e 369.

[139] - Constituição de 1967: *"Art. 106. ... § 1º. Os Tribunais federais e estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais sòmente poderão admitir servidores, mediante concurso público de provas, ou provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, através de lei ou resolução aprovadas pela maioria absoluta dos membros das casas legislativas competentes."* Constituição de 1969: *" Art. 108. .... § 2º. Os Tribunais federais e estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas, ou provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, por lei aprovada pela maioria absoluta dos membros das casas legislativas competentes."*

[140] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., p. 349-350, 388 e 390.

21. Como se viu, no Brasil a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, é prevista constitucionalmente desde 1934.

Todavia, esta condição, que impõe restrições à livre escolha dos servidores públicos, impedindo o nepotismo, favoritismo, clientelismo, assistencialismo e uso privado dos cargos e empregos públicos, tem sido vítima de constantes *esforços de fuga*[141].

Estes *esforços de fuga* foram facilitados porque até a Carta Magna de 1988 o sistema constitucional pátrio permitia várias brechas à norma da necessidade aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público. Estas brechas propiciavam que regra fosse constantemente *driblada*, para que o *favoritismo*, *nepotismo* e uso privado dos cargos e empregos públicos fosse possível, desencadeando os famosos *trens da alegria*. A investidura em diversos postos do serviço público não dependia de prévia aprovação em concurso público[142]. Pode-se dizer que estas brechas eram: a) exigência de aprovação em concurso apenas para investidura em *cargos públicos* - nas Constituições de 1934, 1937 e 1946 só para *cargos públicos de carreira* -, o que permitia a dispensa do concurso para ingresso em empregos públicos; b) falta do vocábulo *público* após a expressão concurso, o que possibilitava concursos internos, algumas vezes abertos só aos interinos; c) existência do termo *primeira* antes da palavra investidura, o que propiciava transposição de cargos, aproveitando-se aprovação para cargo de carreira diversa; d) possibilidade da *legislação ordinária traçar exceções* à norma que impunha o requisito do sucesso em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público.

---

[141] - CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 51-53.

[142] - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 321, 329 e 341; e *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 434. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 178. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., p. 341, 351, 366 e 369. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 35-36. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 192.

No período anterior a Constituição Federal de 1988 haviam duas categorias de servidores públicos bastante distintas, com uma nítida preocupação da doutrina da época em apartá-las com rigor: a) de um lado, os *funcionários públicos*, aqueles que ocupavam cargos públicos criados por lei e que pertenciam ao quadro geral dos servidores; b) doutro lado, os *extranumerários*, aqueles que não titularizavam cargos públicos do quadro dos servidores, categoria que existia desde os tempos do Império, embora assim não fossem denominados.

O que se passava era que, enquanto que para os *funcionários públicos*, de regra, a prévia aprovação em concurso, era requisito de investidura; para os *extranumerários* não havia esta exigência, permitindo-se que ingressassem no serviço público independentemente de êxito em concurso, pelo fato de não ocuparem cargos do quadro de servidores públicos[143].

Nesta época, a lei permitia a investidura dos *extranumerários* independentemente de prévia aprovação em concurso. O Decreto Legislativo nº 5.426/28, regulamentado pelo Decreto nº 18.088/28, em seu artigo 7º, dispôs que para certos encargos, que não houvesse cargo público criado por lei, como *diaristas*, *mensalistas* e *serventes*, a investidura dar-se-ia por simples nomeação do Ministro competente. A primeira referência ao *extranumerário* veio na Lei nº 284/36. Depois, esta expressão apareceu no Decreto-lei nº 240/38, que os classificou em *contratados*, *mensalistas*, *diaristas* e *tarefeiros*, não exigindo aprovação em

---

[143] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 37, 90-95, 167, 183 e 188. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 53. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 225-228, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 241-245 e 259. Esta situação de exceções à norma da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público não era privilégio brasileiro. Como observado por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 88-89 e 183, nos Estados Unidos, para investidura dos funcionários considerados *operários* e não pertencentes ao quadro (*extranumerários* - *employers*) não se exigia êxito em concurso. Até mesmo para funcionários do quadro, os *offiers*, não se exigia sucesso em concurso, como condição de ingresso, conforme Lei de 27/03/1922.

concurso, como condição de ingresso nestes postos do serviço público[144]. Posteriormente, foram eles novamente classificados pela Lei nº 3.780/60, que os apartou em *pessoal temporário* e *pessoal de obras*. Nestas leis também não se exigia aprovação em concurso, como condição de investidura nesses postos do serviço público. Ainda submetidos a regime de livre nomeação haviam os *interinos*, agentes públicos destinados a substituir temporariamente os ocupantes de cargos efetivos, conforme artigo 12, IV, do Estatuto de 1952 (Lei nº 1.711/52)[145].

A situação era tão caótica que o artigo 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1946[146] efetivou os *interinos* que tivessem mais de cinco anos na função e os *extranumerários* com mais de cinco anos de exercício de funções permanentes ou que tivessem prestado concurso,

---

[144] - Os *contratados*, como previsto na Lei nº 183/36 e no Decreto nº 871/36, eram admitidos livremente para serviços transitórios de duração inferior a um ano, correspondentes a funções de natureza técnica que não comportassem previsão no quadro, bem como para serviços sem cargos criados em lei. Através do Decreto-lei nº 240/38 e do Decreto-lei nº 5.175/43 os *contratados* foram restritos às funções técnicas. O Decreto nº 5.175/43 voltou a mencionar os *mensalistas*, admitindo sua investidura sem prévia aprovação em concurso. Os *diaristas* desempenhavam atividades mais simples, funções auxiliares e transitórias, correspondentes a serviços braçais ou jornaleiros. O Decreto-lei nº 240/38 e o Decreto-lei nº 5.175/43 vedavam a admissão de *diaristas* para profissões liberais ou trabalhos de escritório, exceto conservação e asseio. Os *tarefeiros* eram admitidos para realização de serviços determinados, certa tarefa, e que tinham remuneração condicionada ao serviço realizado. Eram, em verdade, prestadores de serviço.

[145] - Antes do Estatuto de 1952, a Lei nº 284/36 e Decreto-lei nº 578/38, este último obrigando a inscrição do *interino* no primeiro concurso que fosse realizado, sob pena de demissão, já haviam referido-se aos *interinos*. Embora ocupassem cargos públicos, por vezes até de carreira, eram admitidos por livre nomeação, uma vez que seu provimento não era efetivo.

[146] - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1946: *"Art. 23. Os atuais funcionários interinos da União, dos Estados e Municípios, que contem, pelo menos, cinco anos de exercício, serão automàticamente efetivados na data da promulgação dêste Ato; e os atuais extranumerários que exerçam função de caráter permanente há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação serão equiparados aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica: I - aos que exerçam interinamente cargos vitalícios como ... considerados na Constituição; II - aos que exerçam cargos para cujo provimento se tenha aberto concurso, com inscrições encerradas na data da promulgação dêste Ato; III - aos que tenham sido inabilitado em concurso para o cargo exercido."*

restringindo a medida apenas aos que ocupassem cargos vitalícios, aos que exercessem cargos cujo concurso havia sido aberto até a data da promulgação da Constituição e aos que não foram aprovados em concurso para o cargo.

O artigo 102 do Decreto-lei nº 200/67, considerando que os *interinos* exerciam, mesmo que a título precário, funções inerentes a cargos públicos, o que representava burla à norma constitucional que impunha aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, proibiu a sua nomeação.

Não obstante a ofensa aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[147] que estes atos de investidura sem prévia aprovação em concurso representavam, favorecendo o nepotismo, empreguismo e uso eleitoreiro dos postos do serviço público, na vigência das Constituições anteriores alguns doutrinadores procuraram justificá-los. Argumentavam que tais atos de investiduras destinavam-se a funções temporárias, a preencher lacunas e deficiências do quadro de *funcionários públicos*, representando os *extranumerários* o *pessoal flutuante* da Administração Pública, indispensáveis para o bom funcionamento do serviço, havendo razões de ordem prática, visando não onerar o erário, para sua existência. Alegavam, outrossim, que as contratações não precedidas de aprovação em concurso, regidas pela legislação trabalhista seriam destinadas, em regra, para *trabalhadores braçais*, muito embora reconhecessem que o regime adotado permitia *brechas* para a Administração Pública contratar provisoriamente pessoas para funções administrativas e até mesmo para cargos vagos. Observavam, também, que o regime trabalhista deveria ser adotado com parcimônia, para situações especiais, sendo o regime estatutário a regra e os outros exceções constitucionalmente autorizadas[148].

---

[147] - Sobre estes princípios, itens 29 a 32, 36 e 37.

[148] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 189. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 232, 233 e 237. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., p. 341 e 348.

Porém, houve abuso, o regime trabalhista não foi usado excepcionalmente, mas para *fugir* da regra da obrigatoriedade de aprovação em concurso, como requisito para ingresso nos postos do serviço público, este regime passou a ser regra, não exceção. Os *"casos previstos em lei"* multiplicaram-se[149].

Cláudio Pacheco deixa entrever que as fugas da necessidade de êxito em concurso, como requisito de ingresso no serviço público, poderiam ser evitadas, se houvesse coragem de interpretação:

> " *A própria terminologia defeituosa do dispositivo da Constituição sôbre os funcionários facilita êsses e outros desvios. Em disposições que são mais lògicamente, ou até òbviamente, aplicáveis a todos os funcionários públicos, a Constituição emprega expressões como 'funcionário público' e 'cargo público', que, na terminologia em vigor, comportam conceitos mais restritos, como aquêles que estão lançados no já citado art. 2º do referido Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que considera como funcionário apenas a pessoa legalmente investida em cargo público e como cargo público apenas o 'criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da União'. Entretanto, estando bem patente aquêle defeito de terminologia, ou falta de rigor terminológico, que temos constatado não só nas disposições sôbre funcionários púbicos, como em tantas outras, devemos realmente entendê-las, como temos entendido, pelo âmbito mais largo da acepção vulgar, segundo a qual o funcionário público é mais largamente todo servidor do Estado e cargo público abrange também tôdas as funções do serviço público, compreendendo o autárquico, o de emprêsas púbicas e o de sociedades de economia mista. Assim, para todos êstes casos, está posta a prescrição constitucional do concurso.* " [150] (grifou-se)

---

[149] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 243. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 51-52. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., p. 341 e 348. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores ...*, p. 35. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 174, nota 18. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público ...* p. 85, 87 e 121.

[150] - CLÁUDIO PACHECO, *op. cit.*, p. 51-52. Observa-se que *funcionário público* é empregado no sentido do que hoje é entendido como *servidor público*. Ver item 1.

A pretensão interpretativa de Cláudio Pacheco, de abranger sob os rótulos *funcionários públicos* e *cargos públicos* todos os postos de serviço público, não é absurda, pois adequada às técnicas de hermenêutica constitucional.

Com efeito, em razão das características de inicialidade e supremacia das normas constitucionais, os vocábulos insertos numa Constituição devem, em regra, ser interpretados de acordo com o seu significado comum, a menos que resulte claro que a Carta Magna desejou referir-se a termo técnico, caso em que as expressões devem ser entendidas de acordo com a tradição. É que, por tais características - inicialidade e supremacia das normas constitucionais -, é incorreto interpretar a Constituição à luz de conceitos fixados pela lei ordinária, logicamente posterior a ela, pois é a Carta Magna que dá fundamento de validade à lei ordinária e não o contrário[151].

Contudo, não foi esta a interpretação que prevaleceu no período anterior à Constituição Federal de 1988. Embora fosse ela possível, sustentável, baseada em técnicas de hermenêutica constitucional, e, acorde com os princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, triunfou a interpretação literal, sustentada no significado de termos técnicos do Direito infra-constitucional. Entendia-se que as Constituições de que as 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 permitiam a investidura em funções e empregos públicos independentemente da prévia aprovação em concurso público, sendo este requisito restrito ao ingresso em cargos públicos[152], o que levou aos abusos referidos, uma vez que para estes postos do serviço público imperava a livre nomeação, o que propiciava o nepotismo, clientelismo, assistencialismo, empreguismo e o uso eleitoreiro.

---

[151] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 103-105. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1106. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 127-128.

[152] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., p. 341 e 348. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 34-36.

Em razão dos abusos cometidos, Themistocles Brandão Cavalcanti, sob a égide da Constituição Federal de 1946, advertia que as exceções, entre outros motivos, têm desmoralizado o sistema do concurso[153]. Tudo porque a regra, que era a investidura precedida de aprovação em concurso, na verdade, transformara-se em exceção, ao passo que a exceção, investidura sem anterior êxito em concurso, transformara-se na regra. Tanto isto é verdade que Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que, quando da entrada em vigor da atual Constituição Federal, cerca de 80% (oitenta por cento) dos servidores da União estavam sob regime de emprego e não de cargo[154]. Confirmando o fato, Ivan Barbosa Rigolin afirma que, na mesma época, o regime *celetista* era a regra, sendo o estatutário a exceção, apontando que na maioria dos Municípios brasileiros a admissão de pessoal era feita pelo regime trabalhista. Este autor, chega a comentar a existência de Municípios que não tinham qualquer funcionário estatutário em seu quadro, bem como diz que no Estado de São Paulo e nos Municípios do Estado de São Paulo *a simples menção a concurso público causava profundos arrepios de pavor*[155].

Com esta situação caótica, vigente antes da atual Constituição Federal, arraigou-se um entendimento de natureza *privatística* acerca dos métodos de investidura e demissão de servidores públicos, como se eles fossem trabalhadores do próprio administrador público, que poderia livremente admiti-los e demiti-los, e não trabalhadores do Estado e da população, com regras públicas e cogentes sobre os critérios de admissão e demissão.

Atualmente, com a onda *neoliberal*, esta confusão entre o público e o privado tem se acentuado, pois métodos privados cada vez mais têm sido trazidos para a Administração Pública[156].

Esta cultura *privatística* acerca dos critérios de investidura e demissão de servidores públicos muitos malefícios tem trazido à Administração Pública brasileira.

---

153 - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 181.

154 - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 174, nota 18.

155 - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O servidor público na Constituição de 1988*, p. 85, 87 e 121.

156 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 503.

É que, não apenas a sociedade, como mesmo alguns administradores públicos mal preparados para o exercício dos cargos que alcançam, chegam a crer que têm o direito de admitir e demitir como servidores públicos as pessoas que desejarem, segundo sua exclusiva vontade, como se estes não fossem trabalhadores públicos, mas seus empregados particulares, promovendo um verdadeiro *spoil system* na Administração Pública brasileira.

22. Pois bem, foi esta a situação encontrada pelo constituinte de 1987/1988: a prévia aprovação em concurso, como pressuposto de investidura nos postos do serviço público, existindo como uma obrigatoriedade praticamente formal, exigível como condição de ingresso apenas para uma parcela dos servidores públicos, os *funcionários públicos*, enquanto a investidura em outros postos do serviço público, funções e empregos, estava à mercê do nepotismo, empreguismo, assistencialismo e uso eleitoreiro.

A Constituição Federal de 1988 endureceu. Fechou as *torneiras* que estavam abertas, diminuindo em muito a possibilidade de atos de investidura de servidores sem prévia aprovação em concurso público. Traçou uma série de medidas visando evitar que a situação de burla ao requisito de antecedente êxito em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, permanecesse[157]:

a) adicionou o vocábulo *público* após a palavra concurso, no artigo 37, II[158];

b) não permitiu que a legislação infra-constitucional pudesse traçar exceções à norma da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como condição de investidura nos cargos e empregos públicos, artigo 37, *caput*[159];

---

[157] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 36.

[158] - Constituição Federal de 1988, redação original: *" Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; ... "*

c) consignou, expressamente, que o êxito em concurso é requisito para a investidura não apenas em cargos, mas também em empregos públicos, artigo 37, II[160];

d) previu, também expressamente, que o sucesso em concurso público é pressuposto para o ingresso em postos de serviço tanto da Administração direta, quanto da Administração indireta, artigo 37, *caput,* e inciso II[161];

e) taxou de nulos os atos de investidura em postos do serviço público realizados com desrespeito ao requisito da prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, artigo 37, § 2º[162];

f) previu a punição da autoridade responsável pela prática de atos de investidura, realizados com infringência à norma de anterior êxito em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, artigo 37, § 2º[163];

g) criou o regime único para os servidores públicos, artigo 39[164];

h) anunciou a punição pela prática de atos de improbidade administrativa, artigo 37, § 4º[165];

---

[159] - Citado na nota anterior.

[160] - Transcrito em nota logo acima.

[161] - Grafados em nota logo anterior.

[162] - Constituição Federal de 1988, redação original: *" 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. ... "*

[163] - Citado na nota anterior.

[164] - Constituição Federal de 1988, redação original: *" Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. "*

[165] - Constituição Federal de 1988, redação original: *" Art. 37. ... § 4º. 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. "*

i) determinou aos Tribunais de Contas a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de investiduras de servidores públicos, artigo 71, III[166];

j) reforçou a posição institucional do Ministério Público, como órgão fiscalizador da Administração Pública, artigo 129, III[167];

k) ampliou o âmbito da ação civil pública e da ação popular, artigos 5º, LXXIII, e, 129, III[168].

Como em 1946, a Constituição Federal de 1988 procurou colocar uma pedra no passado, fixando, no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[169] estabilidade para os servidores não admitidos

---

[166] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: ... III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como ... "*

[167] - Constituição Federal de 1988, redação original: *"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: ... III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; ..."*

[168] - Constituição Federal de 1988, redação original: *"Art. 5º ... LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; "* . Artigo 129, III, escrito na nota anterior.

[169] - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: *"Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. § 1º. O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei. § 2º. O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do caput deste artigo,*

mediante o critério de anterior aprovação em concurso público, que tivessem mais de cinco anos de exercício, ressalvados os cargos, funções e empregos em comissão ou de confiança e os professores de nível superior.

A esperança nas novas regras constitucionais era tanta que Ivan Barbosa Rigolin, ao comentar o controle do Tribunal de Contas sobre os atos de investidura nos postos do serviço público, consignou que:

> *" ... . Trata-se de, agora às claras e sem subterfúgio possível, autêntica espada a ameaçar tanto os autores de admissões e desligamentos ilegais quanto os seus beneficiários. O principal efeito imediato deste novo controle será seguramente, ao lado da exigência de concurso fixada no art. 37, II, uma desaceleração pronunciada na política descontrolada de admissões, parte de um assistencialismo com base em dinheiro público, que constitui o pior câncer a corroer tanto o erário de todas as esferas quanto a própria organização dessas mesmas esferas da Administração."* [170]

A redação original da Constituição Federal de 1988, no ponto estudado, sofreu alterações pelas Emendas Constitucionais nºs. 18 e 19.

Houve supressão do termo *fundacional*, constante do *caput* do artigo 37 da Carta Magna[171]. Porém, esta mudança não trouxe conseqüências jurídicas, pois as fundações acham-se abrangidas pela locução *Administração indireta*, conforme será demostrado adiante[172].

---

exceto se se tratar de servidor. § 3º. O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, exceto se se tratar de servidor."

[170] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 192.

[171] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *" Art. 37. A administração pública direta, 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: ".*

[172] - Item 53.3.

Quanto a ampla acessibilidade aos postos do serviço público a nova redação estendeu-a aos estrangeiros, na forma da lei (artigo 37, I)[173].

A necessidade do concurso, como condição para investidura nos postos do serviço público, não sofreu mudança substancial, sendo apenas acrescentado que o certame será *de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego*, o que já estava implícito na redação original (artigo 37, II)[174].

A principal novidade foi a extinção da obrigatoriedade do regime único, o que possibilita à Administração direta a contratação de pessoal permanente pelo regime trabalhista. Entretanto, como será visto no decorrer desse estudo, não se apresse em concluir que com o fim da necessidade de regime único para os servidores públicos da Administração direta e autarquias ficou aberta a possibilidade da investidura de servidores pelo regime trabalhista, sem prévia aprovação em concurso público. Deve-se ver que o atual artigo 37, II[175], da Carta Magna, continua consignando, ao lado da expressão cargo, o termo emprego, de maneira que para o ingresso em empregos públicos, mesmo regidos pela legislação trabalhista, também é exigido o requisito de prévia aprovação em concurso, como condição de investidura.

Destarte, em linhas gerais, quanto ao ingresso no serviço público, a situação prevista na Constituição Federal de 1988 é a seguinte: obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como pressuposto de investidura em qualquer cargo ou emprego público, da Administração direta ou indireta, ressalvadas apenas as exceções expressamente previstas no Texto Constitucional.

---

[173] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *" 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; "*

[174] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *" Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; "*

[175] - Citado em nota logo acima.

PARTE 2:
DAS ATUAIS NORMAS SOBRE INVESTIDURA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

23. A atual Constituição Federal, especialmente a partir de seu artigo 37, estabelece uma série de normas aplicáveis à Administração Pública, direta e indireta, de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), como de todos os Poderes e entidades públicas autônomas (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas) [176].

Estas normas formam a base de um regime jurídico aplicável à Administração Pública, diverso do regime jurídico privado, é o denominado ***regime jurídico administrativo***[177].

Dentre estas normas encontram-se várias relativas aos servidores públicos, formando um ***regime constitucional dos servidores públicos***, o qual é informado por regras e princípios típicos do direito público, diferentes das normas aplicáveis na relação trabalhista privada[178].

E, entre as normas formadoras deste *regime constitucional dos servidores públicos* algumas regulam a investidura nos postos do serviço público, também diversas das aplicáveis à relação trabalhista comum, pois enquanto na relação trabalhista comum o particular, salvo raras situações[179], é livre para admitir como empregado quem desejar, desde de que não imponha critérios discriminatórios e preconceituosos, na relação funcional pública o administrador não tem a mesma liberdade para escolher os servidores segundo sua vontade.

---

[176] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 113. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 425.

[177] - LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31-32. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 25-26.

[178] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 49. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 453. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 56, 70, 126, 128, 129 e 199.

[179] - Não pode admitir menores de catorze anos de idade, por exemplo.

Portanto, apesar da antes referida cultura privatística[180], **a investidura nos postos do serviço público tem normas próprias, diferentes das que governam a admissão do trabalhador privado, caracterizadas pela ausência de liberdade do administrador público de escolher quem bem entender para ocupar cargos e empregos públicos**.

Esta ausência de liberdade do administrador público é necessária, até mesmo para evitar a *"instabilidade institucional, a cupidez de amigos do eventual governante por cargos aos quais não se prepararam jamais a exercer em detrimento dos servidores púbicos, que, por anos a fio, aprendem o Estado, ajeitam-se ao interesse público e profissionalizam-se para exercer as funções típicas da entidade pública que fazem parte"*[181].

---

[180] - Conforme item 21.

[181] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 174.

CAPÍTULO 1. CONSEQÜÊNCIAS DO DESRESPEITO ÀS NORMAS DE INVESTIDURA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

24. As normas jurídicas que regulam a investidura nos postos do serviço público foram elaboradas para serem obedecidas. Se não forem, tratando-se de normas jurídicas, é natural que o seu descumprimento importe em conseqüências[182].

À primeira vista, pode parecer estranho tratar das conseqüências do descumprimento das normas relativas à investidura nos postos do serviço público sem antes ter investigado estas normas, pois o normal é que se estude as conseqüências de um descumprimento após a análise do dever.

Porém, a inserção deste tópico neste momento do trabalho foi proposital e não sem motivo.

A razão de ser desta opção prende-se ao fato de que sendo muitos os tipos de investidura de servidores públicos, os quais estão sujeitos a regras diversas, variáveis de acordo com a espécie de agente público de que se está tratando[183], as conseqüências do descumprimento destas normas também são diferentes para cada modalidade de infringência. Assim, não se conseguiria tratar de maneira uniforme todas as conseqüências advindas do desrespeito às normas relativas a investidura nos postos do serviço público.

---

[182] - Conforme HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 33-65: o Direito é uma ordem coativa, pois reage contra as situações que considera indesejáveis. Quando exige uma conduta ou a abstenção de uma conduta impõe uma *sanção negativa* para o seu descumprimento. Sanção que pode ser aplicada coercitivamente, inclusive com o uso da força física. O uso desta coerção e a imposição de sanções são reguladas por normas.

[183] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 17 e 19-20. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 144. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 44. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 76.

Aliás, a ocorrência de conseqüências diferentes para cada tipo de desconformidade com as regras e princípios que regem o assunto em exame não chega a ser um fato estranho, pois é bom lembrar que a norma jurídica não se confunde com o texto legal, e, somente é completada no momento de sua aplicação, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, como resultado da interpretação. O texto legal confere apenas um comando inicial, o denominado *programa normativo*, espaço dentro do qual o intérprete tem liberdade para encontrar a solução justa para o caso real, de forma que este *programa normativo* funciona como limite jurídico de interpretação, ao lado do limite científico consistente nas normas de hermenêutica[184].

Então, neste capítulo, pretende-se uma visão geral das conseqüências em tese possíveis para os diversos tipos de atentado às normas que regulam a investidura nos postos do serviço público, e, ao ser tratada de cada espécie de investidura em cargos e empregos públicos individualmente, mencionar-se-á as eventuais ilicitudes e as possíveis conseqüências para aquele caso de descumprimento das regras e princípios que regem o tema estudado.

Tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se falar que, **em tese, as conseqüências possíveis para a violação das normas relativas a investidura dos servidores públicos são: a) nulidade do ato de investidura; b) ressarcimento do dano eventualmente causado ao patrimônio público; c) punição do agente público responsável**.

No caso de ofensa à norma que prevê a aprovação em concurso, como requisito para o ingresso aos cargos e empregos públicos, bem como por atentado à regra que estabelece o prazo de validade do concurso público,

---

[184] - Sobre o assunto: KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 31-49. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1086 e 1089. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 438-440. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação Constitucional*, p. 37, 43-49, 56, 58 e 78.

o § 2º, do artigo 37, da Constituição Federal[185], atribui duas conseqüências: a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável nos termos da lei.

Esta norma constitucional poderia ser até dispensa, pois com ou sem ela estas conseqüências poderiam ser aplicadas. Veja-se que J. Guimarães Menegale e Pontes de Miranda, sob a égide da Constituição Federal de 1946, que não continha semelhante previsão, já taxavam de nulos os atos de investidura nos postos do serviço público feitos com ofensa à regra da obrigatoriedade de êxito em concurso, como condição de investidura nos cargos públicos[186].

Porém, a Constituição preferiu ser redundante do que correr risco de violação das normas em questão, deixando clara sua intenção de ser rigorosa quanto ao tema. Andou bem, pois nunca é demais deixar estas situações distante de quaisquer dúvidas, até mesmo para que não venham a se repetir os esforços de fuga ocorridos sob a égide das Constituições anteriores[187].

As conseqüências apontadas pelo § 2º, do artigo 37[188], da Carta Magna, não são as únicas possíveis, como também podem ser aplicáveis à outras as espécies de desrespeito às normas de investidura nos postos do serviço público.

Assim, antes da análise dos diversos tipos de atos de investidura nos postos do serviço público, necessário um panorama geral das conseqüências em tese possível para o descumprimento das normas que regem a investidura dos servidores públicos.

---

[185] - Constituição Federal de 1988: *" Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; ... § 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."*

[186] - J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 165. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 324.

[187] - Sobre os esforços de fuga, item 21.

[188] - Dispositivo transcrito em nota logo acima.

25. A primeira destas conseqüências é a ***nulidade do ato de investidura***.

Além do § 2º, do artigo 37, da Constituição Federal[189], há normas infra-constitucionais que, expressamente, consignam que os atos de investidura nos postos do serviço público realizados com desobediência às exigências previstas no ordenamento jurídico importam em *nulidade*.

O artigo 4º, I, da Lei nº 4.717/65, *Lei de Ação Popular*[190], dispõe neste sentido. Consigna que são *nulos* os atos de admissão no serviço público remunerado praticados com desobediência às condições de habilitação.

O artigo 21 da Lei Complementar nº 101/00[191], *Lei de Responsabilidade Fiscal*, considera *nulos* os atos que importem em aumento de despesa com pessoal realizados de maneira contraria a requisitos previstos em tal lei, bem como os atos que desencadeiem elevação de despesa com pessoal praticados cento e oitenta dias antes do término do mandato dos dirigentes dos

---

[189] - Constituição Federal de 1988: *" Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; ... § 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."*

[190] - Lei nº 4.717/65: *"Art. 4º. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer pessoas ou entidades referidas no art. 1º.: I - A admissão no serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais."*

[191] - Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda: I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição; II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo. Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20."*

órgãos autônomos referidos na citada lei[192]. Por evidente, os atos de investidura no serviço público são atos que importam em aumento de despesa com pessoal.

A Lei nº 9.504/97, em seu artigo 73, V[193], prevê a *nulidade* dos atos de investidura no serviço público feitos no período que vai de três meses antes dos pleitos eleitorais até a posse dos eleitos, salvo as exceções previstas nas suas alíneas.

A Lei nº 5.473/68 taxa de *nulas* todas as disposições que criem discriminações no acesso aos postos do serviço público sujeitos a seleção[194].

Contudo, a *nulidade* dos atos de investidura praticados com desrespeito às normas pertinentes não decorre propriamente do fato de alguma norma jurídica a prever expressamente, mas da própria ofensa à ordem jurídica, da própria violação aos princípios que regem a Administração Pública.

---

[192] - Conforme artigo 20 da Lei Complementar nº 101/00, o Poder Executivo, as Casas Legislativas, os Tribunais de Contas, os Tribunais Judiciários e o Ministério Público.

[193] - Lei nº 9.504/97: *"Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: ... V - nomear, contratar, ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos 3 (três) meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de função de confiança; b) a nomeação para do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais e Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; "*

[194] - Lei nº 5.473/68: *"Art. 1º. São nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros do funcionalismo públicos federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público."*

A *nulidade* é uma espécie de *desfazimento* do ato administrativo, que pode ser declarada administrativa ou judicialmente. Aliás, constitui mesmo um dever da Administração Pública *anular* seus atos que contrariem o ordenamento jurídico[195].

O vínculo dos servidores públicos com os entes estatais inicia-se com um ato formal, o ato de investidura. Este ato formal de investidura é um ato administrativo *latu sensu*, pois representa a manifestação de vontade do Poder Público, através da qual uma pessoa passa, legalmente, a ter um vínculo funcional com um certo órgão estatal.

Como ato administrativo, o ato de investidura de servidor público pode ser desmanchado por revogação ou *anulação*. Revogação é o desfazimento do ato administrativo por motivos de conveniência da Administração Pública, razões de mérito, não de ilicitude. *Anulação* é o fato de desmanchar o ato administrativo por ilicitude, contrariedade ao direito[196]. Os efeitos do desfazimento variam segundo o motivo pelo qual o ato administrativo é invalidado.

A revogação produz efeitos *ex nunc*. Os efeitos do ato revogado são apagados apenas a partir do momento da revogação, pois se o ato foi praticado licitamente, foi conveniente até o momento de ser desmanchado, não se desfez por não atender o interesse público na ocasião em que havia sido editado, mas porque, após, a Administração Pública, em razão de circunstâncias variadas, que modificaram a conjuntura anterior, viu-se na contingência de rever sua posição. Assim, o Poder Público não pode dissipar os efeitos que este ato produziu, afinal de contas o ato era lícito[197].

---

[195] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 219. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 195.

[196] - MIGUEL REALE, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, p. 31-32.

[197] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 312-313. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, *Parecer P.R. nº 7.245-66*, p. 347. MIGUEL REALE, *op. cit.*, p. 30-31.

Por sua vez, a *anulação* produz efeitos *ex tunc*. Todos os efeitos gerados pelo ato anulado devem ser apagados, inclusive as conseqüências já produzidas[198]. É que, se o ato é ilícito desde sua entrada em vigor, não pode produzir efeitos lícitos, dele não se podem originar direitos[199]. Pode-se, apenas, por exceção, serem preservados alguns interesses de pessoas de boa-fé[200].

No caso dos atos de investidura nos postos do serviço público realizados sem a observância dos requisitos previstos no ordenamento jurídico, se está tratando de ato administrativo viciado, portanto de *anulação*, não de revogação.

Portanto, **o desfazimento do ato de investidura irregular no serviço público, de regra, terá efeitos *ex tunc*. Fará desaparecer todas as conseqüências produzidas pelo ato ilícito, ressalvados, apenas, e por exceção, os direitos de terceiros de boa-fé**.

O ato de investidura de servidor público deve obedecer todos os requisitos de validade dos atos administrativos, sob pena de ser um ato viciado e sujeitar-se à *anulação*.

Ato administrativo viciado é aquele que apresenta defeito em algum dos seus elementos constitutivos[201]. Para validade do ato administrativo é necessário que não existam vícios em seus pressupostos formadores. Qualquer defeito aí encontrado conduzirá à ilicitude e pode provocar a invalidação do ato administrativo[202].

---

198 - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 195. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, *Parecer P.R. nº 7.245-66*, p. 347.

199 - Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 144-145.

200 - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 163.

201 - A nomenclatura *elementos* não é pacífica. Mas, para não penetrar em assunto que não constitui diretamente objeto deste trabalho, pensa-se como JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 214: *"Seguindo a generalidade dos autores, não fazemos distinção entre 'elementos', 'pressupostos' e 'requisitos' dos atos administrativos, empregando tais vocábulos como sinônimos."*

202 - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 42.

Embora exista controvérsia sobre o assunto, a maioria da doutrina nacional considera como elementos constitutivos do ato administrativo: *sujeito*, *objeto*, *forma*, *motivo* e *fim*[203].

Não há consenso doutrinário quanto às conseqüências dos vícios ocorridos nesses pressupostos componentes do ato administrativo.

Há aqueles que entendem inexistir atos administrativos anuláveis, mas somente nulos. Sustentam que qualquer contrariedade ao direito constitui ofensa ao princípio da legalidade e, portanto, é motivo para a total invalidade do ato administrativo. Embora admitam que, por força da Lei nº 9.784/99, alguns atos administrativos possam ser convalidados[204]. A adoção desta corrente levaria à conclusão de que todo e qualquer ato de investidura nos postos do serviço público feita com desrespeito às normas pertinentes representaria um *ato nulo*, não gerando quaisquer efeitos, pois o ato administrativo seria desfeito com efeitos *ex tunc*, e ponto final.

Há, porém, aqueles que entendem que, à par dos *nulos*, existem os atos administrativos *anuláveis*[205], ou até mesmo meramente *irregulares*[206]. Assim, admitem a existência de atos administrativos que, apesar de viciados, podem ser convalidados ou que seu desfazimento implicaria, necessariamente, em efeitos *ex nunc*. A opção por esta segunda corrente conduz, ao menos em tese, a que alguns tipos de atos de investidura de servidores público praticados com ofensa a requisitos previstos no ordenamento jurídico possam ser convalidados, ou, desfeitos com efeitos apenas *ex nunc*.

---

[203] - Esta enumeração também não é pacífica. Sem adentrar em tal discussão, até por não ser objeto do presente estudo, adota-se esta classificação por ser tradicional na doutrina, a qual é perfilhada, dentre outros, por: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 168; e, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 213.

[204] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 164.

[205] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 294-295.

[206] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 254-255.

Apesar da controvérsia, e sem descer às minúcias, entende-se que existem atos administrativos *nulos* e *anuláveis*, na medida em que há atos administrativos que, apesar de conterem vícios, podem ser convalidados ou mesmo desfeitos somente com efeitos *ex nunc*. Isto ocorrerá quando o vício não afetar a estrutura do próprio ato, tampouco ofender princípios da Administração Pública.

Além da análise do caso concreto, que definirá ser um ato *nulo* ou apenas *anulável*, a investigação dos elementos formadores do ato administrativo pode ensejar algumas conclusões *a priori*, pois a conseqüência pode variar de acordo com o elemento que estiver viciado, bem como pela extensão deste vício.

Assim, é importante uma breve análise sobre os elementos formadores do ato administrativo.

Os defeitos relativos ao *sujeito* e à *forma*, de regra, podem ser sanados, de maneira que o vício nesses elementos geralmente caracteriza *atos anuláveis*. Porém, há defeitos relativos ao *sujeito* e à *forma* que não podem ser regularizados, dando ensejo a *atos nulos*. Já a irregularidade relativa ao *objeto*, ao *fim* e ao *motivo* não pode ser sanada, vindo a caracterizar o ato administrativo como um *ato nulo*[207].

Sujeito é a pessoa que pratica o ato administrativo em nome do Poder Público. Este indivíduo deve estar apto a manifestar validamente a vontade estatal, deve estar dotado de capacidade civil e de liberdade de manifestação de sua vontade, o que se exige para prática de qualquer ato jurídico. Mas, além disso, necessita estar munido de competência legal[208] para a prática do ato administrativo em questão, precisa ter poderes legais para praticar o ato em nome do Estado[209].

---

[207] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 203-204.

[208] - Competência seria o feixe de atribuições de cada ente político (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), de cada órgão e de cada agente público.

[209] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 216-217. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 169.

No ato de investidura de servidor público o *sujeito* será o agente responsável pela determinação do ato de investidura em nome do Poder Público. Não é a pessoa investida no serviço público, mas o agente que ordena o ato de ingresso de alguém em certo posto do serviço público.

Para validade do ato de investidura, esta pessoa, o *sujeito*, necessita estar no gozo de sua capacidade civil, não estar sofrendo qualquer vício de consentimento e ter entre suas atribuições legais a possibilidade de investir alguém no determinado posto do serviço público.

Se o vício decorrer da incapacidade civil do *sujeito*, estando presentes os demais requisitos, o ato será *anulável*, podendo ser convalidado. Exemplificando: se realizado um concurso público, a nomeação dos aprovados é assinada pelo agente competente, mas, depois, descobre-se que este agente público não estava no pleno gozo de suas faculdades mentais. Em tal hipótese, não teria sentido considerar-se o *ato nulo*, pois, embora defeituoso, este ato não implicaria em ofensa a princípios da Administração Pública, bem como sua anulação não consultaria o interesse público. É que, se o concurso era necessário e obedeceu todos os requisitos legais, o Estado precisa contar com o labor dos aprovados em tal certame, não havendo motivo para ser privado destes servidores se não houve ofensa a qualquer princípio da Administração Pública. Ademais, nesse caso, a *anulação* dos atos de investidura viria atingir, de maneira desproporcional e desarrazoada direitos de pessoas que, de boa-fé, prestaram o concurso público e nele foram aprovadas[210].

Se o vício decorrer da falta de atribuições do *sujeito* ou do órgão público (competência), estando presentes os demais requisitos, o ato administrativo será apenas anulável, podendo até ser convalidado. Exemplo: os atos de investidura de aprovados em determinado concurso público são assinados pelo Secretário de Administração, quando a lei determinava que fossem assinados pelo Secretário de Saúde. Nesse exemplo, ocorre o mesmo que no anterior.

---

[210] - Sobre os princípios da Administração Pública, itens 29 a 37.

Por outro lado, se o vício de incompetência do *sujeito* decorrer de incompetência do ente político, *o ato será necessariamente nulo*. Por exemplo: agente público da União nomeia alguém para um cargo público estadual. Nesse caso não há possibilidade de convalidação, pois o vício atingiu a essência do ato administrativo e o princípio federativo.

Objeto é o efeito jurídico visado pelo ato administrativo, a criação, extinção ou a transformação de uma situação jurídica perante o Estado. Para legalidade do ato administrativo seu *objeto* precisa ser lícito, moral, possível e determinado (certo)[211].

A licitude do *objeto* diz respeito a sua adequação com o ordenamento jurídico. Por força do princípio da estrita legalidade[212], *"supõe não apenas que o objeto não venha proibido pela lei, como também que esteja expressamente autorizado por ela, salvo o caso em que o texto legal outorgue faculdade discricionária à autoridade para escolher e determinar o objeto do ato"*[213].

Para que atenda o requisito da moralidade o *objeto do ato administrativo* deve adequar-se às regras internas da Administração Pública, aos bons costumes, aos conceitos de justiça e eqüidade e aos padrões éticos que a

---

[211] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 171. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 221.

[212] - A respeito: citação de HANS KELSEN, feita pelo Ministro BILAC PINTO no relatório do Recurso Extraordinário nº 79.102, publicado na RDA nº 128, p. 184. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 82. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 36, 37, 59-60 e 63. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 61. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 6. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 32. MIGUEL REALE, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, p. 29. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 362. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 25-26 e 32. ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 288. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 153. Sobre o princípio da legalidade, item 33.

[213] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 222.

sociedade espera e deseja de seus administradores públicos[214]. Esta adequação, diante do caso concreto, pode ser aferida com base no *motivo* e na *finalidade*, bem com na proporcionalidade e razoabilidade entre os meios e os fins[215].

Possível é o *objeto* que apresenta condições de ser realizado fática e juridicamente[216].

Determinado é o *objeto* que se apresenta perfeitamente definido, que se pode saber qual é a criação, extinção ou transformação da situação jurídica perante o Estado.

No ato administrativo de investidura de servidor público o *objeto* é o estabelecimento de um vínculo funcional entre o Poder Público e a pessoa está sendo investida em um posto do serviço público.

Em princípio, este *objeto* é sempre lícito, pois é jurídica e moralmente possível ao Estado admitir pessoas no serviço público, estabelecendo com elas uma relação funcional. Todavia, como o ordenamento jurídico fixa requisitos de validade para o estabelecimento desta relação funcional, sem a observância destes requisitos o vínculo jurídico pode ser ilícito ou imoral, o que acarreta um vício quanto ao *objeto* do ato administrativo de investidura em cargo ou emprego público. Destarte, o ato de investidura em si, intrinsecamente considerado, é sempre lícito, mas o ato de investidura de certa pessoa pode ser ilícito. Isto ocorre quando o ato contraria requisitos legais para sua validade ou princípios da Administração Pública. É, por exemplo, o caso do ato de investidura de alguém em violação à norma que impõe a prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público.

---

[214] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 71. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 45. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 222. Sobre o princípio da moralidade, item 29.

[215] - Sobre os princípios da Administração Pública, itens 29 a 37.

[216] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 223.

No ato de investidura de servidor público pode ocorrer defeito quanto *possibilidade do objeto*. Tal ocorre, *v.g.*, quando a pessoa nomeada não exista fisicamente ou esteja morta, ou, também, na hipótese em que o cargo ou emprego público não esteja criado em lei[217].

Quanto a determinação do *objeto*, também pode ocorrer vício. Por exemplo, quando não se precise o nome da pessoa a ser investida no serviço público, ou, no caso de não se especificar o cargo ou emprego público[218].

O vício quanto ao *objeto*, em qualquer de suas variantes (ilicitude, imoralidade, impossibilidade ou indeterminação), contamina o ato administrativo de *nulidade*, sendo impossível sua convalidação.

A *forma*, como elemento do ato administrativo, diz respeito tanto ao modo pelo qual o ato é exteriorizado, como *v.g.*, decreto, portaria, contrato *etc.*, quanto a obediência às formalidades exigidas para sua prática. A não observância destas duas vertentes implica em vício de *forma*[219].

Os vícios de *forma* são variados e não acarretam as mesmas conseqüências. Há vícios de *forma* que, por atingirem a essência do ato ou violentarem princípios da Administração Pública, acarretam a sua *nulidade*, como, por exemplo, a ausência de prévia aprovação em concurso público, sendo este requisito exigido. Porém, há outros vícios de forma que não atingem o âmago do ato administrativo e não desrespeitam princípios da Administração Pública, podendo ser sanados ou anulados com preservação de alguns efeitos produzidos, acarretando apenas *anulabilidade*[220], como, *v.g.*, a falta de uma assinatura num termo de posse ou a nomeação feita por portaria, quando o certo seria por decreto.

---

[217] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 223-224. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 199.

[218] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 223-224.

[219] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 172. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 225.

[220] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 227, 281 e 282.

Nesses últimos casos o defeito não atenta contra princípios da Administração Púbica e a *anulação* não consultaria o interesse público, além de atingir de maneira desproporcional e desarrazoada direitos de pessoas de boa-fé, os indivíduos investidos nos postos do serviço público em tais condições[221].

Especificamente em relação ao assunto tratado, dois requisitos de *forma* devem ser destacados, pois o ordenamento jurídico os erige a causas de *nulidade*.

Um diz respeito ao aspecto exterior do ato. Se o ato de investidura for bilateral, tiver a aparência de contrato, exige-se, sob pena de *nulidade*, a forma escrita, em razão do disposto no parágrafo único, do artigo 60, da Lei nº 8.666/93[222].

Outro diz respeito a formalidade exigida como condição validade do ato. Ressalvados os cargos de provimento em comissão e outros expressamente nominados na Constituição Federal, o § 2º, do artigo 37, da Carta Magna[223], exige, sob pena de *nulidade*, que os atos de investidura nos postos do serviço público devam ser precedidos de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

---

[221] - Sobre os princípios da Administração Pública, itens 29 a 37.

[222] - Lei nº 8.666/93: *"Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem. Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea 'a' desta Lei, feitas em regime de adiantamento."*

[223] - Constituição Federal de 1988: *" Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; ... § 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."*

Estes dois vícios, por imposição do próprio ordenamento jurídico, não admitem convalidação. Conduzem a *nulidade dos atos de investidura*, que, portanto, devem ser desmanchados com efeitos *ex tunc*, preservando-se apenas, e por exceção, alguns direitos de pessoas de boa-fé.

Motivo "é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao administrativo"[224]. São as razões determinantes do ato administrativo, o que o impulsionou.

A ausência ou a falsidade do *motivo* importa em *nulidade* do ato administrativo. Não se admite ato administrativo sem *motivo*, uma vez que *"se o administrador deduziu o seu procedimento de um fato inexistente ou de uma falsa interpretação de um fato real, carece a validade do ato de seu alicerce material"*[225].

No ato de investidura de servidor público o *motivo* é a necessidade do serviço público em contar com aquela pessoa, o que se evidencia, principalmente, pela vacância de um cargo ou emprego público. Então, o *motivo* determinante do ato de investidura de alguém num posto do serviço público é a existência de um cargo ou emprego público vago, pois se não houver esta vaga a lei não considera existir necessidade do ato de investidura que, assim, não terá *motivo*[226].

Destarte, toda vez que não se precisar daquela investidura, não houver cargo ou emprego público vago, haverá ausência de *motivo* ou falsidade na *motivação*, o que contamina de *nulidade* o ato de investidura, que não poderá ser convalidado. Até porque uma investidura não considerada necessária pela lei implica em ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[227].

---

[224] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 174.

[225] - CAIO TÁCITO. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1975, p. 69.

[226] - Sobre o requisito da existência de cargo ou emprego público vago, item 48.

[227] - Sobre os princípios da Administração Pública, itens 29 a 37.

O *fim* é o desiderato do ato administrativo. Aquilo que a Administração Pública quer alcançar, o resultado visado pelo ato administrativo. A *finalidade* é distinta do *motivo*, pois enquanto este é a causa do ato, a *finalidade* é a conseqüência, o objetivo a ser atingido com o ato[228].

Todos atos administrativos devem ter por *fim* mediato o atendimento do interesse público, não se admitindo ato administrativo que não vise a satisfação do interesse público[229]. Além do interesse público geral, muitas vezes a lei impõe o atendimento a um interesse público específico, que se constitui na finalidade imediata do ato administrativo. Quando isso ocorrer, além do interesse público geral, o bem comum, o administrador encontra-se vinculado ao atingimento deste interesse público específico, dele não se podendo desviar, sob pena de invalidade do ato, mesmo que persiga outro interesse público[230]. Ato administrativo que não tem por *fim* o interesse público ou que se desvia de sua *finalidade* imediata é ato administrativo inválido, contaminado pelo desvio de finalidade[231].

No tocante ao ato de investidura de servidor público, além da finalidade geral, o interesse público, o ato administrativo apresenta um fim imediato, que é suprir a necessidade do serviço público, pelo preenchimento de um cargo ou emprego público vago.

Toda investidura desnecessária no serviço público caracteriza desvio de finalidade, pois não visa o interesse público.

Quando não houver cargo ou emprego público vago o ato de investidura não atende sua *finalidade imediata*, e, presumivelmente também não *mediata*, pois se não existe tal vacância é porque o legislador não considera necessária aquela investidura.

---

[228] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 173-174.

[229] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 233 e 271-272. MIGUEL REALE, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, p. 30.

[230] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 233, 274-275 e 276.

[231] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 276.

Nestes casos, haverá ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[232], portanto, *nulidade*, não podendo os atos serem convalidados ou produzirem efeitos, a não ser, e por exceção, a preservação de alguns direitos de pessoas de boa-fé.

Além disso, em algumas hipóteses, mesmo havendo cargo ou emprego público vago, o *fim* do ato de investidura pode ser um interesse particular, como beneficiar a pessoa investida e/ou o administrador público, vícios que se estampam no *nepotismo*, *clientelismo*, *assistencialismo* e/ou uso *eleitoreiro* dos postos do serviço público. Em tais hipóteses, o ato de investidura estará contaminado pelo *desvio de finalidade*, pois seu *fim* não foi a necessidade do serviço público, mas um interesse privado, o que representa ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[233], razão pela qual será um *ato nulo*, que não poderá ser convalidado ou produzir efeitos jurídicos, a não ser, e por exceção, a preservação de alguns direitos de pessoas de boa-fé.

Destarte, percebe-se que os atos de investidura de servidores públicos praticados com desrespeito ao ordenamento jurídico podem ser nulos ou anuláveis, tudo dependerá do tipo de vício.

O artigo 54 da Lei nº 9.784/99 contém comando normativo que conduz a certas dificuldades práticas e de interpretação. Dispõe citado preceito:

> " *Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*

---

[232] - Sobre os princípios da Administração Pública, itens 29 a 37.

[233] - Sobre os princípios da Administração Pública, itens 29 a 37.

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. "

A dificuldade começa pelo fato do dispositivo citado mencionar o ***direito*** *da Administração de anular*. Ora, como ficou consignado, a Administração Pública tem *direito* de *revogar* seus atos quando os considerar inconvenientes, mas tem o ***dever*** de *anular* seus atos quando constate que são contrários ao ordenamento jurídico.

Aliás, o artigo 53 da mesma lei deixa prevê que *"A Administração* ***deve anular*** *seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e* ***pode revogá-los*** *por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos."* (destacou-se).

Portanto, anular atos contrários ao ordenamento jurídico não é um direito, mas um dever da Administração Pública.

Contudo, a questão que traz mais dificuldades não é exatamente essa, mas o fato do citado artigo 54 dizer que, após cinco anos, a Administração Pública não poderá mais anular ato que decorra efeitos favoráveis ao destinatário.

O ato de investidura nos postos do serviço público, por evidente, acarreta *efeitos favoráveis para a pessoa investida*. Então, pergunta-se: passados cinco anos, este ato não mais pode ser anulado, por mais que tenha sido praticado de maneira ilícita?

Uma primeira situação é respondida pelo próprio dispositivo em comento: se o ato foi praticado com má-fé, pode ser anulado mesmo após esse prazo.

Mas, remanesce outra pergunta: e se não houve má-fé?

Nesse caso, há necessidade de prudência, antes de concluir, com base na literalidade do preceito que nenhum ato de investidura pode ser anulado após cinco anos. É que, como visto acima, há vícios e vícios, há hipóteses em que o ato pode ser convalidado ou desfeito apenas com efeitos *ex nunc*, mas há casos em que a não anulação do ato chega a ser impossível. A título de exemplo, pergunta-se: é possível não decretar a nulidade de um ato de investidura no serviço público estadual, cujo ato foi assinado por um agente público federal? É possível não anular ato de investidura de pessoa que já estava morta?

Assim, como *"deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*[234]*"*, se faz necessária uma interpretação para além da literalidade do artigo 54 da Lei nº 9.784/99[235], de modo que a impossibilidade de anulação após cinco anos somente atinge os atos que possam ser convalidados e que não exista má-fé.

26. Outra conseqüência, em tese, possível de ser aplicada aos atos de investidura no serviço público realizados com infringência às normas pertinentes, é o ***ressarcimento de danos***.

Como se sabe, o ressarcimento de danos tem seu regramento geral no artigo 159 do Código Civil, o qual disciplina que: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano"*.

Este dispositivo legal, por evidente, também é aplicado a qualquer órgão estatal, tanto na qualidade de causador do prejuízo, como na qualidade prejudicado por ele, vítima.

---

[234] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

[235] - Citado em nota anterior.

Assim, mesmo antes da vigência da atual Constituição Federal e da Lei nº 8.429/92, qualquer dano econômico sofrido pela Administração Pública, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, poderia, e deveria, ser restituído.

Quanto aos atos de investidura no serviço público realizados com desrespeito às normas pertinentes, resta a indagação: estes atos causam, ou não, prejuízo ao patrimônio público? as verbas decorrentes do pagamento destes atos de investidura devem ser repetidas à Administração Pública?

Se a pessoa investida no serviço público não der sua contraprestação, ou seja, não trabalhar, por evidente, haverá dano econômico ao erário, pois em tal hipótese a Administração Pública estará despendendo a remuneração sem obter a contraprestação devida. Nesta hipótese, o *funcionário fantasma* estará enriquecendo-se ilicitamente em correspondência a um empobrecimento sem causa, e ilícito, do erário.

Então, neste caso, não há dúvida: ocorre dano ao patrimônio público, cabendo, por evidente, seu ressarcimento, o qual deve ser suportado pelos causadores deste prejuízo, o *funcionário fantasma* e quem mais concorreu para a situação ilícita.

Porém, no caso do *funcionário fantasma*, o móvel do prejuízo não é propriamente o ato de investidura irregular, mas o fato da pessoa investida não trabalhar, não dar sua contraprestação. Assim, não se está analisando o assunto em pauta, isto é, se o ato de investidura ilícito causa ou não dano ao erário.

O que interessa é o caso em que há a investidura irregular, mas a pessoa investida efetivamente trabalha no serviço público. Nesse caso, há dano ao patrimônio público? a Administração Pública deve ser ressarcida do pagamento das remunerações decorrentes destes atos de investidura ilícita nos postos do serviço público? A resposta não é tão fácil, havendo linhas de pensamento opostas, principalmente na jurisprudência.

Uma corrente inclina-se pela solução mais simplista: não houve prejuízo, pois se a pessoa investida ilicitamente efetivamente trabalhou em prol do Poder Público, este indivíduo tem direito de receber pelo seu trabalho, e, havendo repetição da remuneração que recebeu haveria um enriquecimento sem causa da Administração Pública, que obteria o trabalho da pessoa ilicitamente investida sem nada despender como contraprestação desse labor[236].

Outra corrente, ao revés, entende que há dano ao erário. Sustenta que, no caso da investidura ilícita, a Administração Pública estaria gastando verbas que, legalmente, não poderiam ser despendidas, o configura dano, gerando ao Poder Público o direito de ser ressarcido do que ilicitamente pagou[237].

Entende-se que a segunda posição é mais coerente, por vários motivos, como passa-se a demonstrar.

Em razão do princípio da estrita legalidade, os administradores públicos só podem fazer aquilo que a lei expressamente autoriza[238]. Assim, quando a Administração Pública realiza um pagamento não autorizado em lei este gasto é ilícito. Ora, se é ilícito, representa verba legalmente não devida pela Administração Pública. E, se é indevida e foi paga, caracteriza dano. Se configura dano, sofrido ilicitamente, este deve ser restituído por quem lhe deu causa, pois:

---

[236] - Neste sentido: Ementa do AgI nº 44.761-5-RJ, do STJ; AgI nº 44.189-0-RJ; JTJ 159-9; RDA 195/211; e, RT 709/180.

[237] - Neste sentido: HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 156-164.

[238] - A respeito: citação de HANS KELSEN, feita pelo Ministro BILAC PINTO no relatório do Recurso Extraordinário nº 79.102, publicado na RDA nº 128, p. 184. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 82. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 36, 37, 59-60 e 63. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 61. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 6. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 32. MIGUEL REALE, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, p. 29. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 362. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 25-26 e 32. ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 288. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 153. Sobre o princípio da legalidade, item 33.

"... o dinheiro público, exatamente por ser res publica, *há de ser gasto dentro da estrita conformidade legal.*

...

... 'Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de verificar seu bom e regular emprego, na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes', ou seja: 'quem gastar, tem de gastar de acordo com a lei'

Isso quer dizer: quem gastar em desacordo com a lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigos. Pois impugnada a despesa, a quantia gasta irregularmente terá de retornar ao Erário Público.

Não caberá a invocação, assaz de vezes realizada, de enriquecimento ilícito da Administração. ... " [239]

(grifou-se)

Nos casos de atos de investidura levados a efeito com violação à norma constitucional que impõe a necessidade de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos cargos e empregos públicos, que são a maioria das investiduras ilícitas nos postos do serviço público, além da violação ao princípio da legalidade, há, também, ofensa aos princípios da moralidade, igualdade, impessoalidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[240].

Como visto no item anterior, um ato administrativo realizado com ofensa aos princípios que regem a Administração Pública é um ato nulo, e, como tal, não pode gerar efeitos[241].

---

[239] - SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, p. 93.

[240] - HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 159-161. Sobre os princípios da Administração Pública, itens 29 a 37.

[241] - RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Fiscal*, p. 51.

Então, sendo a remuneração um efeito do ato de investidura do servidor público, pois este só tem direito a ela porque se investiu em um cargo ou emprego público, evidentemente, quando ato de investidura é nulo a remuneração percebida pelo *"servidor"* é verba decorrente de ato nulo, portanto sem causa, portanto ilícita, portanto indevida pelo Poder Público e, assim, causadora de dano econômico ao erário, o que confere à Administração Pública o direito de ser indenizada por tal dispêndio.

Neste sentido, as lições de Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, explicando as conseqüências do atos previstos no artigo 4º da Lei nº 4.717/65[242], dentre os quais inclui-se, em seu inciso I, os atos de investidura ilícita nos postos do serviço público:

> *" Se são 'nulos', ou, melhor expressão, 'não convalidáveis', são retirados do mundo jurídico, retroagindo os efeitos do desfazimento ex tunc. Evidentemente, efeitos padrônomicos ao ato, já acontecidos, não são suscetíveis de eliminação. Daí por que os terceiros de boa fé devem ser indenizados. Entretanto,* ***não bastará a invalidação administrativa do ato, sem recomposição do Erário****, para se excluir a ação popular.*
>
> *...*
>
> *Demais disso, há que se enfatizar que, suprimido do mundo jurídico o ato maculado de ilegalidade,* ***a conseqüência será a reposição ao erário****.*
>
> *...*
>
> *... Aquele que praticou os atos terá agido por sua conta, riscos e perigos."* [243]
>
> (grifou-se e destacou-se)

---

[242] - Lei nº 4.717/65: *"Art. 4º. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer pessoas ou entidades referidas no art. 1º.: I - A admissão no serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais."*

[243] - SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, p. 106-107.

Então, deve o erário ser ressarcido dos dispêndios decorrentes do ato nulo, inclusive dos pagamentos das remunerações deste *"servidor"*, pois, como visto logo acima, estas remunerações constituem efeitos de um ato nulo.

Contudo, como não se pode voltar completamente ao estado original, devolvendo o trabalho ao *"servidor"* de boa fé, que prestou serviços à Administração Pública, a indenização ao erário deve ser suportada não por este trabalhador de boa-fé, mas sim pelo administrador público que deu causa ao prejuízo, ou seja, o responsável pelo ato de investidura praticado de maneira ilícita.

A questão do enriquecimento sem causa não tem sido bem vislumbrada por aqueles que a defendem[244].

Esclarecendo que apesar do enriquecimento sem causa não se amoldar perfeitamente ao Direito Administrativo, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo lembram que esta figura surgiu para possibilitar a indenização de pessoas de boa-fé em razão da anulação de contratos[245], não para impedir a indenização por parte de quem deu causa à nulidade.

No direito brasileiro a boa-fé do contratante com a Administração Pública é protegida pelo parágrafo único, do artigo 59, da Lei nº 8.666/93[246].

Este preceito legal, embora esteja se referindo a *contratos*, tem perfeita aplicação no caso de investidura ilícita no serviço público em que a pessoa irregularmente investida tenha efetivamente trabalhado. É que, neste caso, a pessoa irregularmente investida terá desempenhado uma prestação em prol da Administração

---

[244] - A esse respeito: SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, capítulo III, p. 85-109.

[245] - SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 94-95 e 100.

[246] - Lei nº 8.666/93: *"Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa."*

Pública, mas o título que lhe dava direito de receber por esta prestação era nulo, o que corresponde exatamente a situação regulada pelo citado artigo de lei. Tal preceito legal regulamenta justamente as condições em que a pessoa que realizou uma prestação em benefício do Poder Público terá direito a ser indenizada em sendo declarado nulo o *título jurídico* que lhe dava direito de receber por tal prestação. O dispositivo legal em questão revela que aquele que desenvolveu atividades em favor da Administração Pública terá direito a ser indenizado pelo que pelo que houver despendido até a data da declaração de nulidade do *título jurídico* que o autorizava a realizar a prestação em favor do Poder Público, *contanto que a nulidade não lhe seja imputável*, ou seja, que não tenha dado causa ao vício que conduziu à nulidade do ato. Ou seja, se trabalhador não tenha, também, dado causa à nulidade, isto é, contanto que esteja de boa fé, terá direito de ser indenizado pelo serviço que prestou à Administração Pública até o momento da declaração de nulidade de seu ato de investidura. Mas, veja-se que o mesmo dispositivo legal, em sua parte final, manda que seja promovida a responsabilidade de *quem deu causa à nulidade*, no caso em estudo, do agente público responsável pelo ato de investidura ilícita. Assim, não é o trabalhador de boa-fé que deverá restituir o patrimônio público lesado. A Administração Pública tem o dever de pagar a remuneração desse trabalhador, mas o prejuízo causado pelo dispêndio dessa verba deve ser restituído por quem deu causa a este dano, isto é, pelo agente público responsável pelo ato de investidura irregular.

Em relação a qualquer pagamento decorrente de ato nulo, asseveram Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo:

> " *Ainda que pronta a obra, entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impossível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução. Não estaremos, consoante se nos afigura, diante do chamado enriquecimento sem causa. Isso porque, o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa fé. Entretanto, a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da lei), deverá, caso se negue a pagar espontaneamente, em ação regressiva indenizar o Erário por sua conduta ilícita.*

O patrimônio enriquecido, o da comunidade e nunca o da Administração (pois esta é a própria comunidade), não o terá sido com ausência de título jurídico. Mas sim, em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa." [247] (grifou-se)

Especificamente em relação aos atos nulos de investidura nos postos do serviço público, Hugo Nigro Mazzilli foi preciso, asseverando que:

" *Ainda que devam receber pela obra ou serviço os que de boa-fé os realizaram, pela sua retribuição, quando devida, deve arcar o administrador ímprobo que contratou indevidamente, e não a coletividade, que não pode ser condenada a custear as contratações ilegais que o administrador faz de seus favorecidos.*

Não se está pretendendo que a eventual responsabilização patrimonial se volte obrigatoriamente contra os contratados. Se em instrução judicial ficar apurado que as ilegalidades cometidas em nada lhes são imputáveis, a responsabilidade deve ser carreada tão-somente ao administrador que contratou ilegalmente, pois ele sim é que deve arcar com os custos que a Fazenda teve com as contratações sem concurso que ele indevidamente dispensou. " [248] (grifou-se)

Como ressaltado por Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, quando é imposto para a Administração Pública o dever de indenizar o terceiro de boa-fé, por prestações decorrentes de título anulado, mas feitas no interesse do Poder Público, surge para a ela, por força do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal[249], o direito de ser ressarcida pelo causador da ilicitude[250].

---

[247] - SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 108.

[248] - HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 164.

[249] - Constituição Federal: *"Art. 37. ... § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."*

[250] - SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *op. cit.* p. 101 a 104.

Além disto, há que se considerar que o fato da pessoa investida irregularmente prestar serviços não pode ser um álibi para o administrador público safar-se das conseqüências de sua conduta ilícita, pois, como observado por Hugo Nigro Mazzilli, citando julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> " *Como corretamente anotou o Min. Mílton Pereira, 'a escusar-se a responsabilidade do administrador público, pela salvaguarda de que o empregado, em contraprestação, prestou serviços, será construir um estranho indene de impunidade em favor do agente político que praticou ato manifestamente contra a lei - nexo causal das obrigações da relação de trabalho nascida de ato ilegal - criando-se inusitada convalidação dos efeitos de ato nulo. Será estimular o ímprobo a agir porque, a final, aquela contraprestação o resguardará contra ação de responsabilidade civil.'*
>
> ...
>
> *Está em questão um princípio: fazendo* tabula rasa *da Constituição e da lei, pode o administrador contratar impunemente, sem concurso, ou em período defeso ..., e ficar tudo por isso mesmo? Pode cometer tais ilegalidades gritantes e mandar a conta para os cofres públicos? Pode ser a execução da própria ilegalidade o bill de indenidade que irá beneficiar o administrador ímprobo? Isto é absurdo.*
>
> *Se o administrador pudesse assim estar garantido, poderia contratar impunemente seus apaniguados para ardorosamente labutarem em sinecuras ou fazerem obras que terceiros poderiam fazer melhor e mais barato para a Fazenda."* [251] (grifou-se)

Por fim, não se pode deixar de consignar que o argumento de que o ressarcimento ao patrimônio público implicaria em locupletamento ilícito da Administração Pública, que não poderia valer-se da própria torpeza[252], é alegação que não tem coerência.

---

[251] - HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 161-162.

[252] - Argumento lançado no AgI nº 44.761-5-RJ, do STJ.

É que, em tais hipóteses, a *torpeza* não é da Administração Pública, mas sim do administrador público responsável pelos atos ilícitos. O Poder Público não pratica atos torpes, quem os pratica são seus agentes e, nesses casos, devem eles ser responsabilizados pela sua falta de escrúpulos. O que não pode acontecer é a Administração Pública não poder responsabilizar o agente público pela *torpeza dele*. Quem praticou o ato ilícito, imoral, é que deve arcar com suas conseqüências, e não o erário, pois não se pode tratar o patrimônio público como *coisa de ninguém* e sim como *coisa de todos*, não se pode, portanto, penalizar toda a coletividade para não penalizar o agente público que praticou o ato ilícito.

Ainda sobre o enriquecimento sem causa, é bom apontar que tal argumentação cai por terra quando é comparado o caso em questão com o caso do ressarcimento por dano moral. Nessa última hipótese também não há efetiva lesão patrimonial, mas uma violação a outros valores, o que não exclui o dever de indenização. Do mesmo modo, no caso das investidura ilícitas nos postos do serviço público pode, até, não ter ocorrido um dano estritamente econômico, levando-se em consideração que a pessoa irregularmente investida trabalhou em prol da Administração Pública, mas há violação aos princípios da Administração Pública, que não pode suportar despesas decorrentes de ofensa a seus valores orientadores. A violação a estes princípios corresponde, no mínimo, a um dano moral, que deve ser indenizado.

Destarte, mesmo a solução definitiva devendo resolver-se somente à luz do caso concreto, fica demonstrado, inquestionavelmente, que, em tese, quando o ato de investidura no serviço público for ilícito, haverá prejuízo ao patrimônio público e, consequentemente, obrigação do administrador público responsável por tal ato restituir ao erário todos os valores gastos com o ato ilícito, inclusive com remuneração das pessoas ilicitamente investidas em cargo ou emprego público, mesmo que estas que tenham efetivamente trabalhado em benefício do Poder Público.

27. Outra conseqüência, em tese, aplicável ao desrespeito às normas de investidura nos postos do serviço público, é ***punição do agente público responsável pelo ato ilícito***.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, § 2º[253], atribui esta conseqüência ao ato de investidura no serviço público feito com violação à norma que estabelece a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como pressuposto de ingresso em cargo ou emprego público, bem como à regra que fixa o prazo de validade deste certame competitivo.

A *autoridade responsável* a que se refere o citado dispositivo constitucional é o *sujeito* do ato administrativo de investidura, ou seja, a pessoa responsável por investir alguém em cargo ou emprego público, como visto no item 25.

Nunca é demais salientar que, embora a Constituição Federal tenha previsto esta conseqüência para duas das espécies de vícios ocorrentes em ato de investidura em cargos ou empregos públicos, isto não significa que a *punição do agente público responsável* não possa ser conseqüência aplicável a outras modalidades de ilícitos praticados nos atos de investidura nos postos do serviço público.

A *punição do agente responsável pelo ato de investidura irregular*, como as outras conseqüências possíveis para a violação às normas que regem o ingresso de servidores públicos, como dito, dependerá da espécie de investidura e das peculiaridades do caso concreto[254].

---

[253] - Constituição Federal de 1988: *" Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; ... § 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."*

[254] - Item 24.

Embora a Constituição da República anuncie a *punição do agente público responsável*, não especifica quais sejam as sanções a ele aplicáveis.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, esta punições podem se dar na esfera administrativa, criminal, civil, pela prática de atos de improbidade administrativa e política.

As sanções civis já foram vistas, quando tratado do ressarcimento dos danos, as demais serão analisadas a seguir[255].

27.1. As ***sanções administrativas*** são aplicáveis pela própria Administração Pública, mediante procedimento administrativo regular, o qual, a teor do artigo 5º, LV, da Carta Magna[256], deve respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, além do devido processo legal com os recursos a ele inerentes. A pena administrativa aplicável deverá estar antecipadamente previsto no Estatuto Funcional respectivo, ao qual o agente público responsável esteja subordinado.

Em geral as *sanções administrativas* vão da *advertência* a *demissão*.

27.2. As ***sanções criminais*** constituem-se em penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

Tais sanções somente podem ser aplicadas na existência de tipo penal expresso, prevendo aquela conduta como crime e a pena correspondente, pois conforme disposto no artigo 5º, XXXIX e XL, da Constituição Federal, respectivamente, *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"*, e *"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"*.

---

[255] - Item 26.

[256] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 5º. ... LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."*

De maneira esparsa, a legislação brasileira sanciona criminalmente a conduta de investir alguém em cargo ou emprego público contrariando as normas previstas no ordenamento jurídico.

O tipo mais específico para esta conduta ilícita atinge somente os Prefeitos Municipais, pois vem previsto no inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67, que reza:

> " *Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:*
>
> ...
>
> *XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei.*
>
> ...
>
> *§ 1º. Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os itens I e II, com a pena de reclusão de dois a doze anos, e os demais, com pena de detenção, de três meses a três anos.*
>
> *§ 2º. A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular."*

Percebe-se que o tipo penal em questão não abrange apenas as hipóteses de investiduras de servidores públicos realizadas com violação das regras que prevêem a necessidade de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, e, do prazo de validade deste certame, casos para os quais a Carta Magna anuncia a punição da autoridade responsável[257]. Qualquer ato de investidura de servidor público feito de forma ilícita está abarcado pelo preceito em análise, pois o tipo penal diz *"contra expressa disposição de lei"* .

---

[257] - Item 25.

O inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67[258], é uma *norma penal em branco*, pois o fato punível somente é completado pela verificação de que o ato de investidura de servidor público está em discrepância com alguma norma legal. Tal preceito legal não se encontra no tipo penal, deve ser localizado no restante do ordenamento jurídico[259]. *"A lei cuja expressa disposição o prefeito deve obedecer na admissão, nomeação ou designação de servidor, para efeito penal, é qualquer lei, decreto ou regulamento (incluindo-se, é claro, o estatuto respectivo), seja federal, estadual ou municipal. Quando estadual ou federal, desde que de obediência obrigatória pelo Município"*[260].

É conveniente lembrar, também, que se trata de um delito formal, que se perfaz independentemente do resultado[261].

O seu elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade de investir alguém na condição de servidor público em determinadas condições. Não se exige a consciência de estar infringindo a lei, apenas de que se está admitindo uma pessoa num certo posto do serviço público, em determinada situação. Também não se exige que a investidura tenha alguma finalidade específica.

Além da pena privativa de liberdade, o referido dispositivo penal prevê a *perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação*. A disciplina do Decreto-lei nº 201/67 é diversa da prevista no artigo 92 do Código Penal[262], onde a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo só ocorre quando aplicada pena privativa

---

[258] - Transcrito logo acima.

[259] - ALBERTO SILVA FRANCO e OUTROS, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p.1701.

[260] - ALBERTO SILVA FRANCO e OUTROS, *op. cit.* p.1701.

[261] - ALBERTO SILVA FRANCO e OUTROS, *op. cit.* p.1701 e 1702.

[262] - Código Penal: *"Art. 92. São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos; "*

de liberdade por prazo superior a quatro anos para qualquer delito, ou superior a um ano se decorrer de crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

Neste aparente conflito, como prevê no artigo 12 do Código Penal[263], tem aplicação o princípio da especialidade. Desta forma, deve prevalecer o disciplinado no Decreto-lei nº 201/67, uma vez que se trata de *lei especial* que dispõe de maneira diversa da norma geral[264].

Portanto, sempre que houver, por parte de Prefeito Municipal, violação de qualquer norma que trace requisitos para a investidura nos postos do serviço público, estará, em tese, configurado o crime previsto no inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67[265], ficando o Alcaide sujeito a pena de detenção de três meses a três anos de detenção, além da perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública pelo prazo de cinco anos.

Para impor sanções criminais ao descumprimento das condutas exigidas pela *Lei de Responsabilidade Fiscal*, foi editada a Lei nº 10.028/00, aplicável à todos os agentes públicos.

Dentre diversos tipos penais que criou, esta lei inseriu no Código Penal o artigo 359-G, com a seguinte redação:

> " *Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura.*
>
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."*

---

263 - Código Penal: *"Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso."*

264 - ALBERTO SILVA FRANCO e OUTROS, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p.1707.

265 - Transcrito acima.

Este preceito impõe pena criminal para a prática da conduta proibida no parágrafo único, do artigo 21, da Lei Complementar nº 101/00[266].

A ação punível é ocasionar aumento de despesa com pessoal nos cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato, através de ordem, execução ou autorização. O termo *legislatura*, em verdade, é redundante, haja vista que quem desempenha legislatura está no exercício de um mandato.

Um ato de investidura no serviço público, em princípio, acarreta aumento de despesa com pessoal. De maneira que, à primeira vista, estariam vedados quaisquer atos de investidura de servidores nos cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato do administrador de quaisquer dos órgãos autônomos mencionados no § 2º, do artigo 20, da Lei Complementar nº 101/00[267].

Contudo, a questão exige parcimônia.

Nem o parágrafo único, do artigo 21, da Lei Complementar nº 101/00[268], tampouco o novo artigo 359-G do Código Penal[269], traçam exceções à proibição de aumento de despesa com pessoal nos cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato, como faz o artigo 73, V, da Lei nº 9.504/97[270].

---

[266] - Lei Complementar nº 101/00: *" Art. 21. ... Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20. "*

[267] - Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 20. .... § 2º. Para efeito deste artigo entende-se como órgão: I - o Ministério Público; II - no Poder Legislativo: a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União; b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas; c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal; d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver; III - no Poder Judiciário: a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição; b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver".*

[268] - Citado em nota logo acima.

[269] - Transcrito logo acima.

[270] - Lei nº 9.504/97: *"Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: ... V - nomear, contratar, ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover,*

Ao não preverem exceções, possibilitando alguns atos de investidura de servidores públicos no período referido, faltou serenidade aos dispositivos legais em foco[271].

Em primeiro lugar, estes preceitos não atentaram para o fato de que há órgãos públicos que exigem um número certo de ocupantes e cargos que são de provimento automático, como por exemplo, no caso das Câmaras dos Tribunais Judiciários. Não atentou, também, para a existência de cargos em comissão que não podem ficar vagos, como Secretários de Estado, por exemplo. Ora, não é razoável que a lei esteja vedando a investidura de um Desembargador para completar o número de componentes de uma Câmara de um Tribunal de Justiça, ou que esteja vedando a nomeação de um Secretário de Estado da Fazenda, quando os ocupantes anteriores destes cargos são exonerados, morrem ou aposentam-se nos cento e oitenta dias anteriores ao fim do mandato do Presidente do Tribunal ou do Governador do Estado.

Em segundo lugar, estes preceitos, embora dirigidos a todos os órgãos autônomos mencionados no § 2º, do artigo 20, da Lei Complementar nº 101/00[272] (Ministério Público, Casas Legislativas, Tribunais de Contas, Tribunais Judiciários e Poder Executivo), consideraram apenas as peculiaridades do Poder Executivo, onde o mandato dos dirigentes é de quatro anos, desprezando os demais órgãos autônomos, onde seus chefes têm mandatos bem menores.

---

transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos 3 (três) meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de função de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais e Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; "

[271] - Sobre o tema, mais detalhes no item 50.

[272] - Transcrito logo acima.

Assim, como indagado pelo Grupo de Trabalho do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado do Paraná sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: seria possível aos administradores do Tribunal de Contas, do Ministério Público e dos Tribunais Judiciários administrar adequadamente se em período correspondente a metade ou a um quarto de seus mandatos, estivessem impedidos de praticar quaisquer atos que importassem em aumento de despesa com pessoal? A resposta negativa impõe-se.

Portanto, percebe-se que a interpretação literal do parágrafo único, do artigo 21, da Lei Complementar nº 101/00[273], bem como do artigo 359-G do Código Penal[274], vedando quaisquer atos de investidura no serviço público, em quaisquer dos órgãos autônomos mencionados § 2º, do artigo 20, da Lei Complementar nº 101/00[275], nos cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato de seus respectivos dirigentes, sem prever qualquer exceção, não é razoável, conduz a absurdos e inconveniências, e não atende o interesse público.

Então, esta interpretação literal não pode ser aceita, pois como diz Carlos Maximiliano, *"deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*[276]. Devem tais dispositivos serem interpretados de forma proporcional e razoável, de acordo com o elemento teleológico, sempre favorecendo, e não prejudicando, os interesses que a ordem jurídica visa proteger[277].

---

[273] - Citado em nota logo acima.

[274] - Transcrito logo acima.

[275] - Citado em nota logo acima.

[276] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

[277] - Pelo elemento teleológico, na interpretação na das normas jurídicas deve-se considerar sua finalidade, o espírito do texto. O sentido dado à norma deve ser de modo que esta atinja seu objetivo, devendo ser interpretada a favor e não em prejuízo do interesse que visou proteger. A respeito: PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 402. CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 152 e 156.

Destarte, como será detalhado adiante[278], concorda-se com a 2ª conclusão do Grupo de Trabalho do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado do Paraná sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, no sentido de que o prazo previsto nos dispositivos em exame deve ser fixado proporcionalmente, tendo em vista que o período de cento e oitenta dias é adequado para um mandato de quatro anos. Para um mandato de dois anos este prazo deve ser de noventa dias, para mandato de um ano, de quarenta e cinco dias, e assim por diante.

Portanto, o tipo penal previsto no artigo 359-G do Código Penal[279] deve ser interpretado para além de seu sentido literal, sendo ressalvadas no período de cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato a substituição de servidores detentores de cargos em comissão essenciais para o funcionamento da Administração Pública, ocupantes de cargos em órgãos que exigem número certo de participantes, bem como dos detentores de cargos de provimento automático, além do que o período de cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato é aplicável ao mandato de quatro anos, devendo haver diminuição proporcional nos órgãos autônomos cujos dirigentes tenham mandatos com duração inferior.

O crime previsto no artigo 359-G do Código Penal[280] é um delito formal, não havendo exigência de qualquer resultado específico.

Seu elemento subjetivo é o dolo. A vontade de praticar ato que importe em aumento de despesa com pessoal no período vedado, não se exigindo qualquer intenção especial do agente, tampouco que tenha conhecimento da proibição, mas apenas que tenha intenção de praticar o ato que importa em aumento de despesa com pessoal naquele período. No caso que se está estudando que tenha intenção de investir alguém no serviço público no prazo vedado.

---

[278] - Item 50.

[279] - Código Penal: *"Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."*

[280] - Artigo citado na nota anterior.

A pena prevista no artigo 359-G do Código Penal[281] é de um a quatro anos de reclusão, não havendo especificação de outras sanções.

Nesta hipótese, aplica-se o artigo 92 do Código Penal[282]. No caso, a condenação sempre poderá importar em perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, tendo em vista que a pena privativa de liberdade será, necessariamente, igual ou superior a um ano e o crime em questão sempre é cometido com violação a dever para com a Administração Pública, de maneira que incide a alínea *a*, do inciso I, do citado artigo.

Assim, sempre que houver aumento de despesa com pessoal em período vedado, imediatamente anterior ao término de mandato, não estando os atos de investidura no serviço público contemplados nas exceções citadas acima, estará configurado o crime previsto no artigo 359-G do Código Penal[283], ficando o agente público responsável sujeito a pena de reclusão de um a quatro anos, além da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo.

Estes são os crimes que podem ser originados de ato de investidura em cargos e empregos públicos, praticados de forma ilícita. Embora crimes próprios, praticados por agentes públicos, é possível a co-autoria, desde que existindo participação de outras pessoas na prática do delito.

Além dos crimes citados, em tese, o ato de investidura irregular pode ser meio para prática de outro crime, hipótese em que a investidura ilícita poderá dar ensejo à configuração de outra figura penal, como, por exemplo, a concussão ou o peculato.

---

[281] - Artigo citado na nota anterior.

[282] - Código Penal: *"Art. 92. São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos; "*

[283] - Transcrito acima.

27.3. A terceira modalidade de punição possível de ser aplicada ao agente público responsável pelo ato de investidura irregular nos postos do serviço público são as ***sanções pela prática de atos de improbidade administrativa***.

Em período pretérito a atual Constituição Federal e a vigência da Lei nº 8.429/92 o combate judicial não criminal dos atos de corrupção e *improbidade administrativa* restringia-se a declaração de nulidade do ato, ao ressarcimento do dano e ao perdimento dos bens em caso de enriquecimento ilícito.

A nulidade do ato e o ressarcimento do dano já foram vistos acima[284]. O perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito, inicialmente, foi regulado pela Lei nº 3.164/57, *Lei Pitombo-Godói Ilha*, depois substituída pela Lei nº 3.502/58, *Lei Bilac Pinto*[285].

O estudo do perdimento de bens sob a égide destas leis tem uma importância apenas histórica. A uma, porque a matéria hoje é regulada pela *Lei de Improbidade Administrativa*. A duas, porque as Leis nº 3.164/57 e 3.502/58 praticamente não tiveram eficácia social[286].

---

[284] - Itens 25 e 26.

[285] - Não obstante opiniões em contrário, como de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, *Probidade Administrativa*, p. 163, nota 12, entende-se que a Lei nº 3.502/58 revogou toda Lei nº 3.164/57, pois regulou totalmente a matéria objeto desta, ou seja, o seqüestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito por parte de agentes públicos e, como diz CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 358, *"se a lei nova cria, sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado."* No mesmo sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, p. 92.

[286] - Os principais motivos da falta de eficácia social destas lei foram: restringir o combate judicial não criminal dos atos de corrupção e improbidade aos atos que importam em enriquecimento ilícito; não previsão de sanções além do perdimento dos bens adquiridos ilicitamente; e, retirada da legitimidade ativa do Ministério Público feita pela Lei nº 3.502/58. Há quem entenda que após a *Lei Bilac Pinto* o Ministério Público teria preservado a legitimidade ativa, com base na *Lei Pitombo-Godoi Ilha*, mas tal não é exato, pois a *Lei Bilac Pinto* revogou toda Lei nº 3.164/57 por ter regulado inteiramente a mesma matéria. *Ad argumentandum*, a solução dada para a legitimidade ativa é diversa nas duas leis, de modo que, ao menos em relação a tal tema, a Lei nº 3.502/58 revogou a Lei nº 3.164/57.

Com a Constituição Federal de 1988 o combate judicial não criminal aos atos de corrupção e *improbidade administrativa* ganhou nova dimensão. Além do alargamento do campo de incidência da ação popular, para abranger também os atos lesivos à moralidade administrativa (artigo 5º, LXXIII[287]) e da disposição expressa conferindo legitimidade ativa ao Ministério Público para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público e outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, III[288]), a atual Carta Magna prevê a edição de lei para regulamentar a definição e punição dos atos de *improbidade administrativa* (artigo 37, § 4º[289]).

Por tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo[290], o § 4º, do artigo 37, da Constituição da República[291], só veio a produzir todos os seus efeitos a partir da vigência da *Lei nº 8.429/92*, que definiu os atos de *improbidade administrativa*, as penas aplicáveis à sua prática, além de outras regras, possibilitando o combate judicial não criminal aos atos de corrupção e *improbidade administrativa*.

A doutrina, tradicionalmente, define *improbidade administrativa* como uma espécie de *imoralidade administrativa*, sendo que alguns ainda agregam a

---

[287] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 5º. ... LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência."*

[288] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: ... III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;"*

[289] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 37. ... § 4º. 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".*

[290] - Utilizando-se aqui da classificação tríplice das normas constitucionais quanto a sua eficácia e aplicabilidade feita por José Afonso da Silva, uma vez que tal norma constitucional limitou-se a traçar esquemas gerais de um instituto, deixando à legislação infra-constitucional sua estruturação definitiva. A respeito, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 121-135, especialmente 126 e 135.

[291] - Citado em nota logo acima.

necessidade desta imoralidade administrativa estar impregnada de prejuízo ao erário e/ou enriquecimento ilícito[292].

Contudo, a *Lei nº 8.429/92* adotou outra direção, caracterizando a *improbidade administrativa* como gênero, do qual a imoralidade administrativa é uma de suas espécies, e não ao contrário, como vinha definindo a doutrina.

Com efeito, como se observa em seu Capítulo II, a *Lei nº 8.429/92* divide os atos de *improbidade administrativa* em três espécies: a) *atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito* - artigo 9º[293]; b) *atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário* - artigo 10[294]; e, c) *atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública* - artigo 11[295] - dentre os quais encontra-se a imoralidade administrativa.

Ora, se a imoralidade administrativa está prevista como um das formas de caracterização de uma das espécies de *improbidade administrativa*, é porque existem outras categorias de atos de *improbidade administrativa* que prescindem da imoralidade. Assim, perante a *Lei nº 8.429/92*, a *improbidade administrativa* não pode ser definida como uma espécie de imoralidade administrativa.

---

[292] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 571. MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, *Ética e Administração Pública*, p. 58. MARCELO FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa*, p. 20. ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO, *Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa*, p. 32-33.

[293] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente: "*

[294] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:"*

[295] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:"*

Ademais, para a *Lei nº 8.429/92*, a *improbidade administrativa* não tem, necessariamente, caráter patrimonial. Conforme se infere desta lei, existem atos de *improbidade administrativa* que não causam enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, mas apenas ofensa aos princípios da Administração Pública. Isto já transparece da classificação dos atos de *improbidade* em três espécies, artigos 9º, 10 e 11[296], mas fica evidenciado pelo artigo 21, I, o qual, textualmente, diz que *"a aplicação das sanções previstas nesta Lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público"*. Assim, perante os critérios da *Lei nº 8.429/92*, a *improbidade administrativa* não pode ser conceituada como uma espécie de *imoralidade administrativa* caracterizada pelo prejuízo ao erário ou pelo enriquecimento ilícito. Se assim fosse não poderia haver, como há, *improbidade* sem prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito.

Portanto, os conceitos tradicionalmente enunciados pela doutrina para definir *improbidade administrativa* não tem aplicação segundo o critério adotado pela *Lei nº 8.429/92*. Como evidenciam os artigos 9º, 10, 11 e 21, I, da referida lei[297], a *imoralidade administrativa* é que é uma espécie do gênero *improbidade*, que pode ocorrer com enriquecimento ilícito (artigo 9º) ou com prejuízo ao erário (artigo 10), mas que também pode ficar caracterizado sem estas circunstâncias (artigos 11 e 21, I).

Aliás, é bom destacar que a classificação dos atos de *improbidade administrativa* em três espécies, *que importam em enriquecimento ilícito* (artigo 9º), *que causam prejuízo ao erário* (artigo 10) *e que atentam contra os princípios da Administração Pública* (artigo 11), foi muito positiva, pois ampliou o campo de incidência do combate judicial não criminal dos atos de *improbidade*.

É que, tanto a *Lei Pitombo-Godói Ilha*, quanto a *Lei Bilac Pinto*, exigiam o enriquecimento ilícito. Agora, justamente em função desta nova configuração dada pela *Lei nº 8.429/92*, não há esta requisito para caracterização da *improbidade administrativa*. Um ato de *improbidade administrativa* pode ser configurado independentemente do enriquecimento ilícito ou do prejuízo ao erário, bastando a ofensa aos princípios da Administração Pública.

---

296 - Transcritos em notas anteriores.

297 - Citados acima.

Observa-se que a *Lei nº 8.429/92* traça um critério subsidiário na aplicação de suas sanções, conforme a espécie de atos de *improbidade*. Muitas vezes, na maioria aliás, uma mesma conduta caracteriza ato de *improbidade* que importa em enriquecimento ilícito, que causa prejuízo ao erário e que atenta contra os princípios da Administração Pública. Nestes casos, não faz sentido que o responsável, em razão de um mesmo ato, seja punido com as penas previstas para prática das três espécies de *improbidade*, que se aplique, cumulativamente, as sanções previstas nos incisos I, II e III, do artigo 12, da Lei nº 8.429/92[298].

Assim, quando um mesmo ato caracterizar as três espécies de atos de *improbidade*, aplicam-se apenas as sanções correspondentes ao mais grave, de modo que as penas previstas para os *atos de improbidade administrativa* que causam prejuízo ao erário ficam reservadas aos casos em que não se tenha configurado, também, enriquecimento ilícito, e, as punições capituladas para os atos de *improbidade administrativa* que atentam contra os princípios da Administração Pública ficam restritas às hipóteses onde o mesmo ato não tenha configurado, também, enriquecimento ilícito e/ou prejuízo ao erário.

---

[298] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos."*

Como revela a expressão *notadamente*, grafada no final do *caput* dos artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92[299], o rol de condutas previsto em cada um destes artigos é meramente exemplificativo.

Destarte, qualquer conduta que importe em enriquecimento ilícito, que cause prejuízo ao erário ou que atente contra os princípios da Administração Pública configura o ato de *improbidade administrativa* respectivo, mesmo que não expressamente prevista em um dos incisos dos artigos 9º, 10 e 11, da referida lei, ficando seu autor sujeito às sanções previstas no artigo 12, incisos I, II ou III, da *Lei nº 8.429/92*[300], respectiva ou subsidiariamente, conforme a espécie de ato de *improbidade administrativa* praticado[301].

Logo após a entrada em vigor da *Lei nº 8.429/92*, alguns pretenderam impugnar a sua qualidade de meio jurídico a propiciar um combate não criminal dos atos de *improbidade administrativa*, pois, embora sem fundamento, sustentaram que as sanções nela previstas tinham caráter criminal.

Todavia, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, de plano, descartaram este tipo de colocação.

---

[299] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente: ... Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: ... Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:"*

[300] - Estes artigos foram transcritos em notas acima.

[301] - WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, p. 69-70. WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, *Probidade Administrativa*, p. 181. MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa*, p. 55. MARCELO FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa*, p. 38 e 49. RUY ALBERTO GATTO, *A Atuação do Ministério Público em Face da Lei nº 8.429/92 (Lei Anticorrupção)*, p. 56. CLÁUDIO ARI MELLO, *Improbidade Administrativa - Considerações Sobre a Lei 8.429/92*, p. 53.

Não obstante, é necessário deixar bem claro o caráter não criminal das sanções previstas na *Lei nº 8.429/92.*

Antes, porém, lembre-se que nem toda lei que impõe pena tem natureza criminal, pois a imposição de *sanção* não esta vinculada exclusivamente ao Direito Penal[302]. De fato, existem sanções de natureza administrativa, civil e política. Portanto, a imposição de penas não é privilégio do Direito Criminal. Sequer a pena privativa de liberdade é exclusiva do Direito Penal. A legislação civil, por exemplo, prevê penas privativas de liberdade, como a prisão do depositário infiel e do inadimplente de pensão alimentícia, e nem por isso é uma lei de caráter criminal, tampouco estas sanções têm natureza criminal.

A *Lei nº 8.429/92* é a norma infra-constitucional integradora do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal[303], o qual anunciou sanções à prática de atos de *improbidade administrativa*, *sem prejuízo da ação penal cabível.* Ora, a expressão *sem prejuízo da ação penal cabível*, tem algum efeito a produzir, não é nula, não é enfeite, deve ser interpretada de acordo com o sentido que mais eficácia lhe dê[304]. Conferindo eficácia à esta expressão, evidentemente, quer ela significar que as sanções aplicáveis aos atos de *improbidade* são outras que não aquelas impostas numa ação penal, de modo que não podem ser sanções criminais.

---

[302] - JAIR EDUARDO SANTANA, *Os Crimes de Responsabilidade Fiscal Tipificados pela Lei nº 10.028/00 e a Responsabilidade Pessoal do Administrador Público*, p. 132.

[303] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 37. ... § 4º. 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"*

[304] - Lembre-se que na Constituição não existem expressões inúteis ou supérfluas, não existem normas não jurídicas. Todos os vocábulos constantes na Constituição têm efeito a produzir e, segundo o princípio da máxima efetividade, devem ser interpretados de acordo com o sentido que mais eficácia lhe dê. A respeito: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130 e 235, inclusive nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

O mesmo raciocínio feito em sede constitucional, deve ser feito em sede infra-constitucional, uma vez que o artigo 12 da *Lei nº 8.429/92*[305], como não poderia ser diferente, menciona, expressamente, que as penas nele previstas independem das sanções criminais.

O artigo 15 da Constituição da República[306] prevê as hipóteses de cassação dos direitos políticos, cada uma tratada em um de seus incisos. Neste preceito, a Carta Magna trata separadamente a condenação criminal (inciso III) e a *improbidade administrativa* (inciso V), o que evidencia serem hipóteses diferentes. Se fossem a mesma coisa não haveria necessidade de serem tratadas em dois incisos diversos. Se as sanções previstas para a prática de atos de *improbidade administrativa* fossem criminais, necessidade alguma haveria do inciso V, bastaria o inciso III. Ora, como o Texto Constitucional não tem palavras inúteis, todas tendo efeito a produzir[307], obviamente o inciso V tem algum efeito a produzir, o que demonstra que trata de matéria diversa da prevista no inciso III.

Várias condutas descritas *Lei nº 8.429/92* como atos de *improbidade* são tipificadas como crimes na lei penal. Por óbvio, a intenção da *Lei nº 8.429/92* não foi repetir a incriminação de condutas já tipificadas criminalmente. Se assim fosse teria revogado todos os tipos penais que descrevem ações que caracterizam, também, atos de *improbidade*, pois lei posterior revoga lei anterior que disponha em sentido diverso. Se a interpretação fosse essa, a repressão aos atos de corrupção teria sido atenuada, eis que não haveriam mais penas privativas de liberdade para ilícitos desta natureza, o que representaria um contra-senso num momento que se clama pelo fim da impunidade.

---

[305] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: "*

[306] - Constituição Federal: *"Art. 15. É vedada a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º."*

[307] - LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

Para evidenciar que a *Lei nº 8.429/92* não traz sanções criminais pode-se, também, pode-se lançar mão do elemento histórico[308]. Com base em tal elemento de interpretação, analisando-se a *occasio legis* da *Lei nº 8.429/92*, percebe-se que seu projeto previa tipos penais, os quais forma eliminados no curso o processo legislativo, ao argumento de que eram muito abertos, não se coadunando com as garantias necessárias ao Direito Penal[309]. Então, é fácil perceber que as sanções que restaram na *Lei nº 8.429/92* não tem natureza criminal, pois as penas desta natureza foram extirpadas durante o processo legislativo.

Portanto, é evidente que a *mens legis* da *Lei nº 8.429/92* foi buscar conseqüências não criminais para atos de *improbidade administrativa*, como prevê o artigo 37, § 4º, da Constituição da República[310], que anuncia penas para a prática de atos de *improbidade administrativa* sem prejuízo da ação penal correspondente, agravando as punições aplicáveis àqueles que cometem atos de corrupção. Destarte, as sanções previstas na *Lei nº 8.429/92*, para a prática de atos de *improbidade administrativa*, não tem natureza criminal, fato que é enfatizado, de forma quase unânime, pela doutrina[311].

---

[308] - Conforme CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 142-145: embora este elemento não seja primordial, tem valor subsidiário, mormente na interpretação de leis novas.

[309] - WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR e MÁRIO ANTÔNIO DE CAMPOS TEBET. *Aspectos Penais da Improbidade Administrativa: Uma Forma de Crime Organizado,* p. 497.

[310] - Citado em nota acima.

[311] - HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 458. RUY ALBERTO GATTO, *A Atuação do Ministério Público Em Face da Lei nº 8.429/92 (Lei Anticorrupção)*, p. 59. JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 572. PLÁCIDO SERRA FARIA. *Agentes Públicos - Enriquecimento Ilícito - Sanções - A Importância da Lei nº 8.429/92 e o Papel do Ministério Público*, p. 325. FLÁVIO SÁTIRO FERNANDES. *Improbidade Administrativa*, p. 177. FÁBIO MEDINA OSÓRIO. *Observações Sobre Improbidade dos Agentes Públicos à Luz da Lei 8.429*, p.109-111. MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa*, p. 122. GIANPAOLO POGGIO SMANIO e DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS. *Responsabilidade Penal e Administrativa de Prefeitos Municipais*, p. 26. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 111.

Sendo as sanções previstas na *Lei nº 8.429/92* de natureza não criminal, conclui-se que: a) os tipos penais existentes com condutas idênticas às previstas em referida lei não foram revogados; b) não há foro privilegiado para a ação que visa imposição de tais penas, pois o foro privilegiado existe apenas em matéria criminal, não se aplicando às causas de natureza civil *latu sensu*, como tem entendido, de forma pacífica, a doutrina e a jurisprudência[312].

A *Lei nº 8.429/92*, em seu artigo 12, incisos I, II e III[313], prevê, respectivamente, as sanções aplicáveis à prática dos atos de *improbidade* que importam em enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da Administração Pública. As espécies de sanções são as mesmas para as três modalidades de atos de *improbidade*: *perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; e, proibição de contratar com o Poder Público ou receber*

---

[312] - JUAREZ FREITAS, *Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação*, p. 79. Acórdão nº 6.024, da 4ª Câm. Civ. do TJSC, proferido no mandado de segurança nº 6.024, de 4/2/93, Rel. Des. Alcides Aguiar. Acórdão nº 4249, da 6ª Câm. Civ. do TJPR, proferido no julgamento do agravo de instrumento nº 79.372-8, proveniente da Comarca de Carlópolis.

[313] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. "*

incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Difere apenas a graduação das sanções que admitem variação quantitativa, como o prazo da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar com o poder público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, e, o *quantum* da multa civil.

A lei não estabelece critério de variação qualitativa das penas. De fato, a *Lei de Improbidade Administrativa* não traça uma dosimetria bem delineada para aplicação das sanções que prevê. Reza apenas, no parágrafo único, do artigo 12[314], que: *"na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."*

Esta não delimitação clara da dosimetria das sanções provocuou discussão doutrinária, no sentido de saber se a norma prevista no parágrafo único, do artigo 12, da Lei nº 8.429/92[315], da ensejo a que, na fixação da pena, o julgador possa aplicar algumas das espécies de sanções previstas nos incisos do citado artigo, deixando de aplicar outras[316]; ou se, ao revés, sua margem apreciação está restrita aos elementos quantitativos de cada pena, como por exemplo, o *quantum* da multa e o prazo de suspensão dos direitos políticos, mas tendo sempre a obrigação de aplicar todas as modalidades de sanções previstas no inciso respectivo[317].

À primeira vista, numa interpretação literal dos artigos 37, § 4º, da Constituição Federal[318], e, 12 da *Lei nº 8.429/92*[319], a impressão é que o julgador estaria obrigado a aplicar as sanções *em bloco*. Isto é, configurada a prática de ato *improbidade administrativa* deveria impor todas as modalidades de penas previstas

---

[314] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 12. ... Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."*

[315] - Citado em nota supra.

[316] - Nesta posição: WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, p. 286-290. MARCELO FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa*, p. 67-68. JUAREZ FREITAS, *Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação*, p. 66-67 e 83.

[317] - Neste sentido: WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, *Probidade Administrativa*, p. 263-265. CLÁUDIO ARI MELLO, *Improbidade Administrativa - Considerações sobre a Lei 8.429/92*, p. 59.

[318] - Transcrito em nota anterior.

[319] - Citado em nota supra.

no respectivo inciso do artigo 12, dosando apenas a quantidade das sanções que admitem este tipo de variação.

Entretanto, fazendo-se uma interpretação sistemática[320], iniciando-se pela análise das normas constitucionais, inclusive seus princípios implícitos[321], necessário se faz optar pela outra interpretação, a que não obriga a imposição de todas as modalidades qualitativas de sanções. Perceba-se que a obrigatoriedade da aplicação de todas as modalidades sanções em *bloco*, em algumas situações, conduziria a soluções injustas e desproporcionais com a conduta do agente, dificultando, em muito, a aplicação da lei. Para ilustrar, formula-se o seguinte exemplo: um agente público que se apossasse de um automóvel de sua repartição com o tanque de combustível completo, fosse passear e, depois, devolvesse o veículo com o tanque de combustível vazio. A situação narrada neste exemplo, em tese, configura um de ato de *improbidade administrativa* que importa em enriquecimento ilícito. Convenha-se que, em tal hipótese, não seria proporcional, razoável e justo, a aplicação a este agente público das sanções de perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos por oito anos. Mas, também não seria correto deixar de aplicar a lei, até porque o ressarcimento do dano é algo que se impõe, face o princípio da indisponibilidade do interesse público[322]. A pena de multa teria aplicação perfeitamente razoável e proporcional à espécie.

Assim, para atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade[323], eis que as punições previstas no ordenamento jurídico devem ser

---

[320] - O ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, de forma que o verdadeiro sentido de cada norma somente pode ser obtido analisando-a no contexto deste sistema, nunca isoladamente. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

[321] - Sobre a existência de princípios implícitos no Texto Constitucional: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 150.

[322] - Sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público, ver item 37.

[323] - Sobre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, ver item 35.

proporcionais ao ilícito cometido, entende-se que é possível, na dosimetria das penas previstas para a prática de atos de *improbidade administrativa*, excluir-se algumas das espécies de sanções previstas no artigo 12 da *Lei nº 8.429/92*, aplicando-se apenas as penas proporcionais, razoáveis e justas ao caso concreto.

As sanções previstas na mencionada lei aplicam-se a quaisquer espécies de agentes públicos, sejam servidores públicos da Administração direta, sejam empregados da Administração indireta, sejam servidores investidos por prazo indeterminado ou determinado, sejam, inclusive, agentes políticos[324].

A preocupação da lei em atingir toda e qualquer espécie de agente público foi tão grande que estabeleceu, em seu artigo 2º, que: *"Reputa-se agente público, para efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior."*

Contudo, em alguns casos nem todas as modalidades de sanções podem ser aplicadas. É que, em algumas hipóteses, a Carta Magna prevê procedimentos específicos para aplicação da pena de perda da função pública, como é o caso do Presidente da República, dos Deputados e Senadores. Para estas autoridades não pode ser aplicada a pena de perda da função pública e, via de conseqüência, também não a suspensão dos direitos políticos, uma vez que o gozo destes é requisito para o exercício daquelas funções públicas[325].

---

[324] - JUAREZ FREITAS, *Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação*, p. 72.

[325] - Sobre o assunto: MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa*, p. 125-126. Contudo, discorda-se destes autores quando dizem que aos Deputados e Senadores podem ser aplicadas as penas de suspensão dos direitos políticos. A referência que fazem ao artigo 55, IV, da Carta Magna, que prevê a perda do mandato parlamentar quando houver a suspensão dos direitos políticos refere-se ao fato do parlamentar haver tido seus direitos políticos suspensos em relação a outro fato, que pode ser até mesmo outro ato de improbidade, praticado no exercício de outra função.

Por força do disposto em seu artigo 3º[326], as sanções previstas na *Lei nº 8.429/92* são aplicáveis aos partícipes do ato de *improbidade administrativa*, mesmo que estes não sejam agentes públicos. A participação pode se dar em momento anterior à prática do ato *improbidade administrativa*, ou seja, *induzindo* o agente público à sua prática, incentivando-o a efetivação do ato; pode ser dar concomitantemente à pratica do ato de *improbidade administrativa*, concorrendo com o agente para tanto; como pode se dar em momento posterior, beneficiando-se de ato de *improbidade administrativa* praticado pelo agente público.

Assim, embora a *autoridade responsável* a que se refere o § 2º, do artigo 37, da Carta Magna[327], seja o sujeito do ato administrativo de investidura de servidor público[328], isto é, o agente público que investe alguém em cargo ou emprego público, em tese, a pessoa investida também pode praticar o ato de *improbidade administrativa*. Para ser configurada tal situação, a pessoa investida deve ter *induzido* o agente público a praticar o ato de investidura em desconformidade com o ordenamento jurídico, *concorrido* para prática desse ato, ou, pode dele ter se *beneficiado* com má-fé.

Se alguma outra pessoa, que não o sujeito, tampouco o indivíduo investido, tenha *induzido*, *concorrido* ou *beneficiado-se* do ato de investidura de alguém em cargo ou emprego público, feito de maneira contrária ao ordenamento jurídico, esta terceira pessoa, por força do citado artigo 3º, terá, também, praticado, em co-autoria, o mesmo ato de *improbidade administrativa* cometido pelo sujeito do ato de investidura levado a efeito de maneira ilícita.

Apesar da definição somente ocorrer diante do caso concreto, é certo que, em tese, a prática de ato de investidura ilícita nos postos do serviço público configura ato de *improbidade administrativa*.

---

326 - Lei nº 8.429/92: *"Art. 3º. As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."*

327 - 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."*

328 - Sobre o sujeito do ato de investidura de servidor público, item 25.

Não há dúvida de que, em tese, o ato de investidura de servidor público, praticado em ofensa ao ordenamento jurídico, caracteriza ato de *improbidade administrativa* que atenta contra os princípios da Administração Pública. É que, em tal hipótese, haverá, no mínimo, ofensa ao princípio e ao dever de legalidade. Pode haver, também, violação aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, e até mesmo ao princípio da publicidade[329], mormente quando o ato de investidura é realizado com ofensa à norma que impõe a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, o que acarreta, consequentemente, violação aos deveres de legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, ficando os responsáveis sujeitos às sanções previstas no artigo 12, III, da Lei nº 8.429/92[330].

A polêmica gira em torno de, em tese, o ato de investidura de servidor público, feito de maneira contrária ao ordenamento jurídico, configurar, ou não, ato de *improbidade administrativa* que causa prejuízo ao erário.

Conforme exposto no tópico a respeito do ressarcimento dos danos eventualmente causados ao erário[331], entende-se que, em tese, o ato de investidura de servidor público efetivado de maneira ilícita acarreta prejuízo ao patrimônio público, na medida em que a Administração Pública estará gastando verbas decorrentes de ato nulo, valores que, licitamente, não deveria despender. Assim, se o ato de investidura nos postos do serviço público feito de forma irregular causa prejuízo ao patrimônio público, entende-se que, em tese, configura ato de *improbidade administrativa* que causa prejuízo ao erário, ficando os responsáveis sujeitos às sanções previstas no artigo 12, II, da *Lei nº 8.429/92*[332].

---

329 - Sobe os princípios citados, itens 29 a 37.

330 - Citado algumas notas acima. A respeito desta conclusão: MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR., *Improbidade Administrativa*, p. 116.

331 - Item 26.

332 - Citado algumas notas acima.

Poder-se-ia objetar esta conclusão, alegado-se que, em razão do previsto no inciso V, do artigo 11, da *Lei nº 8.429/92*[333], o ato de investidura de servidor público praticado de forma ilícita estaria capitulado com ato de *improbidade* que atenta contra os princípios da Administração Pública. Porém, o citado dispositivo não está tratando do ato de investidura em si, mas de eventual fraude que afete a licitude de concurso público. Em função desse preceito legal, qualquer fraude que afete a licitude de concurso público, mesmo que não ocorra a investidura do pretenso aprovado, caracterizará, em tese, o ato de *improbidade* previsto inciso V, do artigo 11, da *Lei nº 8.429/92*, ficando os responsáveis sujeitos às sanções previstas no artigo 12, III, de tal lei[334]. Todavia, se além da fraude no concurso ocorrer o ato de investidura e, em razão de tal fato, configurar-se prejuízo ao patrimônio público, estará configurado ato de *improbidade* que causa dano ao erário, pois, conforme visto logo acima, a enumeração dos incisos do artigo 10 da *Lei nº 8.429/92*[335] é meramente exemplificativa, de maneira que qualquer conduta ilícita praticada por agente público que cause prejuízo ao patrimônio público configura, em tese, *ato de improbidade administrativa* que causa dano ao erário, ficando os responsáveis sujeitos às sanções previstas no artigo 12, II, da referida lei[336].

Se houver má fé da pessoa ilicitamente investida em cargo ou emprego público, ou qualquer outra espécie de benefício econômico ao agente público responsável pelo ato de investidura, configurar-se-á, em tese, também, ato de *improbidade administrativa* que importa em enriquecimento ilícito, ficando os responsáveis sujeitos às sanções previstas no artigo 12, I, da *Lei nº 8.429/92*[337].

---

[333] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: ... V - frustrar a licitude de concurso público."*

[334] - Citado algumas notas acima.

[335] - Lei nº 8.429/92: *" Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: ... "*

[336] - Citado algumas notas acima.

[337] - Citado algumas notas acima.

27.4. A quarta espécie de punição que estariam, em tese, sujeitos os agentes públicos responsáveis pela prática de atos de investidura nos postos do serviço público feitos de maneira ilícita seriam as ***sanções políticas***, derivadas de infrações políticas, também chamadas *crimes de responsabilidade*.

A Lei nº 1.079/50 estabelece os *crimes de responsabilidade* praticados pelo Presidente da República, pelos Ministros de Estado, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador-Geral da República. No artigo 4º, V[338], preceitua que atentar contra a probidade administrativa é *crime de responsabilidade*.

No artigo 9º, 5.[339], esta lei tipifica como *crime de responsabilidade que atenta contra a probidade na administração* ***infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais***. Conforme visto, quando tratou-se das conseqüências que importam sanções criminais[340], as *normas legais* referidas no tipo são quaisquer normas aplicáveis ao respectivo ente federado. Aqui, embora os tempos fossem outros, é preciso destacar que apenas a investidura irregular em *cargos públicos*, portanto de *funcionários públicos*, e não de quaisquer espécies de *servidores públicos*, é que configurará a infração política em análise, pois nesse caso, como se está em sede de normas infra-constitucionais, o sentido técnico deve prevalecer sobre o sentido comum[341].

No artigo 9º, 1., a Lei nº 1.079/50[342] tipifica como *crime de responsabilidade* que atenta contra a probidade administrativa omitir ou retardar dolosamente a publicação de atos do Poder Público.

---

[338] - Lei nº 1.079/50: *"Art. 4º. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: ... V - a probidade na administração; ..."*

[339] - Lei nº 1.079/00: *"Art. 9º. São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: .. 5. Infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais."*

[340] - Item 27.2.

[341] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 109.

[342] - Lei nº 1.079/50: *"Art. 9º. São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: 1. omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; "*

Por força dos artigos 13, 1. e 2. e 74, ambos da Lei nº 1.079/50[343], estes *crimes de responsabilidade* catalogados por tal diploma legal estendem-se aos Ministros de Estado, aos Governadores e aos Secretários de Estado.

O Presidente da República, e os Ministros de Estado nos *crimes de responsabilidade* conexos com os praticados pelo Chefe do Poder Executivo Federal, são julgados perante o Senado Federal, como dispõe o artigo 52, I, da Constituição da República[344]. Pelo cometimento de *crimes de responsabilidade* não conexos com os cometidos pelo Presidente da República, os Ministros de Estado são julgados pelo Supremo Tribunal Federal, como estabelecido no artigo 102, I, *c*, da Constituição Federal[345]. A teor do artigo 75 da Lei nº 1.079/50[346], os *crimes de responsabilidade* praticados pelos Governadores e pelos Secretários de Estado são julgados perante a Assembléia Legislativa do respectivo Estado.

As penas aplicáveis ao Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Governadores e aos Secretários de Estado, pela prática dos *crimes de responsabilidade*, são a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de

---

[343] - Lei nº 1.079/00: *"Art. 13. São crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado: 1. os atos definidos nesta Lei, quando por eles praticados ou ordenados; 2. os atos previstos nesta Lei que os Ministros assinarem com o Presidente da República ou por ordem deste praticarem; ... Art. 74. Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta Lei."*

[344] - Constituição Federal: *"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;"*

[345] - Constituição Federal: *"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros de Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente."*

[346] - Lei nº 1.079/50: *"Art. 75. É permitido a todo cidadão denunciar o Governador perante a Assembléia Legislativa, por crime de responsabilidade."*

qualquer função pública pelo prazo de cinco anos, conforme previsto nos artigos 2º e 78, ambos da Lei nº 1.079/50[347].

Destarte, toda vez que o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Governadores de Estado ou os Secretários de Estado infringirem normas que traçam requisitos para a investidura de *funcionários públicos*, excluindo-se aqui os demais servidores públicos, bem como toda vez que essas autoridades, dolosamente, omitirem ou retardarem a publicação de atos administrativos, estarão caracterizados, em tese, respectivamente, os *crimes de responsabilidade* previstos nos artigos 9º, 5., e, 9º, 1., ambos da Lei nº 1.079/50[348], aos quais são aplicadas as penas de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de cinco anos.

Aplicável aos Prefeitos e Vereadores, o Decreto-lei nº 201/67, em seu artigo 4º, VII[349], caracteriza como *crime de responsabilidade* dos Alcaides *praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência.*

Os atos de investidura nos postos do serviço público que não obedeçam os requisitos previstos no ordenamento jurídico, por evidente, são atos que contrariam expressa disposição de lei, razão pela configuram dita infração político-administrativa.

---

[347] - Lei nº 1.079/50: *"Art. 2º. Os crimes definidos nesta Lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até 5 (cinco) anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República. ... Art. 78. O Governador será julgado, nos crimes de responsabilidade, pela forma que determinar a Constituição do Estado e não poderá ser condenado, senão à perda do cargo, com inabilitação, até 5 (cinco) anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da justiça comum."*

[348] - Citados em notas logo acima.

[349] - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 4º. São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas a julgamento pela Câmara dos Vereadores com a cassação do mandato: ... VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;"*

O mesmo Decreto-lei, em seu artigo 4º, IV[350], tipifica outro *crime de responsabilidade* que, indiretamente, tem relação com a investidura nos postos do serviço público. É a omissão ou retardamento doloso da publicação de atos do Poder Público, o que poderá ocorrer especialmente com editais de concurso público.

Por tais infrações, os Alcaides são julgados perante as respectivas Câmara Municipais, como dispõe o artigo 4º do Decreto-lei nº 201/67[351].

A pena aplicável ao Prefeito Municipal, pela prática de *crimes de responsabilidade*, é a cassação do mandato, conforme previsto no artigo 4º do Decreto-lei nº 201/67[352].

Assim, toda vez que o Prefeito Municipal infringir normas que traçam pressupostos para a investidura de servidores públicos, bem como toda vez que, dolosamente, omitir ou retardar a publicação de atos administrativos, estarão tipificados, em tese, os *crimes de responsabilidade* previstos no artigo 4º, VII, e, no artigo 4º, IV, respectivamente, ambos do Decreto-lei nº 201/67[353], ficando o Alcaide sujeito à pena de cassação do mandato.

O § 3º, combinado com o § 1º, ambos do artigo 29-A, da Constituição Federal[354], caracteriza como *crime de responsabilidade* a conduta do Presidente da Câmara Municipal de Vereadores que gaste mais de setenta por cento da receita desta Casa de Leis com folha de pagamentos, incluído o subsídio dos Vereadores.

---

350 - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 4º. São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas a julgamento pela Câmara dos Vereadores com a cassação do mandato: ... IV - Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade; "*

351 - Citado em nota logo acima.

352 - Transcrito em nota anterior.

353 - Grafado em notas logo acima.

354 - Constituição Federal: *"Art. 29-A. ... § 1º. A Câmara Municipal não gastará mais de 70% (setenta por cento) de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio dos Vereadores. ... § 3º. Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo."*

Porém, estes dispositivos não esclarecem a quem competiria o julgamento deste *crime de responsabilidade*, tampouco estabelecem quais seriam as sanções aplicáveis a tal prática. Assim, deve-se recorrer ao Decreto-lei nº 201/67 que, conforme sua ementa, *"dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores"*, definindo as *infrações político-administrativas* que, em tese, estas autoridades podem praticar, bem como o processo e julgamento das mesmas. O artigo 7º do Decreto-lei nº 201/67 preceitua que *"a Câmara Municipal poderá cassar o mandato de Vereador"*, nas hipóteses descritas nos seus incisos, sendo que o § 1º deste artigo assevera, textualmente, que *"o processo de cassação de mandato de Vereador é, no que couber, o estabelecido no art. 5º deste Decreto-lei"*, o qual prevê processamento perante a Câmara Municipal. Então, conclui-se que, pelo cometimento do *crime de responsabilidade* tipificado nos § 3º, combinado com o § 1º, ambos do artigo 29-A, da Constituição da República[355], o Presidente da Câmara de Vereadores será julgado pelo Parlamento local e a pena aplicável só pode ser a cassação do mandato[356].

Portanto, toda vez que o Presidente da Câmara Municipal praticar um ato de investidura de servidor público, em função do qual a despesa com a folha de pagamentos, incluído o subsídio dos Vereadores, ultrapasse a 70% (setenta por cento) da receita desta Casa de Leis, estará caracterizado, em tese, o *crime de responsabilidade* previsto nos § 3º, combinado com o § 1º, ambos do artigo 29-A, da Carta Magna[357], ficando sujeito à pena de cassação do mandato.

O artigo 7º do Decreto-lei nº 201/67[358], reza que o Vereador, incluindo, obviamente, o Presidente da Câmara, poderá ter o mandato cassado quando utilizar-se do mesmo para a prática de atos de corrupção ou de improbidade

---

[355] - Citado em nota logo acima.

[356] - Até porque, em razão do acima exposto quando tratado das sanções criminais - item 27.2. - estas só podem ser aplicadas se houver prévia tipificação do crime e previsão da pena aplicável.

[357] - Citado em nota logo acima.

[358] - Decreto-lei nº 201/00: *"Art. 7º. A Câmara poderá cassar o mandato de Vereador, quando: I - Utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa. II - ... III - Proceder de modo incompatível com a dignidade da Câmara ou faltar com o decoro na sua conduta pública."*

administrativa, bem como quando proceder de modo incompatível com a dignidade da Câmara ou faltar com o decoro na sua conduta pública.

Como visto, o § 1º, do artigo 7º, do Decreto-lei nº 201/67[359], prevê que o julgamento destes *crimes de responsabilidade* compete à Câmara Municipal.

Foi analisado, outrossim, que o ato de investidura de servidor público realizado em contrariedade ao ordenamento jurídico configura, em tese, ato de improbidade administrativa[360]. Observou-se, também, que é nulo o ato de investidura de servidor público que atentar contra princípios da Administração Pública[361], o que pode desencadear diversas punições[362]. Então, por evidente que, em tese, a prática de ato de investidura de servidor público que atente contra os princípios que regem a Administração Pública implica em proceder de forma incompatível com a dignidade da Câmara e com o decoro parlamentar.

Destarte, toda vez que um Vereador, inclusive o Presidente da Câmara Municipal, praticar um ato de investidura de servidor público vulnerando o ordenamento jurídico, estarão caracterizados, em tese, os *crimes de responsabilidade* previstos nos incisos I e III, do artigo 7º, do Decreto-lei nº 201/67[363], ficando sujeito à pena de cassação do mandato.

---

359 - Transcrito logo acima.

360 - Item 27.3.

361 - Sobre princípios que regem a Administração Pública com influência na investidura de servidores públicos, itens 29 a 37.

362 - Itens 24 a 27.4.

363 - Citado em nota logo acima.

CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À INVESTIDURA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

28. Antes de qualquer análise dos dispositivos constitucionais que regem a investidura nos postos do serviço público, não se pode esquecer que ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, no qual a Constituição, como obra do Poder Constituinte, encontra-se no degrau mais elevado[364].

Como leciona José Joaquim Gomes Canotilho, a Constituição tem necessidade da positivação *regras* e de *princípios*. Os *princípios* são indispensáveis, pois conferem flexibilidade ao sistema, permitindo maior estabilidade à Constituição, uma vez que, diferentemente das *regras*, não estão sujeitos à lógica do tudo ou nada, podendo amoldar-se, com mais facilidade, às exigências sociais, mutáveis no curso dos anos. As *regras* são imprescindíveis, uma vez que atribuem segurança jurídica ao ordenamento, pois um sistema composto apenas de *princípios* teria carência de normas precisas, sendo bastante indeterminado[365].

Neste sistema harmônico e hierarquizado de regras e *princípios* estes são fundamentais, seu estudo de grande influência para exata compreensão do tema em análise. É que, apesar de não existir hierarquia entre as normas constitucionais, não se pode esquecer que elas tem funções diferentes a desempenhar e que umas apresentam maior importância axiológ*ica* que outras[366].

---

[364] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 127. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

[365] - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1035-1036. Pelo entendimento de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *in op. cit.*, p. 1034, que é adotado neste trabalho, as *normas* são o gênero, do qual *regras* e *princípios* são as espécies.

[366] - LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 194-195 e 201.

Os *princípios* são normas mais abstratas que as *regras*, com menor densidade semântica. Todavia, o que perdem em densidade semântica, ganham em força valorativa, pois, sendo normas mais gerais e abstratas, seu poder normativo consegue espalhar-se sobre o ordenamento jurídico. Na linguagem de Luís Roberto Barroso, os *princípios* seriam como um fio a *costurar* o sistema. Assim, constituem a base, o alicerce, são os *mandamentos nucleares do sistema*[367]. Justamente por possuir estas características, os *princípios* apresentam maior importância axiológica e funcionam como *vetores de interpretação*, como verdadeiras *lanternas* seguradas pelo hermeneuta. Por isso, *"o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins"* [368].

Destarte, para a exata compreensão do tema em estudo faz-se imprescindível uma análise dos princípios constitucionais que *derramam* sua força normativa sobre as normas que disciplinam a investidura nos postos do serviço público, pois se não compreendidos estes princípios constitucionais o trabalho ficaria sem sentido.

Esta investigação torna-se imprescindível, também, pelo fato de que os *princípios*, apresentando baixo grau de densidade semântica, geralmente exprimirem *conceitos jurídicos indeterminados*, ou seja, expressões que não exprimem, ao menos em tese, uma compreensão uniforme, dando margem a mais de um significado, como por exemplo, *ordem pública, bem comum, moralidade administrativa, igualdade, impessoalidade, economicidade, razoabilidade, interesse público, etc.*

---

[367] - LUÍS ROBERTO BARROSO, citando Celso Antônio Bandeira de Mello, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 148-149. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 138. MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO, *Hermenêutica Constitucional*, p. 57.

[368] - LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 107, 147, 148-149 e 194-195. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p.138. MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 57.

Os *conceitos indeterminados* não são deficiências, mas recursos legislativos, acordes com a necessidade do sistema jurídico ser formado por *regras* (*normas de maior densidade semântica*) e *princípios* (*normas com menor densidade semântica*)[369], uma vez que o *"Direito nem sempre pode realizar de maneira adequada sua função ordenadora, limitando-se a condensar numa fórmula rígida todos os aspectos multiformes das relações vitais e aí reside a razão pela qual o legislador emprega conceitos mutáveis, indeterminados"*[370].

A questão sobre os *conceitos jurídicos indeterminados* diz respeito a haver, ou não, *discricionariedade* na interpretação. Uma corrente prega que há *discricionariedade*, sendo possível um juízo subjetivo do administrador público ou do intérprete, vez que tais conceitos dão margem a mais de uma interpretação, sendo que as dúvidas nem sempre podem ser dissipadas, mesmo diante do caso concreto e de elementos de compreensão destes conceitos, como nos chamados *hard cases*[371]. Outra corrente entende que o *poder discricionário* não pode ser confundido com qualquer imprecisão legislativa, de modo que os *conceitos indeterminados* não autorizam seu uso, a pluralidade de opções, manifestada pela lei em tese, é fruto da impossibilidade do legislador prever todas as situações futuras e só existe na *estática da norma*, mas desaparece diante do caso concreto, onde o administrador deve, necessariamente, optar pela situação que melhor atenda ao interesse público, a qual só não foi prevista pelo legislador por revelar-se apenas diante da realidade fática[372].

---

[369] - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1034 e 1036.

[370] - L. LOPES RODÓ, *O Poder Discricionário da Administração – Evolução Doutrinária e Jurisprudencial,* p. 42.

[371] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 17 e 22. Em posição semelhante: L. LOPES RODÓ, *op. cit.,* p. 42-44. LUÍS ROBERTO BARROSO, inclusive citando Celso Antônio Bandeira de Mello, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 107-108, inclusive nota 18.

[372] - Neste sentido: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, citado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 22. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ. *Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas*, p. 2-3. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 115, 116 e 122-123 e 126.

A questão deve ser enfrentada com cuidado. Não se pode dizer, mesmo diante do caso concreto, que em todas as hipóteses de *conceitos indeterminados* há apenas uma opção certa, como também não se pode afirmar que em todas as hipóteses deste gênero há mais de uma alternativa válida. Até para esta constatação, necessita-se investigar a realidade fática. Portanto, não se pode dizer, antecipadamente, que os *conceitos indeterminados* autorizam, ou não, o *poder discricionário*.

Apesar de serem imprecisos, os *conceitos indeterminados*, têm um conteúdo mínimo, pois do contrário sequer seriam conceitos. Este conteúdo mínimo pode conduzir a *zonas de certeza*, possibilidade de detectar soluções que, *notoriamente*, estão abrangidas na norma (*zona de certeza positiva*) e soluções que, *notoriamente*, não estão abrangidas na norma (*zona de certeza negativa*)[373].

Assim, quando, diante do caso concreto, a solução que melhor atenda ao *interesse público* e/ou ao *desiderato da norma* puder ser detectada não haverá *discricionariedade*, por mais difícil que seja esta determinação. Nesses casos, deve-se preferir a solução que melhor atenda o *interesse público* e/ou ao *desiderato da norma*, não há opção[374]. Quando, mesmo diante do caso real, não se conseguir amoldar a situação a uma *zona de certeza positiva*, nem a uma *zona de certeza negativa*, pode-se dizer que se está diante de *dúvida insanável*, *dúvida razoável*, a solução está numa *zona intermediária*, *zona de incerteza* ou *zona de penumbra*, onde a opção adotada não é *notoriamente equivocada*[375]. Nas hipóteses de *dúvida razoável*, quando não se pode saber, mesmo diante da realidade fática, qual é a alternativa que melhor atende ao *interesse público*, haverá *discricionariedade*, desde que a opção adotada esteja dentre as soluções *razoáveis*, que não seja *notoriamente equivocada*. Nestes casos, faculta-se ao administrador público a escolha, através de critérios de *conveniência* e *oportunidade*[376].

---

[373] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 29-30.

[374] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 30-31 e 41.

[375] - LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 118. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 22.

[376] - FERNANDO SAINZ MORENO, citado por LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 119-120. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 24, 27, 32, 40, 42 e 43.

Então, é absolutamente necessária uma análise dos princípios constitucionais aplicáveis à investidura nos postos do serviço público, mormente os princípios da *moralidade*, *igualdade*, *impessoalidade*, *eficiência*, *legalidade*, *publicidade*, *razoabilidade*, *proporcionalidade*, *economicidade*, *supremacia e indisponibilidade do interesse público*, para tentar estabelecer algum conteúdo de seus conceitos, fixando o *programa* normativo, para que, no caso real tente-se atingir as *zonas de certeza*.

Convém não esquecer que os *princípios* podem aparecer tanto explícitos, quando o texto normativo expressamente os nomina e impõe sua obediência, como podem estar implícitos, quando apesar não grafados no texto normativo sua observância é depreendida do contexto do ordenamento jurídico[377].

29. Dentre os princípios informadores do regime jurídico administrativo, com influência na investidura de servidores públicos, está o ***princípio da moralidade***, que se encontra previsto no artigo 37 da Constituição Federal[378].

Durante o século XVIII diversos movimentos[379] inspiraram levantes políticos que tinham entre seus fins a limitação do poder. Vitoriosos, para conter o poder, estes movimentos estabeleceram a noção de Estado de Direito, um Estado governado por leis e não por homens[380], onde o soberano deveria submeter-se a preceitos gerais e abstratos previamente estabelecidos.

---

[377] - Sobre princípios implícitos no Texto Constitucional: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 150. ALEXANDRE DE MORAES, citando julgado do STF, *Direito Constitucional*, p. 290.

[378] - 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: ... "*

[379] - Iluminismo, contratualismo, jusnaturalismo, liberalismo, *etc.*

[380] - Conforme CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal nas Empresas Pública*, p. 10, *"...o Estado de Direito deve ser entendido como aquele em que o Poder Executivo deve atuar dentro dos limites estabelecidos pelo Poder Legislativo e sob a vigilância constante do Judiciário."* A noção de governo de leis e não de homens, que na época representava novidade, há muito já se tinha cogitada, como se vê em ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p. 102.

Embora estes movimentos tenham sido, de regra, inspirados por noções *jusnaturalistas*[381], o Estado de Direito desenvolveu-se para crença num *positivismo jurídico*[382] que, com certos abrandamentos, vem até os dias de hoje.

A noção de Estado de Direito, aliada ao *positivismo jurídico*, fez por exacerbar o princípio da legalidade, dando-lhe um significado de que tudo que não é vedado pelo ordenamento jurídico positivo é permitido. Tudo que não é proibido pelas leis *é moral, é justo, é ético*. Apesar disto, hodiernamente, o direito tem *positivado* conceitos axiológicos, o que não deixa de representar certo autofagismo do *positivismo*, na medida em que, ao estabelecer *conceitos jurídicos indeterminados*[383] diminui a propalada segurança jurídica do *positivismo*, obrigando o intérprete a recorrer a elementos meta-jurídicos. Normas com tais características aparecem em especial nas Constituições, pois estas tem uma linguagem mais genérica e abstrata[384].

O *princípio da moralidade administrativa*, previsto no artigo 37 da Constituição da República[385] é uma destas normas, pois positiva um *conceito jurídico indeterminado*, uma vez que não se pode saber de antemão, em tese, sem um caso concreto, o que está, ou não, de acordo com tal princípio.

A inserção do *princípio da moralidade* no Texto Constitucional conferiu autonomia a este princípio. Antes da edição da Constituição Federal de 1988 o *princípio da moralidade* era considerado como incluído no do *princípio da legalidade*[386].

---

[381] - Conforme JUAREZ FREITAS, *Filosofia do Direito*, págs. 18-19: o *jusnaturalismo* afirma *"a pré-existência de um ordenamento jurídico ideal superior à ordem jurídica positiva"*.

[382] - Como explica JUAREZ FREITAS, *Filosofia do Direito*, p. 19: o *positivismo* é *"aquela posição que repele as investigações apriorísticas e o substrato absoluto à manifestação do Direito. ... a realidade jurídica só se revela em leis, normas, costumes e, sobretudo, na experiência histórica."*

[383] - Sobre conceitos indeterminados, ver item anterior.

[384] - LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 104, 107-108. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 138.

[385] - Citado em nota logo acima.

[386] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 70. Neste sentido julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado na Revista de Direito Administrativo (RDA) nº

Após a atual Carta Magna o *princípio da moralidade* adquiriu dimensão própria, independente do *princípio da legalidade*. Passou a ter campo de incidência próprio, nem tudo que é *legal* é, necessariamente, *moral*. A partir de então o ordenamento jurídico brasileiro aceitou, de maneira expressa, que um ato administrativo possa ser impugnado sob alegação de ser *imoral*, embora seja *legal*[387].

Esta autonomia representou um progresso, principalmente do ponto de vista do *justo real*. Possibilita a correção de uma série de distorções administrativas que, embora representassem agressões aos *padrões morais*, ficavam fora do campo do controle jurisdicional por não representarem ofensa à *legalidade*. Todavia, junto com este progresso, trouxe uma dificuldade: é que a *legalidade* é um conceito mais objetivo, representa uma contrariedade *à lei*, não importando o conteúdo da lei; ao passo que a *moralidade* é um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo não é de fácil apreensão, exigindo um esforço interpretativo, que nem sempre conduz a um entendimento homogêneo.

Celso Ribeiro Bastos observa que os conceitos fornecidos pela doutrina para precisar o *princípio da moralidade*, tais como: *conjunto de regras que vigoram no interior da Administração*, *moral juridicizada*, *et coetera*, não seriam suficientes para conferir um mínimo de precisão ao vocábulo[388]. Chega a propugnar que *"seria de todo conveniente que editada fosse uma legislação que precisasse melhor os critérios pelos quais se pudesse identificar quando se está diante de uma regra integradora da moralidade administrativa*[389].

89, p. 134: *" O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo."*

[387] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 70. WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, *Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função*, p. 32. MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Ética e Administração Pública*, p. 60. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 38.

[388] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 38-39. JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 571, também fala da dificuldade de detectar o conteúdo do *princípio da moralidade*.

[389] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 38-39.

Porém, permite-se discordar deste posicionamento. A uma, porque trancafiar o conteúdo do *princípio da moralidade administrativa* em numa legislação positiva seria voltar ao estado anterior: o *princípio da moralidade administrativa* perderia sua identidade, confundindo-se com o princípio da legalidade[390]. A duas, porque a indeterminação em abstrato do *princípio da moralidade administrativa* não deixa de ser uma virtude, tendo em vista que a lei jamais conseguiria abarcar todas as condutas tidas como imorais, de forma que muitas escapariam de seu alcance. Com um conceito aberto, pode-se, diante do caso concreto abranger todas as situações que violentam a *moralidade.*

Então, a tarefa do aplicador do direito deve ser, diante do caso real, colmatar o conteúdo do *princípio da moralidade*, que não pode ser desvendado no seu todo em uma análise em tese, até porque o conceito de *moralidade* varia de acordo com o tempo e o lugar. Entretanto, embora não se possa extrair conclusões exatas e absolutas, sem um caso concreto[391], pode o estudioso do direito envidar esforços no sentido de detectar um conteúdo mínimo ao *princípio da moralidade*, detectando-se zonas de certeza positiva e negativa[392].

Para tentar conferir alguma objetividade ao *princípio da moralidade*, deve-se recorrer a elementos meta-jurídicos, até porque embora a interpretação constitucional seja uma espécie de interpretação jurídica, possui métodos próprios[393], que não dispensam o recurso a esses elementos, através dos

---

390 - A respeito, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 104: *"Evidentemente, não interessa aqui analisar as regras morais que se transformaram em regras jurídicas porque, aí, passa a imperar o princípio da legalidade."*

391 - Sobre a impossibilidade de interpretação de lei em tese: KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 31-49. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1086 e 1089. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 438-440. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação Constitucional*, p. 37, 43-49, 56, 58 e 78.

392 - Sobre conceitos jurídicos indeterminados e suas zonas de certeza, item anterior.

393 - LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 104 e 107. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 420.

quais pode-se compreender o conteúdo de diversos *conceitos indeterminados* que não podem ser apreendidos desgarrados da vida social[394].

Outra peculiaridade da interpretação da Constituição é que, em razão do caráter de *inicialidade* e *superioridade* de suas normas, os vocábulos constantes de seu texto devem ser compreendidos em seu significado comum e não no sentido técnico atribuído por ramos do direito infra-constitucional, a menos que isso resulte claro, quando devem ser tomados de acordo com a tradição, pois a Constituição deve ser interpretada a partir dela mesma[395].

O termo *moralidade*, segundo um significado comum, é tido como relativo a *integridade de caráter*, *honradez*, *bons costumes*, *honestidade*[396].

Com estas premissas, para tentativa de *objetivar* o conteúdo do *princípio da moralidade* deve-se procurar subsídios num campo científico que se dedique ao estudo da *integridade de caráter*, da *honradez*, dos *bons costumes* e da *honestidade* - a *Ética*[397].

---

394 - LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 107, 111 e 112. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 420. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 103-104. CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, citando Jorge Miranda, *Admissão de Pessoal nas Empresas Pública*, p. 15-16.

395 - LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 127-128. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 103-105. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1106.

396 - AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*, p. 442 e 530. FRANCISCO DA SILVEIRA BUENO, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 820 e 997. ADALBERTO PRADO E SILVA e outros, *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, Mirador Internacional*, p. 1169.

397 - Conforme JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofia*, p. 1057: o termo *ética* foi definido, inicialmente, num sentido *aristotélico*, como a doutrina que estuda os costumes, destinada a saber se uma conduta é ou não uma *virtude*. Posteriormente foi ligado ao sentido *moral*, à ciência que se ocupa dos objetos morais. É a *ética*, então, um campo do conhecimento que estuda um tipo o comportamento humano que se relaciona com *o certo e o errado*, *o bom e o mau*, *o correto e o censurável*, do ponto de vista *moral*, ou seja, como definido por ADOLFO SÁNCHEZ VÁSQUEZ, *Ética*, p. 12: *"a ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade."*

Sem ignorar que existiram outras filosofias e outros estudos éticos anteriores[398], para compreensão da dimensão do *princípio da moralidade* no direito brasileiro atual, deve-se recorrer às noções de *ética* que orientaram a cultura ocidental, as quais apresentam sua origem mais remota na Grécia Antiga[399]. Destarte, na busca pela *objetivação* do conteúdo do *princípio da moralidade* deve-se fazer uma breve digressão histórica sobre as tentativas de estabelecer um *padrão universal de comportamento moral*, a partir da Grécia Antiga.

Embora tenham procurado *um conceito universal do bem*, as definições de *ética* de Sócrates e Platão pouco contribuem para *objetivar* o conceito do *princípio da moralidade*, pois partem de uma concepção *metafísica.* A *ética socrática* vincula a moral ao conhecimento: *todo aquele que conhece o bem pratica o bem*, ninguém pratica o mal voluntariamente. O conceito *platônico* de *ética* preocupa-se em *como atingir o mundo das idéias*, imaginando uma *cidade ideal*, com divisão de funções correspondentes a cada classe social, que deveria praticar uma das *virtudes da alma: prudência*, *temperança*, *fortaleza* e *justiça*[400].

Para Aristóteles todas as condutas humanas são impulsionadas por uma *finalidade*, que, em última razão, seria atingir o *bem supremo*, a *felicidade*. Esta somente é alcançada pela *prática habitual de ações conforme a excelência moral*, o que pressupõe liberdade e capacidade de decisão. A definição da *excelência moral* é baseada no *meio termo*, pois quase toda[401] atividade humana apresenta um excesso e uma falta, ambos prejudiciais - *vícios* -, de maneira que só é virtuoso numa atividade quem não age aquém ou além do que é esperado pela *excelência*. A ética aristotélica, como a de Platão, é carregada de conteúdo sócio-político, pois o homem não consegue levar uma vida isolada e somente na *polis*

---

[398] - Pois, como diz ADOLFO SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Ética, p. 7, *"O comportamento humano prático-moral, ainda que sujeito a variação de uma época para outra e de uma sociedade para outra, remonta até as próprias origens do homem como ser social".*

[399] - JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofia*, p. 1058.

[400] - JOSÉ AMÉRICO MOTTA PESSANHA, *Aristóteles, Vida e Obra*, pág. XVII.

[401] - Quase toda, pois Aristóteles observa que algumas ações não admitem *meio-termo*, uma vez que já trazem implícitas ações boas ou más, como: a *imprudência*, a *inveja*, o *adultério*, o *roubo*, a *prudência*, a *dignidade*, *etc.* Aí a deficiência não reside na falta ou no excesso, mas na própria prática ou não da ação. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p. 42.

pode atingir a *felicidade*, sendo a finalidade da cidade muito mais nobilitante e importante que a finalidade de um indivíduo isolado. Percebe-se que Aristóteles desloca o conceito moral de um plano *metafísico* para uma *ação concreta do indivíduo*, guiada segundo parâmetros aceitos em determinada sociedade[402].

A contribuição dos *sofistas* para objetivação do *princípio da moralidade* é nula, pois partindo de um pensamento pragmático e individualista, sua preocupação com assuntos políticos estava voltada a ensinar a arte da *retórica*, com o fim de obter êxito pessoal, não como a melhor maneira de atingir o bem comum. Nesta tarefa, colocaram em dúvida a existência de verdades e normas universalmente válidas, vendo todo conhecimento como relativo.

A contribuição dos *estóicos* e dos *epicuristas* também não é grande, pois deslocam a concepção de *moral* para a *vontade divina* (*estóicos*) ou para o interior do espírito humano (*epicuristas*). Para os *estóicos* a virtude seria agir com consciência de seu destino, evitando ser levado pelas paixões, conquistando liberdade interior e auto-suficiência, vivendo *"moralmente como cidadão do cosmos, não da polis"*[403]. Os *epicuristas* entendiam que *o bem* consistia nos *prazeres duradouros*, *prazeres espirituais*, sendo sua *ética* voltada para o interior da pessoa e não para a vida coletiva.

Embora com certa base em princípios, a *ética medieval* pouco contribui para *objetivar* o conteúdo do *princípio da moralidade*, pois tinha inspiração individual. Era ditada pela Igreja Católica, fundada em *leis divinas*, que ditavam um modo de vida obediente a uma rígida disciplina moral, para onde são resgatadas as virtudes platônicas, prudência, temperança, fortaleza e justiça, às quais são acrescentadas as virtudes teológicas da fé, esperança e caridade. A obediência às leis divinas seria a única maneira de obter a salvação individual, o reino do Céu[404].

---

[402] - JOSÉ AMÉRICO MOTTA PESSANHA, *Aristóteles, Vida e Obra*, p. XIX. MÁRIO DA GAMA KURY, na introdução de *Ética a Nicômacos*, p. 11. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p. 18, 42, 49-52, 104. ADOLFO SÁNCHEZ VÁSQUEZ, *Ética*, p. 241.

[403] - ADOLFO SÁNCHEZ VÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 242.

[404] - A *ética cristã* da Idade Média é fundamentada especialmente por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, que buscam bases teóricas, respectivamente, em Platão e Aristóteles, substituindo o

Maquiavel não pretendeu edificar qualquer teoria sobre a *moral*. Pelo contrário, preocupou-se em sistematizar técnicas de dominação e manutenção do poder político, considerando como qualidade saber vislumbrar as oportunidades. Para tal fim, não hesitou em recomendar meios censuráveis, como o uso da força, dissimulação e assassinatos, chegando a pregar a necessidade da maldade. Estas concepções podem ser debitadas ao seu servilismo e descrença na dignidade humana, considerando os homens como ingratos, volúveis, simuladores, covardes e ambiciosos de dinheiro[405]. Pode-se dizer que Maquiavel teve certa contribuição para a objetivação do conteúdo do *princípio da moralidade administrativa*, na medida em que suas concepções são *a antítese da ética*.

O pensamento de Kant sobre a *ética* não auxilia muito, pois compreende que a *moral é apenas interna do indivíduo*. Porém, sua teoria apresenta uma contribuição: *o ato sob avaliação moral há de ser considerado sob a ótica da intenção do agente*, uma vez que só é louvável, ou censurável, o ato praticado com consciência. O comportamento moral é concebido como objeto interno do indivíduo, fruto exclusivo de sua consciência: *o sujeito é livre para criar, na sua própria consciência, as regras de dever que entenda justas, de modo que é moral aquilo que a consciência do sujeito considera moral. Não existe uma bondade em si, a essência do bom está na boa vontade, no móbil que impulsiona o agente*. O dever não tem conteúdo, não importa qual dever, interessa que tenha *forma de dever*, que o sujeito acredite que seja um dever. Assim, considerando o dever apenas no seu aspecto formal, Kant chega a um *conceito ético universal: obedecer o dever decorrente de sua consciência*, pois qualquer homem, em qualquer tempo e lugar, deve obedecer o dever decorrente de sua consciência. Como pressuposto desta consciência impõe-se a liberdade, pois só o homem livre pode estabelecer um dever[406].

---

racionalismo dos gregos pelo *idealismo* divino. O *mundo das idéias* de Platão transforma-se em elevação à Deus em Santo Agostinho, ao passo que o *bem supremo* como *felicidade*, concebido por Aristóteles, converte-se em Deus ou temência à Deus, em São Tomás de Aquino.

[405] - NICOLAU MAQUIAVEL, *O Príncipe*, p. 24, 25, 29/31, 63, 64, 70 e 74, e, *Maquiavel Vida e Obra* p. 111-114. CARLOS ESTEVAM MARTINS, *Maquiavel, Vida e Obra*, p. XIII.

[406] - ADOLFO SÁNCHEZ VÁSQUEZ, *Ética*. FLAMARION TAVARES LEITE, *O Conceito de Direito em Kant*, p. 33.

A *ética marxista* considera que: a) a *moral* sanciona relações de acordo com os interesses da classe dominante; b) não existe uma *moral universal*, válida para todas as sociedades, em todos os tempos, mas diferentes conceitos de *moral*, cada classe tem sua *moral*; c) a *moral proletária* prepara a passagem para uma *moral universalmente humana*; d) os homens necessitam de *moral*, pela sua *função social*, para manter a estrutura vigente, para regular as relações, garantindo unidade e harmonia. Na *ética marxista* percebe-se a intenção de criar uma *moral universal, a proletária*.

O *neopositivismo* e a *filosofia analítica, pretendem libertar a ética da metafísica, concentrando-se na linguagem moral*, assumindo *posições neutras* em relação aos problemas *éticos*, como os conceitos de *bom*, *justo*, *dever*, *etc.*, considerando-os indefinidos e só captáveis pela intuição. Portanto, *as proposições morais careceriam de valor científico, ficando a ética sem objeto*, de maneira que o importante seria o estudo da *linguagem ética*[407].

Como a *moral* é um conjunto de regras de convivência, que somente faz sentido na vida em sociedade, pois a conduta individual só pode ser aferida pela *ética* na medida que afete outra pessoa[408], percebe-se que apesar do esforço das doutrinas éticas analisadas, em estabelecer padrões universais para aferição da *moral*, não é possível fixar um *standard ético* objetivo e universal, uma *moral* válida para qualquer sociedade em qualquer época. Assim, os padrões de *moralidade* correspondem ao conjunto de valores vigentes numa determinada sociedade em um certo tempo[409].

Apesar desta conclusão, é possível detectar algumas peculiaridades relativas aos atos *morais*, que se tornam importantes para avaliar um comportamento concreto como *moral* ou não.

---

[407] - ADOLFO SÁNCHEZ VÁSQUEZ, *Ética*, p. 261.

[408] - ADOLFO SÁNCHEZ VÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 53-54. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 68.

[409] - ADOLFO SÁNCHEZ VÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 10, 10-12, 52, 53 e 235-236.

Viu-se, logo acima, que tanto Aristóteles, quanto em Kant, consideram que *apenas os atos voluntários*, provenientes de livre deliberação do ser humano, são passíveis de avaliação moral, pois os atos de um animal, de um incapaz ou não intencionais não são objeto de aprovação ou reprovação, não são considerados maus ou injustos. Assim, somente pode ser considerado ofensivo ao *princípio da moralidade administrativa* um ato praticado voluntariamente.

Os atos voluntários são praticados por algum *motivo* e para alcançar alguma *finalidade*. Ninguém pratica um ato voluntário sem *motivo* ou sem visar nada. Destarte, o *motivo* e a *finalidade* também são importantes para revelar o conteúdo *moral* de um determinado ato, pois uma mesma ação pode ser *justa* ou *injusta*, *boa* ou *má*, dependendo do *motivo* e da *finalidade* com a qual é praticada.

Para atingir a finalidade antevista pelo motivo, pressupõe-se a prática de certos *meios*. Aristóteles, explicando que a *finalidade* não é objeto de deliberação, mas de aspiração, ao passo que os *meios* são objeto de deliberação, entende que a *excelência moral* relaciona-se com os *meios*, de modo que mesmo para atingir uma *finalidade* nobre não se poderia utilizar *meios* reprováveis[410]. Porém, Peter Singer, citando, dentre outros, o exemplo de Oskar Schindler, observa que: *"para todos, com exceção dos mais rígidos adeptos de uma ética de preceitos, às vezes o fim realmente justifica os meios. A maior parte das pessoas acha que é errado mentir, mas considera certo fazê-lo com a finalidade de impedir a agressão ou o constrangimento desnecessário"*[411], razão pela qual *"não se pode lidar com essa questão invocando a conhecida fórmula simplista: 'o fim nunca justifica os meios'"*[412]. Contudo, *"o difícil não é saber se o fim pode sempre justificar os meios, mas quais meios são justificados por quais fins"*[413]. Embora difícil, talvez a resposta esteja naquilo que o próprio Peter Singer analisa em relação ao descumprimento da lei: os *meios* seriam aptos para justificar os *fins* quando não houvesse, no caso concreto, outra solução para ser atendido um *fim* mais importante que a não a

---

[410] - ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p. 55, 57 e 73.

[411] - PETER SINGER, *Ética Prática*, p. 308.

[412] - PETER SINGER, *op. cit.*, p. 308.

[413] - PETER SINGER, *op. cit.*, p. 308.

utilização daquele *meio* ilegal ou imoral[414]. Esta conclusão leva, necessariamente, a outra: a análise se os *fins* justificam os *meios* só pode ser aferida numa situação concreta, onde será medido o conflito de valores existentes entre os *fins* e os *meios*, bem como a existência de outros *meios* para atingir os mesmos *fins*.

Aproveitando o pensamento de Aristóteles[415], pode-se considerar que o excesso ou a falta podem caracterizar ofensa à *moralidade administrativa*, desde que isto caracterize uma violação aos *princípios da proporcionalidade* e da *razoabilidade*[416], quando os *meios* empregados são desproporcionais em relação aos *motivos* ou às *finalidades* do ato.

Embora Maquiavel tenha decretado o divórcio entre a *moral* e a *política*, se a *finalidade* pode ser considerada como um dos elementos formadores do Estado e se a *finalidade precípua do Estado é o bem comum*[417], há de existir um ponto de toque entre a *moral* e a *política*, principalmente como anseio popular da prática do *bem comum*, pois *"o cumprimento da função política inclui graves exigências éticas, na medida em que consiste num compromisso de bem servir não só aos que o elegeram mas a toda a sociedade"*[418]. Deste modo, a violação aos padrões comportamentais que espelham os *valores morais* que a sociedade exige de seus agentes públicos, para o atingimento do bem comum, não é um comportamento de acordo com a *moral*. O ato praticado com ofensa ao bem comum, para satisfazer interesses particulares, não é um ato que obedece o *princípio da moralidade administrativa*.

---

[414] - PETER SINGER, *Ética Prática*, p. 313.

[415] - ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p. 42.

[416] - Sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, item 35.

[417] - Como exposto por DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 90-91 e 95, há discussão se a *finalidade* constitui, ou não, um dos elementos formadores do Estado. Contudo, o certo é que a *finalidade* é reconhecida como tópico de grande importância na vida do Estado, sendo a *finalidade geral* de qualquer Estado o atingimento do *bem comum*, definido pelo Papa João XXIII como *"o conjunto de todas as condições de vida social, que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana."* ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p.295, define que *"a idéia de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da administração pública decorre da própria razão de existência do Estado ..."*

[418] - DOM CÂNDIDO PADIN, *Ética na Política*, p. 91.

Desde há algum tempo a *moralidade administrativa* também vem sendo analisada pelos juristas.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, citando Antônio José Brandão, lembra que a regra *moral* ingressou no direito através do Direito Civil, com as doutrinas do *não locupletamento à custa alheia* e da *obrigação natural*, e, no Direito Público, em especial no Direito Administrativo, por intermédio da teoria do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*, muito explorada na França[419]. Isto é importante porque a *finalidade* é um elemento formador do ato administrativo, e, a *finalidade* de qualquer ato administrativo[420] há de ser, sempre, o *interesse público* e o *bem comum*[421]. O ato administrativo que não visa o *interesse público* e o *bem comum* é ato eivado de *desvio de finalidade*[422], o que demonstra a imprescindível conexão existente entre o *princípio da moralidade* e a *finalidade com que o ato administrativo é praticado.*

O primeiro a sistematizar juridicamente o *princípio da moralidade* foi Maurice Hauriou, dizendo que a *moralidade administrativa* não é uma *moral comum*, mas uma *moral jurídica*, *"o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração"*, imposta aos agentes públicos para atingimento do *bem comum.* Trata-se de um *moral interna*, que vigora dentro da Administração Pública[423]. Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella di Pietro prosseguem citando outros autores que, igualmente a Maurice Hauriou, dizem que a *moralidade administrativa* não se confunde com a *moralidade comum*, que seria uma *moralidade tirada das regras internas da própria Administração*, visando uma *boa administração*[424].

---

[419] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 69.

[420] - Sobre este ponto, item 25.

[421] - O *bem comum* como finalidade última do Estado: DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 95. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 165.

[422] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo,* p. 217.

[423] - Citado por HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 83-84, bem como por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 69, e *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 101-102.

Entretanto, não se pode resumir o conteúdo do *moralidade administrativa* a uma *moralidade interna da Administração Pública*, pois como percebido por Augustin Gordillo, pode existir uma *moral paralela* dentro da Administração Pública, que nem sempre coincida com o anseio dos administrados, que considere corretas condutas censuradas pela *moral comum*[425]. Se a *moralidade administrativa* correspondesse apenas e tão somente a uma *moral interna* da Administração Pública, retirada de regras e costumes internos, da *praxe administrativa*, de nada teria valido a digressão feita sobre a contribuição da *Ética* para objetivar o conteúdo do *princípio da moralidade*. O conceito de *moralidade administrativa* também deve ser integrado pela *moral comum*, no sentido do *anseio popular a um governo honesto*, que busque o bem comum. Como destaca Maurício Antonio Ribeiro Lopes, citando Maria Sylvia Zanella di Pietro: *"a moral administrativa,..., corresponde àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública, para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo uma comunidade moral de valores expressos por meio de* standards*, modelos ou pautas de condutas"*[426]. Como dito por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *"mesmo os comportamentos ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa"*[427].

Hely Lopes Meirelles enfatiza que o conceito de *moralidade administrativa* deve estar ligado ao conceito de *bom administrador*, que segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *"é aquele que usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum"*[428].

Assim, o conceito do *princípio da moralidade administrativa* deve mesclar a *moralidade interna da Administração Pública* com a *moralidade comum*, compreendida como anseio popular a um governo honesto, os *padrões de moralidade pública* vigentes em determinada sociedade objetivando o atingimento do bem comum.

---

[424] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 84. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 102.

[425] - Citado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 71.

[426] - MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Ética e Administração Pública*, p. 75.

[427] - Citado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 70.

[428] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 84. Neste sentido também MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Ética e Administração Pública*, p. 68 e 70.

Por isso, são perfeitos os conceitos expressados por Lúcia Valle Figueiredo e Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> *"...o princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico são consideradas os* standads *comportamentais que a que a sociedade deseja e espera."* [429]

> *"... sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de eqüidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa."* [430]

A violação a outros *princípios* da Administração Pública, como *legalidade*, *publicidade*, *eficiência*, *proporcionalidade*, *razoabilidade*, *economicidade*, *supremacia e indisponibilidade do interesse público* também podem apontar para uma ofensa ao *princípio da moralidade administrativa*, sendo que a violação da *impessoalidade* sempre apontará uma ofensa ao *princípio da moralidade administrativa*, na medida em que trará consigo um *desvio de finalidade*, um ato que visou um *interesse particular* e não o *interesse público*. A esse respeito, interessante a correlação entre o *princípio da moralidade* e a razoabilidade, estabelecida por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> *" Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela*

---

[429] - LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 45.

[430] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 71.

auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos." [431] (grifou-se)

Apesar do esforço, percebe-se que, no campo da ciência jurídica, não há uma completa objetivação do conteúdo do *princípio da moralidade administrativa*, pois as soluções vislumbradas também acabam caindo em conceitos jurídicos indeterminados[432], tais como: *regras internas da Administração Pública*, *moral comum*, *moral jurídica*, *honestidade*, *bom administrador*, *bem comum*, enfim expressões que carecem de outras definições, nem sempre precisas e delimitadas.

Portanto, conclui-se que em verdade, o conteúdo do *princípio da moralidade administrativa* somente é completado diante do *caso concreto*[433]. Até porque, a norma extraída do ordenamento jurídico não se confunde com o texto legal, a norma jurídica somente é completada no momento de sua aplicação, tendo em vista as peculiaridades do caso real, pois o texto legal confere apenas um comando inicial, o *programa normativo*, espaço dentro do qual o intérprete tem liberdade para encontrar a solução justa para o caso concreto[434].

Contudo, muito embora o conteúdo do *princípio da moralidade administrativa*, como aliás de toda *norma jurídica*, só se complete no momento da *concretização*, diante de um *caso real*, não se pode esquecer que o *programa normativo* exerce influência nesta compreensão final da norma, pois o texto apresenta-se como um limite de interpretação. Assim, o *princípio da moralidade*, uma vez que legislado, representando um *programa normativo*, há de ter um certo conteúdo mínimo, que representará aquela objetivação buscada.

---

[431] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 111.

[432] - Sobre conceitos indeterminados, ver item anterior.

[433] - MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Ética e Administração Pública*, p. 75.

[434] - KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 31-49. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1086 e 1089. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 438-440. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação Constitucional*, p. 37, 43-49, 56, 58 e 78.

Então, com apoio na *Ética* e na *ciência jurídica*, pode-se chegar a alguns contornos sobre o *princípio da moralidade administrativa*, os quais facilitarão a compreensão final do conteúdo do *princípio* diante de um caso concreto:

a) somente pode ser considerado ofensivo ao *princípio da moralidade administrativa* um ato praticado voluntariamente;

b) o *motivo* e a *finalidade* são importantes para revelar a adequação do ato ao *princípio da moralidade*;

c) os *meios* seriam aptos para justificar os *fins* apenas quando não houvesse, no caso real, outra solução para ser atendido um *fim* mais importante que a não a utilização do *meio ilegal* ou *imoral*, o que pode ser aferido com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;

d) o *excesso* ou a *falta* podem configurar ofensa ao *princípio da moralidade*, desde que violem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade;

e) a desobediência aos padrões comportamentais que espelham os *valores morais* que a sociedade exige de seus agentes públicos, na busca do bem comum, caracteriza ofensa ao *princípio da moralidade*;

f) o ato praticado em contrário ao bem comum, realizado para satisfazer interesses particulares, viola o *princípio da moralidade*;

g) a ofensa às *regras internas da Administração Pública* pode representar contrariedade ao *princípio da moralidade*

h) a violação a outros princípios da Administração Pública, como legalidade, publicidade, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público também podem apontar uma ofensa ao *princípio da moralidade*, e, a violação da impessoalidade sempre caracteriza desconformidade com o *princípio da moralidade administrativa*.

No que concerne ao tema em questão, o *princípio da moralidade* está ligado a proibição do uso particular dos postos do serviço público, está relacionado a vedação do nepotismo, clientelismo, asistencialismo, empreguismo e uso eleitoreiros do cargos, funções e empregos públicos, razão pela qual está vinculado ao princípio da impessoalidade[435]. E, exatamente por isso, o concurso público tem sido considerado um meio de concretização do *princípio da moralidade administrativa*, representando seu indevido afastamento uma ofensa, dentre a outros princípios, também ao *princípio da moralidade*[436].

30. O ***princípio da igualdade***, encontra-se gravado no artigo 5º, e seu inciso I, da Constituição Federal[437], como um direito fundamental individual, pois além do fato da *igualdade* constituir elemento básico do princípio democrático[438], na idéia de Justiça está sempre presente a *igualdade*[439].

O *princípio da igualdade* possui duas dimensões. Uma, material, significando *igualdade real* entre os homens no gozo dos bens da vida. E, uma formal, correspondente a *igualdade perante a lei*, consistindo no direito da pessoa não ser *desigualada* senão com base em critérios admitidos pela Constituição[440].

---

[435] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O servidor público na Constituição de 1988*, p. 74-75.

[436] - HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 158, 159 e 160. CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal ...*, p. 17.

[437] - Constituição Federal: *" Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; "*

[438] - Esta concatenação do *princípio democrático* com a *igualdade* no acesso aos postos do serviço público deve-se ao fato de que os direitos fundamentais, em especial os *princípios da igualdade* e da *liberdade*, constituem elemento básico para o *princípio democrático*, na medida em que não há democracia sem liberdade e igualdade. Neste sentido: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 279 e 280. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 107, 114, 117-118, 120, 193 e 199.

[439] - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *op. cit.,* p. 239.

[440] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 165-166 e 168-169. Esclareça-se apenas que, como advertido por JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso ...*, p. 196-197, a *igualdade perante a lei* no direito brasileiro tem o significado de *igualdade na lei*, dado pela doutrina estrangeira, ou seja, a impossibilidade da lei traçar distinções que sejam possibilitadas pela própria Constituição.

Ao contrário das anteriores, a atual Constituição não se contenta em prever o *princípio da igualdade* na sua dimensão meramente formal. Estabelece uma igualdade formal, mas buscando atingir uma *igualdade material*[441].

Entretanto, não obstante esta busca da *igualdade material*, para este estudo basta a dimensão formal do *princípio da igualdade*, ou seja, que as pessoas não sejam beneficiadas ou prejudicadas no acesso aos cargos, funções ou empregos públicos.

Porém, o *princípio da igualdade* não significa impossibilidade de qualquer discrimine, mas a proibição de discriminação que não se encontre *a serviço de uma finalidade acolhida pela Constituição*. As pessoas não podem ser discriminadas no acesso aos cargos e empregos públicos a não ser em razão de suas virtudes ou talentos, ou com base em requisitos absolutamente imprescindíveis para o adequado exercício da função pública a ser desempenhada[442].

Este direito de não ser desigualado, como se trata de um direito fundamental previsto na Carta Magna, confere um direito subjetivo aos indivíduos.

Então, o comando constitucional da *igualdade* dirige-se tanto ao legislador como a qualquer aplicador da lei. Até porque, se assim não fosse, não teria sentido o princípio da supremacia das normas constitucionais, pois de nada adiantaria prever o *princípio da igualdade* na Carta Magna se as normas infra-constitucionais pudessem contrariá-lo. Ademais, se o *princípio da igualdade* fosse dirigido somente ao aplicador da lei sequer seria necessária sua previsão constitucional, bastaria a previsão do *princípio da legalidade*[443].

---

[441] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 193 e 196.

[442] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 166 e 168-169. Ver item 38.

[443] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 197 e 199. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 170. CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal nas Empresas Pública*, p. 20.

Se por um lado, o *princípio da igualdade*, como direito fundamental, confere direito subjetivo da pessoa não ser discriminada, a não ser que o discrimine esteja a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, do ponto de vista da Administração Pública, além do reconhecimento deste direito subjetivo das pessoas, o *princípio da igualdade* manifesta-se por um dos conteúdos do princípio da *impessoalidade*: dever de conferir tratamento isonômico aos administrados, sem benefícios ou prejuízos de ordem pessoal.

Destarte, para o presente trabalho, considera-se o *princípio da igualdade* como contido no *princípio da impessoalidade*, que representa a obrigação constitucional da Administração Pública em fazer cumprir o *princípio da igualdade*.

31. Dentre os princípios informadores do regime jurídico administrativo, inscritos no artigo 37 da Constituição Federal[444], está o ***princípio da impessoalidade***.

Este princípio tem duplo conteúdo[445]. O primeiro refere-se ao relacionamento da Administração com os administrados, veda a prática de casuísmos e discriminações, impede que a Administração favoreça ou prejudique qualquer administrado[446]. O segundo refere-se a conduta do agente público, diz respeito a impessoalidade que deve nortear sua atividade, pois o agente público não pode usar o ente estatal para promover-se, sendo os atos e ações da Administração imputáveis ao órgão ou entidade que os realizada e não ao agente público que os determina[447].

---

[444] - 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: ".*

[445] - JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 154.

[446] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 70. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 49-50. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 6. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 362. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *op. cit.*, p. 154 e 155-156.

[447] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 570. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *op. cit.*, p. 154-155.

Para o tema em enfoque interessa o primeiro conteúdo acima citado, aquele que diz respeito a conduta imparcial da Administração Pública e de seus agentes, que devem conferir tratamento isonômico aos administrados, *sem benesses ou detrimentosas*[448], sem *favoritismos ou desfavoritismos*[449], pois para a Administração Pública todos os administrados devem ser tratados objetivamente.

Em clássica definição, Celso Antônio Bandeira de Mello exprime este conteúdo do *princípio da impessoalidade*:

> " *Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. 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 explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como 'todos são iguais perante a lei' (art. 5º, caput)* a fortiori *teriam de sê-lo perante a Administração."* [450]
>
> (grifou-se)

Em relação ao tema estudado, o *princípio da impessoalidade* é bastante significativo, pois deve ser o norte para todos os atos de investidura de pessoal no serviço público. O ato de investidura deve ter por fundamento o interesse público, sendo a pessoa investida escolhida sem discriminações, sem privilégios ou prejuízos, mas em razão de seus méritos pessoais. Esta aplicação foi bem explicada por Ivan Barbosa Rigolin:

> " *O princípio da impessoalidade, com relação à organização do pessoal do serviço público, refere a regra segundo a qual não é constitucional a conduta administrativa personalística, tendente a nomear, empregar ou admitir determinada pessoa, ou pessoas previamente determinadas, sem*

---

[448] - No dizer de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 70.

[449] - Na linguagem de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 50.

[450] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 70.

razão relevante de interesse público, mas tão-só como premiação do apaniguado, do amigo, do afilhado. Refere-se a norma da impessoalidade, evidentemente, a cargos, empregos ou funções postos em concurso, em competição, caso em que todas as pessoas, sem regalia ou diferenciação prévia, precisam ter os mesmos direitos e desfrutar das mesmas possibilidades iniciais de travar o ajuste com o poder público. É a própria garantia da igualdade entre os (inicialmente e em princípio) iguais; é o tratamento necessariamente comum, indiferenciado, que precisa emprestar a Administração, de início, a todo o universo de seus possíveis servidores (e isso se denomina isonomia)." [451]

E, exatamente por isso, o concurso público é um meio de concretização dos *princípios da igualdade* e *da impessoalidade*[452], representando seu indevido afastamento uma ofensa também a estes princípios[453].

32. A Emenda Constitucional nº 19/98, acrescentou no artigo 37 da Constituição Federal[454], o ***princípio da eficiência***.

Porém, antes mesmo da citada Emenda Constitucional, o *princípio da eficiência* já se constituía, mesmo que de forma implícita[455], num

---

[451] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O servidor público na Constituição de 1988*, p. 73-74.

[452] - ADILSON ABREU DALLARI. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 32, 34 e 37. No mesmo sentido CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 45. HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 160.

[453] - HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 158 e 160.

[454] - 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: "*

[455] - Sobre a existência de princípios implícitos no Texto Constitucional: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 150. ALEXANDRE DE MORAES, citando julgado do STF, *Direito Constitucional*, p. 290.

princípio informador do regime jurídico administrativo, de modo que a Emenda Constitucional nº 19/98 apenas tornou explícito algo que já existia[456].

Como aponta Dalmo de Abreu Dallari, o fim geral do Estado é o bem comum, que na definição do Papa João XXIII é *"o conjunto de todas as condições de vida social, que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana"*[457]. Ora, sendo a finalidade geral do Estado o atingimento do bem comum, deve ser fixado que o *princípio da eficiência*, como princípio vetor da Administração Pública, direciona a *eficiência no atingimento do bem comum*[458]. Assim, o *princípio da eficiência* impõe à Administração Pública, e aos seus agentes, o desempenho de suas competências com imparcialidade, neutralidade, transparência, com participação da comunidade, eficácia e sem burocracia, visando obter o melhor proveito social dos recursos públicos que lhe sejam disponíveis, evitando-se desperdícios, para, com melhor *qualidade*, buscar o atingimento do *bem comum*[459].

A *imparcialidade* e a *neutralidade* são exigidas no sentido de que a Administração Pública tenha uma atuação independente, visando sempre o interesse público e não outros interesses, com medida de justiça na avaliação das pretensões dos administrados. A *transparência* e a *participação da população* constituem fatores fundamentais da melhoria das prestações públicas, pois há controle e cobrança das ações do Estado. A *eficácia* relaciona-se com o correto cumprimento das competências dos órgãos e agentes públicos. A *desburocratização* com a eliminação de formalismos inúteis e dispensáveis. E, a *busca da qualidade* com a otimização dos resultados e a melhoria permanente dos serviços públicos[460].

---

[456] - Dentre estes inclusive o STJ, como se vê do Acórdão nº 00016776, como apontado por ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 291-292, inclusive nota nº 1; bem como por JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p.164, inclusive nota nº 53.

[457] - DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 95.

[458] - JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *op. cit.* p. 165.

[459] - ALEXANDRE DE MORAES, *op. cit.*, p. 294-298.

[460] - ALEXANDRE DE MORAES, *op. cit.*, p. 295-298.

Atribuindo o nome de limite interno ao poder discricionário em razão do princípio da moralidade, Afonso Rodrigues Queiró explica que um agente público deve sempre optar pela medida que melhor atenda ao interesse público, mesmo que outra seja legalmente admitida. Não o fazendo, pode-se concluir que, este agente público não observou a lei no seu íntimo significado, pois sua ação deve harmonizar-se com uma escolha honestamente feita[461]. Pode-se dizer que este ensinamento de Afonso Rodrigues Queiró corresponde as características de *imparcialidade* e *neutralidade*, que devem direcionar o administrador público na escolha entre várias opções possíveis, ou seja, deve ele optar, de forma neutra e imparcial, pela solução que melhor atenda o interesse público, dentre várias, em tese, possíveis legalmente.

Portanto, conclui-se que o *princípio da eficiência* exige da Administração Pública, e dos agentes públicos, que, no desempenho de suas funções, desenvolvam atividades visando uma *otimização no atendimento do bem comum* e que, diante de opções abertas pela lei em tese, diante do caso concreto, escolham sempre a mais adequada e que melhor consulte o interesse público.

Como diz José Eduardo Martins Cardozo, é a *maximização* dos recursos disponíveis, para que se possa atingir os melhores resultados possíveis[462].

O *princípio da eficiência* apresenta correlações com outros princípios que regem a Administração Pública, mormente os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e razoabilidade[463].

Por vezes, estas ligações apresentam-se na forma de colisões aparentes, o que tem trazido preocupação. Porém, estes aparentes conflitos podem ser resolvidos pela interpretação das normas constitucionais.

---

461 - AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas,* p. 6-7.

462 - JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 166-167.

463 - ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 294.

Segundo o princípio da unidade, a Constituição é um todo harmônico, não possuindo antagonismos, de forma que normas aparentemente em conflito devem harmonizar-se no momento de sua *concretização*. Como os princípios apresentam maior *plasticidade* que as regras, não estando sujeitos a lógica do *tudo ou nada*, em relação a eles esta tarefa fica facilitada, pois através de um processo de *cedência recíproca*, buscando uma *aplicação ótima* de cada um, o que é possível contanto que abdiquem de uma interpretação absoluta de seus conteúdos. Assim, no caso real, as aparentes contradições e antinomias são resolvidas, de forma que cada princípio encontre seu âmbito de incidência[464].

Portanto, para uma correta aplicação do *princípio da eficiência*, evitando-se antagonismos, diante do caso concreto deve ele ser interpretado de forma a harmonizar-se com os demais princípios que regem a Administração Pública, não ofendendo outras normas do regime jurídico administrativo[465], pois, além de resultados, o *princípio da eficiência* também zela pela excelência, adequação e razoabilidade dos meios empregados[466].

Por isso, não pode um administrador público investir alguém no serviço público sem prévia aprovação em concurso, quando essa condição é exigida, ao argumento de que se trata de excelente profissional e, assim, estaria buscando *eficiência*. Como visto, o *princípio da eficiência* deve harmonizar-se com outros princípios que regem a Administração Pública, como os da moralidade, legalidade, impessoalidade, *etc*.

---

[464] - LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189-195. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1035-1036 e 1096-1097. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação Constitucional*, p. 80-86. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99, inclusive nota 3, e 321. KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 45-46. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405

[465] - MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI, *Principiologia de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 118.

[466] - JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 166.

O *princípio da eficiência* tem enorme significância na escolha das pessoas que irão ocupar cargos e empregos públicos, pois obriga que se deixe de lado critérios que não consultem o interesse público, mas interesses particulares.

Este princípio visa garantir o melhor aproveitamento dos servidores, de modo que deve a Poder Público, através de uma seleção baseada em critérios transparentes, impessoais e objetivos, deve buscar as pessoas mais capazes para ocupar os postos do serviço público[467]. Ao exigir *neutralidade*, *imparcialidade* e *transparência* na escolha da solução que melhor atenda o bem comum, o *princípio da eficiência* veda critérios de seleção dos servidores que não tenham como diretriz o interesse público, que não propiciem a opção pelo indivíduo que tenha melhores condições de desempenhar determinada função pública[468].

Assim, nota-se que o concurso é meio de realização concreta do *princípio da eficiência*, na medida em que é um certame de seleção que se destina a propiciar que a Administração Pública escolha, com imparcialidade, o candidato que seja mais qualificado para ocupar determinado cargo ou emprego público[469].

33. Também previsto no artigo 37 da Constituição Federal[470], está o ***princípio da legalidade***.

O *princípio da legalidade*, umbilicalmente ligado ao Estado de Direito, em relação a Administração Pública, significa que toda atividade administrativa deve estar sujeita à lei[471].

---

[467] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 06 e 13.

[468] - ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 296-297.

[469] - Sobre a definição de concurso público, item 13.

[470] - 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: "*

[471] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 58-59. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 244. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 25-26 e 32. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 152.

Porém, a sujeição do administrador público à lei nem sempre existiu, nem sempre teve a mesma intensidade, e ainda hoje não é um assunto que admita solução unânime em todas as legislações, principalmente em relação a sua extensão. Pode-se dizer que se passou de um estágio onde a vontade do detentor do poder não se sujeitava a nada, para uma fase onde o poder discricionário era um poder transbordante à lei, considerado um poder político, exercido para além dos limites da lei, e, posteriormente, atingiu-se a etapa mais avançada, na qual o poder discricionário é limitado pela lei, é um poder jurídico[472]. Neste último estágio percebe-se que *"no Estado de Direito, nem o agente público, aí incluído o político, faz o que quer, nem como quer, nem quando quer, mas o que pode nos termos da lei, como determinado pelo sistema jurídico e quando configurada a oportunidade definida normativamente"*[473].

O ordenamento jurídico brasileiro atual encontra-se na fase mais avançada. Com efeito, em relação à Administração Pública, o Brasil adota o ***princípio da estrita legalidade***, pois o *princípio da legalidade* constitui um dos pilares do regime jurídico administrativo, que o apartam do direito privado[474].

Não se está olvidando que o *princípio da legalidade* também esteja presente no direito privado. Porém, este princípio tem conotações jurídicas diversas, conforme se examine do ângulo dos particulares ou do ponto de vista da Administração Pública. É que, enquanto para os particulares o *princípio da legalidade* funciona como uma garantia, permitindo que possam fazer tudo o que a lei não proíba, para a Administração Pública, e para os agentes públicos, representa um dever, tem um conteúdo mais amplo, não bastando que a conduta não esteja proibida em lei, mas que esteja expressamente autorizada em lei. Com efeito, enquanto os particulares podem fazer tudo que a lei não proíba, os agentes públicos somente podem fazer o que a lei expressamente autoriza. Os agentes públicos

---

[472] - Sobre a evolução do princípio da legalidade e sua relação com a discricionariedade: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 13, 15, 18, 19, 27 e 34.

[473] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 77.

[474] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 58.

somente podem agir em consonância com a lei, todas as suas ações devem estar direcionadas ao cumprimento das determinações, comandos e desideratos antecipadamente impostos pelo legislador, dos quais não podem se afastar, sob pena de nulidade do ato e sujeição à sanções[475].

Ora, se a Administração Pública e seus agentes apenas podem fazer aquilo que a lei expressamente lhes autoriza, sendo vedados de praticar atos não expressamente permitidos por lei, *"é supérfluo estatuir proibições para um órgão do Estado. Basta não autorizá-lo. ... Não é necessário que o ato seja proibido por norma legal. Só é necessário proibir a um órgão a prática de certos atos quando se deseja restringir uma anterior autorização"*[476].

Estas constatações vão ter influência no assunto investidura nos postos do serviço público, haja vista que a Constituição Federal emite uma série de comandos cogentes em relação ao tema, normas que o administrador público estará estritamente obrigado a obedecer, não podendo adotar outros critérios que não aqueles traçadas pela Carta Magna e/ou pelas leis[477].

Por tal motivo, Ivan Barbosa Rigolin destaca que:

---

[475] - A respeito: citação de HANS KELSEN, feita pelo Ministro BILAC PINTO no relatório do Recurso Extraordinário nº 79.102, publicado na RDA nº 128, p. 184. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed. p. 82. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 36, 37, 59-60 e 63. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 61. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 6. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31-32. MIGUEL REALE, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, p. 29. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 362. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 25-26 e 32. ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 288. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 153.

[476] - HANS KELSEN, citado pelo Ministro BILAC PINTO no relatório proferido do Recurso Extraordinário nº 79.102, publicado na RDA nº 128, p. 184-185.

[477] - Entendido o termo *leis*, como conceituado por MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 129: *"ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional"*

" *Com referência ao pessoal do serviço público, o princípio da legalidade está a significar, objetivamente, que precisa estar especificada e expressamente autorizada em lei (local) toda instituição de cargo, emprego ou função pública; seu número; sua carga horária; sua remuneração; os requisitos para seu preenchimento; as regras gerais para o acesso e a investidura; a discriminação da sua natureza: se permanente, se em comissão; ...; as hipóteses de contratações extraordinárias por tempo determinado ...*" [478]

34. Inclusive para controle do cumprimento dos demais princípios que regem a Administração Pública[479], o artigo 37 da Carta Magna[480] prevê o ***princípio da publicidade***.

No Estado Democrático de Direito não se admitem ações secretas da Administração Pública e de seus agentes, deve haver transparência nas ações administrativas[481]. A esse respeito, explica José Eduardo Martins Cardozo:

" *Seria de todo absurdo que um Estado como o brasileiro, qe, por disposição expressa de sua Constituição, afirma que todo poder nele construído* 'emana do povo' *(art. 1º, parágrafo único, da CF), viesse a ocultar daqueles em nome do qual esse mesmo poder é exercido informações e atos relativos à gestão da* res publica *e às próprias linhas de direcionamento governamental. É por isso que se estabelece, como imposição jurídica para os agentes administrativos em geral, o dever de* publicidade *para todos os seus atos.*

---

[478] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O servidor público na Constituição de 1988*, p. 72.

[479] - CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal nas Empresas Pública*, p. 24.

[480] - 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:* "

[481] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 71. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 572.

Entenda-se princípio da publicidade, *assim*, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda sociedade."[482]

O *princípio da publicidade* exige a publicação de atos que devam surtir efeitos externos, como condição de sua eficácia[483]. Todavia, os atos que apenas geram efeitos internos não estariam sujeitos à publicação[484].

Este princípio diz respeito tanto obrigação imposta aos entes estatais, de divulgar seus atos, como ao direito de acesso do cidadão aos assuntos do Estado. Nesta segunda vertente, cumpre observar que a Constituição Federal assegura ao cidadão o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, bem como de interesse coletivo ou geral, e, independentemente do pagamento de taxas obter certidões, na conformidade dos incisos XXXIII e XXXIV, de seu artigo 5º[485]. Porém, este direito do cidadão não é ilimitado, pois excetuando-se do dever de *publicidade* os casos em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, como prevê o artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal, bem como as hipóteses onde a revelação venha a ofender, de modo desarrazoado, a vida privada e a intimidade das pessoas[486].

---

[482] - JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 159.

[483] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 572.

[484] - JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *op. cit.* p. 162.

[485] - Constituição Federal: *"Art. 5º. ... XXXIII - todos têm 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; XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:* a) *o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;* b) *a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal."*

[486] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 71. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *op. cit.* p. 159 e 162-163.

A forma da *publicidade* tanto pode ser a publicação do ato, seja num jornal oficial ou particular, ou afixação de editais no local de costume, como a comunicação do ato ao interessado, tudo a depender do caso concreto e das exigências específicas para *publicidade* de determinado ato[487].

Todos os atos de investidura no serviço público devem ser publicados, até para que haja um controle popular sobre a correção dos mesmos.

Quando se tratar de concurso público, requisito que se constitui em regra geral para a investidura nos postos do serviço público, sua realização deve ser precedida de ampla divulgação, para que os eventuais interessados inscrevam-se para disputa das vagas. O conteúdo dos exames e os critérios de julgamento devem ser previamente divulgados, não sendo permitido critérios secretos de avaliação[488].

35. A ***razoabilidade*** e a ***proporcionalidade*** são princípios que não estão expressos na Constituição da República, o que não quer dizer que não façam parte do ordenamento jurídico nacional[489], pois estão implícitos, defluem do próprio sistema[490].

Razoabilidade e *proporcionalidade* são conceitos indeterminados, que apenas são objetivados de forma definitiva no caso concreto. Todavia, possuem conteúdo jurídico, o qual deve ser desvendado pelo operador do Direito, pelo menos nas suas zonas de certeza positiva e negativa[491].

---

[487] - JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 160, 161 e 162.

[488] - Conforme será detalhado no item 45.1.

[489] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 126.

[490] - Sobre a existência de princípios implícitos no Texto Constitucional: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *op. cit.*, p. 150. ALEXANDRE DE MORAES, citando julgado do STF, *Direito Constitucional*, p. 290.

[491] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 126. Sobre zonas de certeza positiva e negativa, item 28.

Maria Sylvia Zanella di Pietro aponta que o Direito norte-americano liga o *princípio da razoabilidade* ao devido processo legal, ao passo que no Direito francês, espanhol e argentino ele é considerado como a *proporcionalidade entre meios e fins*, mas *"o resultado final é o mesmo, pois o que se quer é que haja compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo Legislativo ou Executivo e os fins objetivados, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei"*[492].

Quando tratado o princípio da moralidade administrativa[493] discutiu-se se os meios justificariam os fins. Aqui o problema não é justificação dos meios, mas a adequação, a proporção, dos meios em relação aos fins. Os meios não só devem ser adequados e compatíveis para atingir os fins propostos pela lei, como devem ser proporcionais e impor o mínimo de sacrifício possível aos administrados[494].

Assim, o *princípio da razoabilidade* funciona como um limite à discricionariedade, tendo em vista que, diante do caso concreto, mesmo que possível legalmente, não pode o administrador público optar por uma solução não razoável, não proporcional, ao atingimento da finalidade pública, como não pode optar pela solução mais gravosa aos administrados[495].

A *proporcionalidade* entre meios e fins e a opção pelo meio menos gravoso ao administrado devem ser medidos de acordo com critérios médios, com o senso comum vigente em certa época e lugar, diante de um determinado caso real[496].

---

[492] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 139-140.

[493] - Sobre o princípio da moralidade, item 29.

[494] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 141. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 182.

[495] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 141-142. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *op. cit.*, p. 182.

[496] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 72.

Discorrendo sobre o *princípio da proporcionalidade*, Celso Antônio Bandeira de Mello consigna que *"a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo"*[497].

Os *princípios da razoabilidade* e da *proporcionalidade* apresentam importância para o tema em estudo por vários motivos: a) devem funcionar como critério norteador de eventuais discrimines colocados ao acesso universal aos postos do serviço público; b) a escolha dos servidores públicos não pode ser motivada por critérios irracionais e não adequados aos fins que o Estado pretende alcançar, mas de acordo com parâmetros razoáveis e proporcionais para o atingimento do bem comum.

36. O ***princípio da economicidade*** é um princípio que se poderia chamar de semi-implícito perante a Constituição Federal de 1988.

É que, embora não apareça no capítulo em que a Carta Magna trata da Administração Pública (artigos 37 e seguintes), vem mencionado no artigo 70[498], quando a Carta Magna disciplina o Tribunal de Contas.

Se a Constituição da República estabelece que Tribunal de Contas analisará as contas dos órgãos públicos, inclusive sob o enfoque da *economicidade*, isto significa que tal princípio é de respeito obrigatório pela Administração Pública, e pelos agentes públicos. Se assim não fosse não haveria porque o Tribunal de Contas aferir tal aspecto nas prestações de contas que lhe são submetidas.

---

[497] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 38.

[498] - Constituição Federal de 1988: "*Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, das entidades da administração direta e indireta, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, Aplicação das subvenções, renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.* "

Para Maria Filomena de Oliveira Mata o *princípio da economicidade* afere a relação custo/benefício das atividades públicas, levando em conta metas governamentais estabelecidas *a priori*, as quais, por evidente, devem visar o bem comum. Uma verba destinada para uma obra de interesse público deve ser utilizada de forma econômica e racional[499].

Mesmo quando uma atividade estatal esteja visando o interesse público seu custo pode não ser compensador, sua realização pode representar excessivo ônus ou desperdício de dinheiro público. Em tal hipótese, a efetivação dessa atividade não estará adequada ao *princípio da economicidade*. Não se entendendo assim, este princípio perderia seu conteúdo, não apresentaria independência em relação aos princípios da finalidade e da legalidade[500]. Ora, como a Constituição não tem palavras inúteis e seus vocábulos devem ser interpretados de acordo com o sentido que mais eficácia lhe dê[501], o *princípio da economicidade* há de medir a relação custo/benefício, mesmo de ações estatais que sejam de interesse público.

Este princípio tem importância para o tema da investidura dos servidores públicos porque deve, também, constituir parâmetro na escolha dos ocupantes dos postos do serviço público, pois toda vez que a Administração Pública, ou o administrador público, adotar outros critérios que não os mérito na escolha dos servidores públicos estará contrariando o *princípio da economicidade*, na medida em que terá um servidor menos eficiente, o que, por evidente, representará um piro relação custo/benefício para o Poder Público. Além disso, o *princípio da economicidade* deve ser baliza para a criação de cargos e empregos públicos, mormente cargos em comissão, não se admitindo criação de cargos e empregos públicos desnecessários, que não atendam o interesse público.

---

499 - MARIA FILOMENA DE OLIVEIRA MATA, *Fiscalização da Administração Pública em face da Economicidade, publicado na Revista dos Tribunais, in*: RT 710/233.

500 - Sobre o princípio da legalidade, item 33.

501 - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130 e 235, inclusive nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

37. Embora não estejam expressos, sendo também princípios implícitos[502], Celso Antônio Bandeira de Mello considera os ***princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público*** como sendo as bases fundamentais do regime jurídico administrativo[503].

O *princípio da supremacia do interesse público*, como o próprio nome já está a evidenciar, significa que o interesse da coletividade deve estar acima do interesse particular[504].

Em razão deste princípio a Administração Pública relaciona-se com o particular de uma forma superior, impondo condições de maneira unilateral. Cabe ao particular aceitar, ou não, entabular algum ato ou contrato com o Poder Público. Aceitando, terá de ser de acordo com regras fixadas pela Administração Pública[505].

Esta posição de supremacia da Administração Pública é justificável, tendo em vista que o particular defende seu interesse privado, ao passo que o Estado está protegendo o interesse público, o interesse de toda a coletividade[506].

O *princípio da indisponibilidade do interesse público* é uma decorrência do *princípio da supremacia interesse público*[507].

---

[502] - Sobre a existência de princípios implícitos no Texto Constitucional: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 150. ALEXANDRE DE MORAES, citando julgado do STF, *Direito Constitucional*, p. 290.

[503] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 26-28.

[504] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 29.

[505] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 30-31.

[506] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31-32.

[507] - FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 34.

Como os interesses que a Administração Pública defende não são dela própria ou de qualquer agente público, mas sim do próprio Estado e, via de conseqüência, de toda a coletividade, quem zela por estes interesses não é seu dono, razão pela qual deles não pode dispor. Assim, nem a Administração Pública, nem qualquer agente público, pode dispor ou transigir sobre os interesses públicos[508].

Como visto no princípio da legalidade[509], toda ação administrativa está jungida aos comandos legislativos. Isto tem conexão com a *indisponibilidade do interesse público*, eis que a lei é o único instrumento hábil para que o administrador público possa abrir mão de alguns dos interesses públicos.

A *indisponibilidade do interesse público* abrange tanto a defesa permanente dos interesses públicos a serem perseguidos, interesses que sequer a lei pode dispor; como também os interesses sobre direitos e bens possuídos pelos diversos entes estatais[510], o que constitui o patrimônio público visto pelo prisma econômico. Alguns destes bens e direitos possuídos pelos entes estatais, desde que desafetados, são passíveis de alienação, mas apenas quando e na forma que a lei autorizar.

Estes princípios também têm relevância para o tema em estudo, na medida em que na investidura dos servidores deve prevalecer o interesse público, que é superior e indisponível, e não interesses particulares, razão pela qual o administrador público não pode desviar-se dos critérios objetivos para escolha dos servidores que melhor atendam o interesse público.

---

[508] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 33.

[509] - Sobre o princípio da legalidade, item 33.

[510] - GASPARINI, DIOGENES. *Direito Administrativo*, p. 13.

CAPÍTULO 3. ACESSO AOS POSTOS DO SERVIÇO PÚBLICO

38. Como visto[511], após reivindicações populares, o respeito ao princípio da igualdade[512] passou a ser exigido para a investidura nos postos do serviço público, sendo escrito em praticamente todas as Constituições atuais o ***acesso universal aos postos do serviço público***, sem qualquer discriminação que não em razão de *talentos* e *virtudes* pessoais[513]. Este preceito constitui um dos pilares do regime democrático, sendo baseado não apenas no princípio da igualdade, como também nos princípios democrático e republicano[514], no sentido da participação popular nos negócios do Estado[515].

Contudo, embora o mais amplo possível, o *acesso aos postos do serviço público* deve obedecer algumas condições previstas nas Constituições, ou delegadas por elas à legislação infra-constitucional.

Na Constituição Federal de 1988, redação atual, este princípio vem insculpido no inciso I, do artigo 37, o qual prevê que *"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."*

---

511 - Item 9.

512 - Sobre os princípios da igualdade e da impessoalidade, itens 30 e 31.

513 - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 305.

514 - Esta concatenação do *princípio democrático* com a *igualdade* no acesso aos postos do serviço público deve-se ao fato de que os direitos fundamentais, em especial os *princípios da igualdade* e da *liberdade*, constituem elemento básico para o *princípio democrático*, na medida em que não há democracia sem liberdade e igualdade. Neste sentido: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 279 e 280. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 107, 114, 117-118, 120 e 193.

515 - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 44. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 144-149. ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, vol. III, p. 64.

De início, cabe frisar que as regras inerentes à *acessibilidade aos postos do serviço público* aplicam-se a todos os servidores públicos, sejam funcionários públicos, empregados públicos ou contratados por prazo determinado, pouco importando se o vínculo funcional será com a Administração direta ou indireta, com a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, com o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público ou o Tribunal de Contas[516].

Esta amplitude evidencia-se não só porque o *caput* do artigo 37, da Constituição Federal[517], deixa clara a extensão da aplicação das disposições constantes em seus incisos e parágrafos, como também porque o citado inciso I, do mesmo artigo, refere-se a cargos, funções e empregos públicos[518].

Aponte-se que **o Texto Constitucional autoriza somente à lei, entendida esta em sentido formal[519], ato normativo de nível imediatamente infra-constitucional, fixar condições de ingresso nos postos do serviço público, sendo vedado a qualquer ato infra-legal, inclusive o regulamento, estabelecer tais requisitos**[520].

---

[516] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 50-51.

[517] - 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: 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; "*

[518] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 27.

[519] - Como diz MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 129, *lei é "ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional".*

[520] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 36. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 50. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 31 e 34. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p.126. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 160. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 288, bem como em *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 58 e 59. EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 36 e 38.

Isto, além da referência expressa à **lei** constante do artigo 37, I, da Carta Magna[521], é decorrência do *princípio da legalidade*, previsto no artigo 5º, II[522], Constituição Federal, pois ao administrador público é vedado inovar na ordem jurídica, estabelecendo obrigações e direitos anteriormente não previstos, condição facultada, pela sistemática constitucional pátria, apenas e tão somente à lei[523].

Destarte, qualquer limitação de acesso aos postos do serviço público só é válida se prevista expressamente em lei. Lei em sentido formal, ou seja, *"ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional"*[524]. Não é admitida qualquer restrição ao acesso aos cargos e empregos públicos feita por instrumento que não seja um ato legislativo primário, tais como regulamentos, decretos, portarias, resoluções, edital, *etc*[525].

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já decidiu neste sentido, consignando expressamente que *"apenas lei em sentido formal (ato normativo emanado do 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 inconstitucionalidade."*[526]

---

[521] - Citado em nota logo acima.

[522] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 5º. ... II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"*

[523] - MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 244. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 6. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 61. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 152-153. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 160.

[524] - MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 129.

[525] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 31-32 e 34. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração direta e indireta*, p. 50. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 159. JÚLIO ASSUMPÇÃO MALHADAS, citado em *A Constituição na Visão dos Tribunais*, p. 371-372. EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 36 e 38.

[526] - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Adin nº 1188-DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 20/04/95, p. 9945. No mesmo sentido Agrc nº 182487-PR, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 07/02/97, p. 1344. Conforme CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 208, nota 132. Ainda no mesmo sentido 1ª

Portanto, a Carta Magna, nos artigos 37, I, e, 39, § 3º[527], autoriza a lei, e apenas a ela, estabelecer condições de *acesso aos postos do serviço público*. Estes requisitos podem ser variáveis de acordo com a exigência de cada cargo, função ou emprego público, pois é preciso considerar que há situações peculiares, há funções que exigem o cumprimento de condições especiais, inerentes ao seu adequado desempenho[528].

Contudo, **o espaço da lei não é ilimitado. Não é qualquer requisito que pode ser exigido por ela. Sendo a investidura nos postos do serviço público guiada pelos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, não pode a lei fazer exigências que ofendam esses princípios**[529].

Turma do TRF da 5ª Região, no julgamento do REO 95.05.48612/CE, rel. Juiz Hugo Machado, decisão de 13/06/95, publicada no DJ de 30/06/95, p. 42.021, colacionada em *A Constituição na visão dos Tribunais*, p. 377-378, ao consignar que: *"A exigência de prática forense para inscrição em concurso, consubstanciando uma restrição ao livre acesso aos cargos públicos, constitucionalmente assegurado, somente é válida quando prevista em lei."* Igualmente, a 2ª Turma do TRF da 4ª Região, no julgamento do MAS 89.04.15865, rel. Juiz Teori Albino Zavascki, decisão de 14/12/89, publicada no DJ2 de 21/02/90, p. 2.534, colacionada em *A Constituição na Visão dos Tribunais*, p. 376-377. Também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 127.814-1 (RJTJ-SP-LEX 133, p. 123).

[527] - Constituição Federal: *"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; ... Art. 39. ... § 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, ... e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados quando a natureza do cargo o exigir."*

[528] - ADILSON ABREU DALLARI. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 32. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 166. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 366. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 395.

[529] - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 304. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 478. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 162, 164 e 213. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 578. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 60. CARLOS AYRES BRITTO, *Concurso Público Requisitos de Inscrição*, p. 66-67.

A dificuldade é saber quais exigências podem, e quais não podem, ser estabelecidas em lei, quais violam, e quais não violam, os princípios constitucionais retro citados, pois não poderão ser estabelecidas condições discriminatórias e preconceituosas, que beneficiem ou prejudiquem quem quer que seja[530]. Como observa Maria Sylvia Zanella di Pietro, baseada em lições de San Tiago Dantas e Francisco Campos, a lei não pode traçar discriminações sem que existam motivos razoáveis, racionais e encampados pelos fins do Estado, para tanto[531].

O critério mais aceitável é aquele que considera **possível à lei somente o estabelecimento de condições razoáveis, absolutamente necessárias e indispensáveis para o correto desempenho do cargo ou emprego público. Deve haver um nexo de causalidade, guiado pelo princípio da razoabilidade[532], entre a condição exigida e o adequado desempenho da função pública[533].**

Esta compatibilidade e pertinência, entre a exigência para ocupar o cargo ou o emprego público e o correto desempenho da função pública respectiva, é fundamental. Pode ocorrer que um mesmo requisito seja discriminatório para o acesso a um certo cargo ou emprego público, hipótese em que será ilícito, mas absolutamente necessário para o exercício de um outro cargo ou emprego público, quando será lícito.

---

[530] - CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 23.

[531] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 140.

[532] - Sobre o princípio da razoabilidade, item 35.

[533] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 32 e 34. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 164, 166, 209, 210 e 216. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 366. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 395-396. EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 37. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 60.

Aliás, Adilson Abre Dallari lembra que o tema foi apreciado no II Encontro de Direito Administrativo realizado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sendo aprovada, de forma unânime, pelos componentes da mesa, dentre os quais figuravam Celso Antônio Bandeira de Mello, Celso Ribeiro Bastos e Michel Temer, a conclusão de que: *"Pode ser estabelecida limitação para inscrição em concurso público, em razão de sexo ou idade, por lei, desde que atendido o princípio da correção lógica entre o elemento discriminador e o discrímen estabelecido."* [534] (grifou-se)

Porém, vale lembrar que esta correlação lógica deve ser entre o correto desempenho do serviço e a exigência do pressuposto, pois **a imprescindibilidade da condição não se confunde com mera conveniência, com a presunção de que com o atendimento de tal requisito o serviço seria *melhor* desempenhado. Deve haver um nexo de causalidade entre o requisito e o *adequado exercício da função*, não entre a condição e o *melhor exercício da função***[535].

É importante salientar isto porque, como consignado por Cármen Lúcia Antunes Rocha, o preconceito nem sempre é explícito, aparecendo muitas vezes dissimulado em condições aparentemente necessárias, mas que, em verdade, podem esconder a vontade de prejudicar ou beneficiar[536].

39. **A regra estabelecida no inciso I, do artigo 37, da Constituição Federal**[537]**, com relação aos brasileiros é norma constitucional de eficácia contida, de forma que, enquanto não editada a lei referida no dispositivo citado o acesso dos nacionais aos postos do serviço público independe do cumprimento de qualquer requisito**.

---

[534] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 32-33.

[535] - ADILSON ABREU DALLARI, *op. cit.*, p. 32.

[536] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 149.

[537] - Constituição Federal: *"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; "*

Como explica José Afonso da Silva, são normas constitucionais de eficácia contida *"aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados"*[538].

No inciso I, do artigo 37[539], em relação aos nacionais a Constituição Federal regulou suficientemente a matéria ao dizer que *"os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros"*. Contudo, deixou margem de atuação restritiva à lei ordinária, ao consignar que a garantia estaria na dependência do preenchimento de *requisitos estabelecidos em lei*. Então, a lei ordinária pode fixar condições para que os brasileiros tenham acesso aos postos do serviço público. Observe-se que esta lei não tem a função de dar aplicabilidade imediata ao preceito constitucional, pois, independentemente desta dela, este possui normatividade suficiente, ou seja: *"os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros"*.

Assim, enquanto não editada a legislação infra-constitucional restritiva, impondo requisitos, o acesso aos postos do serviço público é livre para todos os brasileiros, que não precisam preencher nenhuma condição, pois a norma constitucional de eficácia contida tem aplicabilidade imediata, uma vez que tem normatividade suficiente desde a entrada em vigor da Constituição, já que a legislação infra-constitucional solicitada, como visto, não tem por escopo dar aplicabilidade a esta espécie de norma constitucional, mas sim restringir o seu alcance, que é pleno enquanto não editada a legislação prevista na norma constitucional[540].

---

[538] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 116.

[539] - Citado em nota logo acima.

[540] - ADILSON ABREU DALLARI. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 30-31. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 159. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 104 e 106-107, onde inclusive cita como exemplo de norma constitucional de eficácia contida o inciso I, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, em sua redação original.

Depois de editada a lei, os pressupostos devem ser cumpridos, desde que, como visto no item anterior, sejam constitucionais, imprescindíveis para o correto desempenho da respectiva função pública.

Todavia, **com relação aos estrangeiros a regra do inciso I, do artigo 37, da Constituição da República[541], é norma constitucional de eficácia limitada**, pois prevê 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, então, que a legislação solicitada destina-se a regular o modo como se dará o ingresso dos estrangeiros e não apenas a definir os pressupostos de acesso.

Destarte, **enquanto não editada a legislação infra-constitucional mencionada no inciso I, do artigo 37, da Carta Magna[542], não será permitido o ingresso dos estrangeiros aos postos do serviço público**, pois em relação a eles o dispositivo citado não apresenta normatividade suficiente, uma vez que antes da edição da lei não se sabe qual é a forma da lei.

A própria Cármen Lúcia Antunes Rocha, que consignou ser o dispositivo em questão norma constitucional de eficácia contida, sem ressalvar os estrangeiros, deixa clara esta situação, quando, em duas passagens, observa que *os estrangeiros poderão vir a ter esse direito*:

> " *A Constituição garante o direito de aceder ao serviço público aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei; os estrangeiros* ***podem vir a ter esse direito*** *na forma da lei. O emprego dessa expressão, especificamente para os estrangeiros, esclarece que os brasileiros têm o direito constitucional quando (desde que) preencham as exigências legais, enquanto* ***os estrangeiros poderão vir a ter o direito*** *desde que e como estabelecer a norma infraconstitucional.* " [543]
>
> (grifou-se e destacou-se)

---

[541] - Citado em nota logo acima.

[542] - Transcrito em nota anterior.

[543] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 161.

Ora, se os estrangeiros não têm o direito de acessibilidade aos postos do serviço público desde logo, ou seja, desde a entrada em vigor da Constituição, é porque este direito depende de alguma coisa, isto é, da lei que discipline a forma de seu ingresso. Então, fica evidente que, em relação aos estrangeiros a norma do inciso I, do artigo 37, da Carta Magna, é de eficácia limitada.

40. A lei mencionada no inciso I, do artigo 37, da Constituição Federal[544], é de cada unidade federativa respectiva, uma vez que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm autonomia para regular suas próprias administrações, segundo melhor lhes convenha[545].

Porém, não se esqueça que algumas leis de caráter nacional[546], especialmente as que regulam exercício de profissões, estabelecem pressupostos para o desempenho de certas funções públicas, por exemplo: ninguém pode exercer a profissão de engenheiro sem ter colado grau em faculdade de Engenharia. Assim, estes requisitos devem ser satisfeitos em todas as unidades federadas, não podendo ser dispensados pelas leis locais[547]. Aliás, por força do artigo 22, XVI, da Constituição da República[548], é competência privativa da União legislar sobre o exercício das profissões.

---

[544] - Constituição Federal: *"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; "*

[545] - DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p.126. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 129.

[546] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 22, citando Geraldo Ataliba, menciona que embora não apresentem caracteres distintivos externos, a lei nacional distingue-se da lei federal, pois aquela tem aplicação para todas as unidades da federação, enquanto esta vincula apenas o aparelho administrativo da União.

[547] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 395.

[548] - Constituição Federal: *"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: ... XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício das profissões;"*

Destarte, **a lei mencionada no inciso I, do artigo 37, da Constituição Federal[549], é de cada entidade da federação, ressalvadas algumas leis de caráter nacional, especialmente as que regulam o exercício de profissões**.

41. **Desde que estabelecidos em lei, e admissíveis constitucionalmente, os requisitos de acesso aos postos do serviço público previstos devem ser satisfeitos como condição de investidura nos cargos e empregos públicos[550]**.

Assim, haverá investidura irregular de servidor público toda vez que os pressupostos licitamente exigidos pela lei não estiverem cumpridos.

Nesta situação, em tese, o vício conduz à nulidade do ato de investidura, ao ressarcimento dos danos e a punição dos responsáveis. Porém, tudo dependerá do caso concreto. Há hipóteses em que o defeito pode ser apenas anulável, podendo ser apagado com efeitos *ex nunc*, ou mesmo convalidado, desde que não tenha afetado a essência do ato e não tenha atentado contra princípios da Administração Pública. Pode ser o caso de afastar-se o ressarcimento de danos e a punição dos responsáveis. Tudo dependerá da boa ou má-fé dos envolvidos[551].

Se houver má-fé da pessoa investida, ou seja, quando esta, conhecendo a impossibilidade de ingressar no cargo ou emprego público, simula o cumprimento do requisito, *v.g.*, através de uma certidão de nascimento falsa, haverá nulidade do ato de investidura, não podendo o vício ser convalidado. Nessa hipótese, impor-se-á o ressarcimento dos danos causados ao erário e punição dos responsáveis que conheciam o vício, pois terá ocorrido ofensa a princípios da Administração Pública, mormente o princípio da moralidade administrativa[552].

---

[549] - Citado em nota logo acima.

[550] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 161 e 193.

[551] - Sobre a necessidade da definição apenas diante do concreto, item 28 supra. Acerca das conseqüências ato de investidura realizado com ofensa ao ordenamento jurídico, itens 24 a 27.4.

[552] - Sobre o princípio da moralidade, item 29.

Por outro lado, se a pessoa investida desconhecia o vício, estando de boa-fé, o defeito pode vir a ser convalidado, desde que não o mesmo não importe em ofensa aos princípios da Administração Pública e que não afete a integridade do ato de investidura. Em tais situações, afasta-se o ressarcimento de danos e a punição da pessoa investida. Poderá ser, quem sabe, o caso de punição da autoridade responsável pelo ato de investidura e de ressarcimento de danos por parte desta autoridade, desde que conhecesse o defeito e, mesmo assim, promovesse o ato de investidura. A hipótese parece remota. Mas, imagine-se, por exemplo, o caso de alguém ingressar em posto do serviço público com dezessete anos de idade, sendo que, posteriormente, quando já completara dezenove anos de idade, constata-se que a função relativa ao cargo ou emprego que ingressou era insalubre. Nesse caso, não haveria sentido anular-se o ato de investidura, falar-se em ressarcimento de danos e punição de quem quer que seja, pois a impossibilidade do exercício da função já não mais existiria e a anulação do ato de investidura não consultaria o interesse público, tampouco os princípios da eficiência e da economicidade.

Como a situação definitiva está a depender do caso concreto, devem ser examinadas algumas condições para investidura nos postos do serviço público, que possam ser exigidas em lei, analisando-se sua pertinência em face do ordenamento jurídico pátrio.

41.1. O primeiro requisito a ser investigado é o da ***nacionalidade***.

José Cretella Júnior menciona que, por uma razão de fidelidade ao seu Estado, *"em todas as Constituições, a primeira condição que se exige de quem vai ocupar um cargo público é a que seja nacional"* [553], o que se pode dizer, corresponde a uma explicação política do requisito.

---

[553] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 478. Nesta direção já apontava J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 156-157, mencionando as Constituições da Áustria, Finlândia e Iugoslávia.

A explicação jurídica seria que os *cargos públicos*, ainda que de atribuições administrativas, compõem a estrutura do Estado, razão pela qual, ao titularizá-lo, o agente público atua no exercício do poder político do Estado[554], o que pressuporia o gozo dos direitos políticos[555] e, via de conseqüência, a condição de nacional, pois só este pode ter gozo dos direitos políticos[556].

A propósito, o artigo 21, 2º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 1948[557], consagra o direito fundamental de toda a pessoa aceder, em condições de igualdade, às funções públicas *de seu país*, o que demonstraria o caráter político deste direito, não extensível aos estrangeiros[558].

Sob esses fundamentos, a previsão da garantia do acesso universal aos postos do serviço público, em todas as Constituições brasileiras, até a Emenda Constitucional nº 19/98, mencionava exclusivamente brasileiros[559]. Em razão deste fato, sempre entendeu-se que os cargos públicos seriam acessíveis só aos nacionais, ao passo que os estrangeiros poderiam ter acesso às funções e empregos públicos. Ou seja, a expressão *cargo público* sempre foi interpretada restritivamente, não abrangendo funções e empregos públicos[560].

---

554 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 144-146 e 151-152.

555 - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 140.

556 - Sobre a necessidade de ser nacional para ser cidadão e, consequentemente, ter gozo dos direitos políticos: JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 305.

557 - Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 1948: *"Art. 21. ... 2º. Toda pessoa tem o direito de aceder, nas condições de igualdade, às funções públicas de seu país."* .

558 - ADILSON ABREU DALLARI. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 28. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 151-152.

559 - ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, vol. III, p. 63, relata que já na vigência da Constituição Imperial, sobreveio o Aviso de 18 de agosto de 1831, reprovando a admissão de estrangeiros e mandando exonerá-los.

560 - J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 156. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 133. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 195.

Ocorre que, a redação original da Constituição Federal de 1988, no inciso I, de seu artigo 37[561], mencionou a garantia de acessibilidade apenas aos brasileiros, como as Constituições anteriores, mas ao lado de cargos inscreveu também funções e empregos públicos. Esta redação, se por um lado trouxe um fato positivo, na medida em que elevou a nível constitucional a garantia de acessibilidade universal, além dos cargos públicos, também para as funções e empregos públicos, por outro lado, criou um problema, pois poder-se-ia pensar, ao menos à primeira vista, que o acesso a todos os postos do serviço público, inclusive a empregos e funções, estaria vedado aos estrangeiros.

Houve polêmica. De um lado estavam aqueles que entendiam ter a Carta Magna vedado o acesso de estrangeiros a quaisquer postos do serviço público[562]. De outro lado estavam os que entendiam que se a Constituição não assegurava, também não proibia o ingresso de estrangeiros aos postos do serviço público, reservando aos brasileiros apenas funções de governo[563].

A Lei nº 8.112/90 optou pela solução de que apenas os cargos, mas não as funções e empregos públicos, eram reservados aos brasileiros. No artigo 5º, I[564], fixou como condição para a ingresso em *cargo público*, ser brasileiro, mas nada mencionou com relação às funções e empregos públicos. No artigo 233, IV e V[565], permitiu o acesso de estrangeiros a funções e empregos públicos.

---

561 - Constituição Federal de 1988, redação original: *"Art. 37. ... I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;"*

562 - DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 126. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 129 e 134. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 53-55. Este último autor, *in op. cit.*, p. 53-58, chega a admitir exceções em certas hipóteses: *"casos em que o Estado veja especial interesse na utilização de dons culturais, artísticos, até mesmo esportivos, que demonstrem conveniência na abertura de exceção."*

563 - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 29-30. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 366.

564 - Transcrito em nota logo acima.

565 - Lei nº 8.112/90: *"Art. 233. Consideram-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as contratações que visem a: ... IV - substituir professor ou admitir professor visitante, inclusive estrangeiro; V - permitir a execução de serviço por profissional de notória especialização, inclusive estrangeiro, nas áreas de pesquisa científica e tecnológica."*

Em relação às universidades, a Emenda Constitucional nº 11/96 deixou a questão clara. Inseriu no artigo 207 da Carta Magna um parágrafo primeiro[566], facultando à estas instituições de ensino admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

Através da Emenda Constitucional nº 19/98, houve modificação no inciso I, do artigo 37. A redação atual prevê que *"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"* (grifou-se).

Com a nova dicção do preceito em tela, resolveu-se o problema de funções e empregos públicos, ficando claro que o acesso a tais postos do serviço público não é vedado aos estrangeiros, devendo a lei ordinária prever as condições de acesso destes à funções e empregos públicos. Porém, em relação aos cargos públicos, a situação não é pacífica, podendo-se vislumbrar duas interpretações. Se se entender que o exercício de qualquer cargo público pressupõe o desempenho do poder político do Estado[567], os estrangeiros não podem ter acesso a nenhum cargo público, pois, nesse caso, o titular de cargo público deve, necessariamente, estar no gozo de direitos políticos, uma vez que só quem está no gozo de direitos políticos é que pode desempenhar o poder político do Estado, e, a teor do artigo 14, §§ 2º e 3º, da Carta Magna[568], apenas os brasileiros podem estar no gozo dos direitos políticos. Mas, se se entender que apenas o exercício de alguns cargos públicos é que pressupõe o desempenho do poder político do Estado, pode-se concluir que o gozo dos direitos políticos não é requisito que faça parte da essência de todo e qualquer cargo público, e, portanto, os estrangeiros podem ter a alguns cargos públicos, aqueles que não impliquem em exercício do poder político do Estado.

---

[566] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 207. ... § 1º. É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei."*

[567] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 144-146 e 151-152. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 140.

[568] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 14. ... § 2º. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, ... § 3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira."*

Então, percebe-se que para o deslinde da questão, precisa-se saber se o exercício de todo e qualquer *cargo público* implica, necessariamente, no desempenho do poder político do Estado e, conseqüentemente, se todo e qualquer *cargo público* exige o gozo de direitos políticos e, portanto, a condição de nacional da pessoa a ser investida.

Para desvendar este problema, aponte-se, primeiramente, que o poder político do Estado caracteriza-se pela tomada de decisões políticas, pela participação nos destinos do Estado, pelo enfrentamento de situações onde esteja em jogo decisões políticas ou a soberania nacional. Tanto é assim que, conforme conceituação doutrinária, os direitos políticos dizem respeito a participação das pessoas no processo político, nos negócios do Estado, enfim nas decisões políticas do Estado[569].

É necessário, então, ter um pouco de parcimônia antes afirmar que o exercício de qualquer cargo público, ainda que de atribuições predominantemente administrativas, implica, necessariamente, no exercício do poder político do Estado[570]. Convenha-se que há cargos públicos cujo desempenho não exige a tomada de qualquer decisão política, onde não há qualquer participação nos destinos e negócios do Estado. Há cargos públicos que as funções são apenas de mero expediente, burocráticas ou sem qualquer complexidade, nos quais seu titular limita-se a cumprir ordens, como, por exemplo, auxiliares administrativos, digitadores, guardiões, serventes, motoristas, *etc.* Há, também, cargos públicos com funções técnicas, onde seu ocupante apenas aplica conhecimentos de determinado ramo do saber, como médicos, dentistas, enfermeiros, *etc.* Ora, seria desarrazoado dizer que no exercício destas funções, o titular do cargo público estaria exercendo o poder político do Estado, razão pela qual entende-se que há cargos públicos que não pressupõem o exercício do poder político do Estado.

---

[569] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 481. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 304, 305 e 307.

[570] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 144-146 e 151-152.

Então, se existem cargos públicos onde o seu titular não está exercendo o poder político do Estado, conclui-se que estar no gozo dos direitos políticos não é um requisito que faça parte da gênese de todo e qualquer cargo público, de maneira que a condição de nacional não é um pressuposto implícito para o exercício de todo e qualquer cargo público.

A nova redação do inciso I, do artigo 37, da Carta Magna[571], aponta neste sentido, ao permitir que os estrangeiros, na forma que vier a ser disciplinado em lei, titularizem cargos públicos. É que, se o dispositivo constitucional autoriza a lei ordinária prever a possibilidade de acesso dos estrangeiros a alguns cargos públicos, significa que há cargos públicos cujo exercício não implica, necessariamente, no desempenho do poder político do Estado.

Entender que o mencionado dispositivo constitucional não permite à lei ordinária estabelecer critérios para o acesso de estrangeiros a cargos públicos é não conferir efeitos jurídicos à expressão *"assim como aos estrangeiros, na forma da lei"*, constante do preceito citado, o que contraria o princípio da máxima efetividade, segundo o qual deve ser conferido o sentido que mais eficácia dê à norma constitucional, bem como que considera que na Constituição não há palavras inúteis, sem efeito a produzir[572].

Além destes argumentos, é necessário uma interpretação sistemática[573], donde se faz mister levar em conta o princípio da eficiência.

---

[571] - Constituição Federal: *"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; ".*

[572] - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130 e 235, e, nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

[573] - A ordem jurídica não é composta de compartimentos estanques, isolados, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, no qual a Constituição encontra-se no degrau mais elevado. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

Conjugando-se o preceito em foco com o princípio da eficiência[574], constata-se que a Constituição da República desejou franquear, na forma da lei, o acesso a alguns cargos públicos aos estrangeiros, visando um desempenho otimizado de determinadas funções públicas.

Cármen Lúcia Antunes Rocha, apesar de ter explanado sobre a natureza política do exercício dos cargos públicos[575], entende que a nova redação da Constituição Federal autoriza aos estrangeiros o acesso a cargos públicos cujo exercício não implique em direção política[576]. Então, percebe-se que a própria autora citada, forçosamente, tem de concordar que há cargos públicos quem não trazem consigo, necessariamente, o desempenho do poder político do Estado. Se não concordar com tal afirmação não há como franquear o acesso de estrangeiros a cargos públicos, pois eles não podem ter gozo dos direitos políticos, e, sem o gozo dos direitos políticos não há como exercer o poder político do Estado.

Mas, o certo que há cargos públicos que podem ser titularizados por estrangeiros, como reconhece a própria autora, razão pela qual há cargos públicos cuja atividade não pressupõe, necessariamente, o exercício de um poder político do Estado. Porém, aqueles cargos públicos cujas atribuições implicam no desempenho de poder político do Estado não podem ser acessíveis aos estrangeiros, que também não podem titularizar os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, de carreira diplomática e de oficial das Forças Armadas, pois estes a Constituição Federal, em seu artigo 12, § 3º[577], reserva aos brasileiros natos.

---

574 - Sobre princípio da eficiência, item 32.

575 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 144-146 e 151-152.

576 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 158.

577 - Constituição Federal: *"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 - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - de carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas."*

Segundo o artigo 12, § 1º, da Carta Magna[578], os portugueses com residência no Brasil, caso haja reciprocidade na legislação lusitana, têm os mesmos direitos que os brasileiros, ressalvadas as exceções constitucionais, os cargos constantes no artigo 12, § 3º[579], que são privativos de brasileiros natos.

Os brasileiros naturalizados são abrangidos pelo inciso I, do artigo 37, da Carta Magna[580], pois quando a Constituição não distingue o brasileiro nato do naturalizado quis referir-se a ambos, uma vez que quando desejou dirigir-se apenas ao brasileiro nato o fez expressamente[581]. Adilson Abreu Dallari aponta que a interpretação sistemática[582] confirma este entendimento, pois o artigo 12, § 3º[583], estipula quais os cargos privativos de brasileiros natos, de forma que os demais, não sendo privativos de brasileiros natos, são acessíveis a todos os brasileiros, sejam natos ou naturalizados. O artigo 12, § 2º[584], da Carta Magna, fulmina qualquer dúvida, proibindo a lei de prever distinções entre brasileiros natos e naturalizados[585].

---

578 - Constituição Federal de 1988: *"Art. 12. ... § 1º. Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição."*

579 - Transcrito logo acima.

580 - Citado em nota anterior.

581 - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, p. 304, e *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 463. ADILSON ABREU DALLARI. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 28 . CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 162, bem como em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 52. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 366. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 394.

582 - O ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, no qual a Constituição, como obra do Poder Constituinte, encontra-se no degrau mais elevado. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

583 - Transcrito em nota anterior.

584 - Constituição Federal de 1988: *"Art. 12. ... § 2º. A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição."*

585 - ADILSON ABREU DALLARI. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 28-29.

Por entender que os estrangeiros podem ter acesso a cargos públicos, Cármen Lúcia Antunes Rocha conclui que inciso I, do artigo 5º, da Lei nº 8.112/90[586], estaria revogado por contrariar a nova redação do inciso I, do artigo 37[587], da Carta Magna[588]. Discorda-se desta opinião. É que, apesar de ser concluído que há cargos públicos que podem ser acessíveis aos estrangeiros, o inciso I, do artigo 5º, da Lei nº 8.112/90, ao fixar, como requisito para investidura em cargo público federal, a qualidade de nacional, não contraria a Constituição, pois, como visto[589], a Carta Magna menciona que o acesso aos cargos, funções e empregos públicos está garantido aos estrangeiros *apenas na forma da lei*. Então, a Constituição autoriza a lei a permitir aos estrangeiros o acesso apenas a funções e empregos, mas não a cargos públicos. Veja-se que, como reconhece a própria autora citada, a Lei Maior não garante diretamente direito de acesso aos postos do serviço público aos estrangeiros, apenas possibilita que a lei venha a reconhecê-lo. Então, o direito dos estrangeiros de acesso aos postos do serviço público tem sede infra-constitucional[590]. Ora, se este direito é de sede infra-constitucional, o fato da lei não reconhecê-lo não contraria a Constituição.

Portanto, **os cargos e empregos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, natos ou naturalizados, bem como aos portugueses com residência permanente no Brasil, caso haja reciprocidade na legislação portuguesa, ressalvados apenas aqueles cargos previstos no artigo 12, § 3º, da Constituição Federal[591], que são privativos dos brasileiros natos; ao passo que aos estrangeiros é assegurado o acesso aos postos do serviço público, mas segundo critérios estabelecidos em lei ordinária, desde que o desempenho da função não implique no exercício de poder político do Estado**.

---

586 - Lei nº 8.112/90: *"Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: I - a nacionalidade brasileira; "*

587 - Constituição Federal: *" 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; "*

588 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 158.

589 - Item 39.

590 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 161-162.

591 - Citado em nota anterior.

41.2. O segundo requisito a ser analisado é o ***gozo dos direitos políticos***.

Como visto no item anterior, há cargos públicos cuja função traz, necessariamente embutida, o exercício do poder político do Estado. Para o desempenho de tais cargos públicos, à toda evidência, exige-se o pressuposto do *gozo dos direitos políticos*. Mas, também há cargos públicos, cuja a atividade não pressupõe, necessariamente, o exercício de poder político do Estado, razão pela qual não tem como requisito intrínseco, o *gozo dos direitos políticos* podendo, inclusive, ser titularizados por estrangeiros.

Os empregos públicos, via de regra, não exigem, como um pressuposto natural, o *gozo do direitos político*, uma vez que, normalmente, seu desempenho não pressupõe o exercício de poder político do Estado.

Contudo, a possibilidade de existirem cargos, funções e empregos públicos em que o *gozo dos direitos políticos* não se constitua um requisito natural de seu exercício, isto não significa que, para tais postos do serviço público, não possa a lei ordinária prever a necessidade deste requisito. A lei ordinária pode estabelecer a condição de estar no *gozo dos direitos políticos* para o exercício de qualquer cargo, função ou emprego público, uma vez que, como visto[592], a Constituição Federal, no inciso I, de seu artigo 37[593], autoriza a lei ordinária a estipular requisitos de acesso aos postos do serviço público, desde que as condições previstas não venham a colidir com a Carta Magna. E, exigir a condição de estar no *gozo dos direitos políticos* não contraria a Lei Maior. Ao revés, representa condição isonomicamente exigida de todos, incentivando o exercício da cidadania.

---

[592] - Item 38.

[593] - Constituição Federal: *"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; ".*

Assim fez a Lei nº 8.112/90, atual Estatuto dos servidores públicos civis da União, ao exigir, em seu artigo 5º, II[594], o *gozo dos direitos políticos* como pressuposto para o exercício de *cargo público federal*.

Entretanto, há aqui uma questão. Como referido no item anterior, o estrangeiro não pode ter o *gozo dos direitos políticos*, mas pode ter acesso a cargos e empregos públicos na forma da lei, de modo que, quando a lei franquear o acesso de estrangeiros a alguns postos do serviço público não lhes pode exigir o *gozo do direitos políticos*. Então, pergunta-se: nesse caso, pode a lei impor o requisito dos brasileiros? Entende-se pode, pois em tal hipótese a condição não pode ser exigida do estrangeiro por impossibilidade de seu preenchimento, mas pode ser cobrada do nacional, pois este tem condições de cumprir o pressuposto. A situação é a mesma, por exemplo, em relação ao serviço militar, requisito que pode ser exigido dos homens, mas que não pode ser imposto às mulheres. Ademais, o brasileiro pode não estar no *gozo dos direitos políticos* por dois motivos: a) desídia em não alistar-se ou não cumprir obrigações cívicas; ou, b) imposição de sanção de perda ou suspensão destes direitos. Ora, em ambas as situações não ocorre qualquer discriminação do brasileiro, uma vez que na primeira hipótese não teria o Estado interesse em contar com um servidor relapso, o que viria, inclusive, a agredir o princípio da eficiência[595], e, no segundo caso haveria cumprimento de uma sanção imposta pela lei.

Destarte, **embora não seja um requisito intrínseco para o desempenho de quaisquer cargos ou empregos públicos, pois não é, necessariamente, exigível para funções em que não há o exercício do poder político do Estado, o *gozo dos direitos políticos* constitui condição que pode ser exigida pela legislação ordinária como pressuposto de investidura nos postos do serviço público. Mesmo nos casos onde o acesso a cargos e empregos públicos é franqueado aos estrangeiros esta condição pode ser exigida dos brasileiros**.

---

[594] - Lei nº 8.112/90: *"Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: ... II - o gozo dos direitos políticos; "*

[595] - Sobre o princípio da eficiência, item 32.

41.3. Quando ***a lei impõe certas obrigações com o Estado à todas as pessoas***, é natural que aquelas que não as cumpram sofram algum tipo de restrição em seus direitos. Dentre tais restrições, é normal a privação de acesso aos postos do serviço público, onde é necessário responsabilidade e lealdade para com a nação.

A Lei nº 8.112/90, em seu artigo 5º, III[596], exige, como pressuposto de acesso aos cargos públicos, que a pessoa esteja em dia com suas obrigações com o serviço militar e a Justiça Eleitoral.

Pela Carta Magna, artigo 143[597], à exceção das mulheres e dos eclesiásticos, o serviço militar é obrigatório. Assim, todas as pessoas do sexo masculino, que não sendo eclesiásticos, não tenham cumprido este dever ou prestação alternativa, caso tenham alegado motivos de consciência ou convicção política, religiosa ou filosófica para a não efetivação da obrigação[598], podem, através de previsão legal, ter negado seu acesso aos postos do serviço público.

No artigo 14, § 1º[599], a Carta Magna considera como obrigatório para os brasileiros alfabetizados entre dezoito e setenta anos de idade o alistamento eleitoral e o voto. Destarte, se estas pessoas não cumprirem tal dever cívico, imposto constitucionalmente, podem ter negado, por lei, o acesso aos cargos, funções e empregos públicos.

---

[596] - Lei nº 8.112/90: *"Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: ... III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais; "*

[597] - Constituição Federal: *"Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. ... § 2º. As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir."*

[598] - Constituição Federal: *"Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. § 1º. Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar."*

[599] - Constituição Federal: *"Art. 14. ... § 1º. O alistamento e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativo para: a) analfabetos; os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos."*

Portanto, **o cumprimento de obrigação legal a todos imposta, como estar em dia com o serviço militar e a Justiça Eleitoral, é requisito consentâneo com o espírito da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, VIII[600], prevê a possibilidade de restrição de direitos àqueles que se recusem a cumprir prestação alternativa a obrigação legal a todos imposta, razão pela qual tal condição pode ser exigida pela legislação infra-constitucional como pressuposto de acesso aos postos do serviço público**.

41.4. A ***capacidade civil*** é requisito que não só pode, como deve, ser exigido pela lei para ingresso nos postos do serviço público. Neste caso, não se trata de uma faculdade concedida ao legislador, mas de uma imposição, pois se o incapaz civilmente não pode praticar atos jurídicos válidos, por evidente, não pode exercer cargo ou emprego público, devido as responsabilidades que isto acarreta.

Portanto, **todos os requisitos exigidos para a aquisição da capacidade civil, previstos na legislação civil[601], constituem-se em condições necessárias, e naturais, para o acesso aos postos do serviço público**.

41.5. Um requisito que tem sido fonte de infindáveis polêmicas é a ***idade***.

José Cretella Júnior, inclusive citando decisões do Supremo Tribunal Federal, defende posição de que não somente a lei, mas também atos administrativos, como decretos ou instruções, podem traçar pressupostos de *idade*, como condição de ingresso nos postos do serviço público[602].

---

[600] - Constituição Federal: *"Art. 5º ... VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;"*

[601] - Código Civil: *"Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - Os menores de dezesseis anos. II - Os loucos de todo o gênero. III - Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV - Os ausentes, declarados tais por ato do juiz."*

[602] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 480.

Porém, este não é o melhor entendimento. A discussão pode até girar em torno da lei ter, ou não, a possibilidade de estabelecer *limites etários*. Todavia, atos administrativos não podem prever condições de *idade*, como requisito para investidura em cargos ou empregos públicos, pois, como apontado acima, somente lei pode prever pressupostos de ingresso nos postos do serviço público[603].

Quanto a possibilidade da lei estabelecer limites de *idade*, aponte-se que não se pode fazer uma interpretação isolada de preceitos legais[604]. Não basta analisar apenas o inciso I, do artigo 37, da Carta Magna[605]. Deve-se interpretá-lo como parte do sistema constitucional, levando-se em conta outros princípios e regras previstos na Carta Magna, como o artigo 3º, IV, que veda qualquer preconceito fundamentado em *idade*, o artigo 5º, I, que assegura o princípio da igualdade, o artigo 7º, XXX, que proíbe discriminação de *idade* para admissão ao trabalho (preceito que se aplica aos servidores públicos por força do artigo 39, § 3º), o artigo 7º, XXXIII, que veda o trabalho noturno, insalubre ou, perigoso aos menores de dezoito anos de *idade*, e, o artigo 40, § 1º, II, que prevê a aposentaria compulsória dos servidores titulares de cargos efetivos[606].

---

603 - Conforme item 38.

604 - O ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, de forma que o verdadeiro sentido de cada norma somente pode ser obtido analisando-a no contexto deste sistema, nunca isoladamente. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

605 - Constituição Federal: *"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; "*

606 - Constituição Federal: *"Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais outras formas de discriminação. ... Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; ... Art. 7º. ... XXX - proibição de diferença de salários, exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; ... XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a*

Levando-se em conta estes dispositivos constitucionais pode-se chegar a algumas conclusões iniciais.

A primeira é quanto a *idade máxima*, pois lembre-se que a Constituição Federal prevê a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade para os servidores públicos titulares de cargo efetivo[607]. Então, por uma questão de lógica, uma vez que a interpretação jurídica não pode conduzir a absurdos ou inconveniências[608], para o ingresso de servidores em cargos efetivos a *idade máxima* será de setenta anos[609]. É que, se a Carta Magna considerou que após esta *faixa etária* as pessoas não poderiam mais exercer ditos cargos públicos, devendo aposentar-se compulsoriamente, não faz qualquer sentido que não estando no exercício de tais cargos alguém possa neles ingressar pois, imediatamente, teria de aposentar-se, o que é um absurdo.

A *idade mínima*, em princípio, corresponde àquela estabelecida para aquisição da capacidade civil, ou seja, dezesseis anos de idade[610], conforme artigos 5º e 6º do Código Civil[611], pois como visto no item anterior, sem capacidade civil não se pode exercer postos no serviço público.

---

menores de dezoito, e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; ... Art. 39. ... § 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, ... e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados quando a natureza do cargo o exigir. ... Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive suas autarquias e fundações, é assegurado o regime de previdência ... § 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, .. : II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, ..."

607 - Art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal, citado em nota anterior.

608 - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

609 - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores ...*, p. 51. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 166. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 127.

610 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 166.

611 - Código Civil: *"Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - Os menores de dezesseis anos. ... Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: I - Os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156)."*

Contudo, não se pode esquecer que o inciso XXXIII, do artigo 7º, da Constituição Federal[612], proíbe a realização de trabalhos noturnos, insalubres ou perigosos aos menores de dezoito anos de *idade*. Este preceito constitucional, embora não mencionado no § 3º, do artigo 39, da Lei Maior[613], também é aplicável aos servidores públicos. É que, levando-se em conta o elemento teleológico de interpretação, no sentido de que toda norma jurídica tem uma finalidade a alcançar e deve ser interpretada a favor, e não contra, o interesse que visa proteger[614], e, no caso em exame, sendo o interesse protegido pelo dispositivo a saúde do trabalhador menor de dezoito anos de *idade*, não teria sentido que houvesse a proteção deste trabalhador apenas no setor privado e não no setor público. Assim, deve-se interpretar a questão para além da *literalidade* do § 3º, do artigo 39, da Constituição República, sendo, obviamente, estendida a proteção estabelecida no inciso XXXIIII, do artigo 7º, da Carta Magna, também para os trabalhadores do setor público. Destarte, para ingressar em posto do serviço público, cuja função tenha atribuições que desempenhe trabalhos noturnos, insalubres ou perigosos, a *idade mínima* também será de dezoito anos.

Portanto, **como regra geral, além da *idade mínima* para aquisição da capacidade civil, dezesseis anos, ou dezoito anos para funções que envolvam trabalhos noturnos, insalubres ou perigosos, e da *idade máxima* de setenta anos para os cargos de provimento efetivo, não pode a lei traçar outros requisitos *etários*, como condição de investidura nos postos do serviço público, sem especificar determinado cargo, função ou emprego público**[615].

---

[612] - Transcrito algumas notas acima.

[613] - Citado em nota supra.

[614] - A norma jurídica deve ser entendida de acordo com seu desiderato, com a finalidade que desejou alcançar, de modo que atinja completamente o objetivo para o qual foi concebida, devendo ser interpretada a favor e não em prejuízo do interesse que visou proteger. Neste sentido: PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 402. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 152 e 156.

[615] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 51.

É que, tal situação ofenderia não só o princípio da igualdade grafado nos artigos 3º, IV, e, 5º, I, como também a regra específica prevista no artigo 7º, XXX, a qual tem aplicação aos servidores públicos por força do § 3º, do artigo 39, todos dispositivos da Constituição Federal[616].

Por isso, o inciso V, do artigo 5º, da Lei nº 8.112/90[617], ao exigir, de uma forma geral, a *idade* mínima da dezoito anos para investidura qualquer cargo público federal, sem especificar qual determinado cargo onde a limitação seria necessária para o correto desempenho das funções respectivas, padece de inconstitucionalidade, pois cria uma discriminação geral em função da *idade* não prevista na Constituição Federal. Carlos Ayres Britto não pensa assim, entendendo constitucional o requisito de *idade* mínima de dezoito anos para quaisquer postos do serviço público, ao argumento de que essa é a *idade* mínima para a imputabilidade penal[618]. Entretanto, com o devido respeito, não se vê por qual motivo a imputabilidade penal seria pressuposto necessário para investidura em postos do serviço público. A Constituição da República não exige isso.

Todavia, quando há especificação de certo cargo ou emprego público, o § 3º, do artigo 39, da Carta Magna[619], autoriza a lei a estabelecer requisitos diferenciados para a investidura em certos postos do serviço públicos, quando a natureza das funções assim o exigir, pois existem peculiaridades, uma vez que algumas funções exigem o cumprimento de pressupostos especiais[620].

---

[616] - Dispositivos citados em nota anterior.

[617] - Lei nº 8.112/90: *"Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: ... V - a idade mínima de 18 (dezoito) anos; "*

[618] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 68. CARLOS AYRES BRITTO, *Concurso Público Requisitos de Inscrição*, p. 66-67.

[619] - Constituição Federal: *"Art. 39. ... § 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, ... e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados quando a natureza do cargo o exigir."*

[620] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 137. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 162, bem como em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 51. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 366. EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 37. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 60.

Assim tem entendido o Pretório Excelso:

"...

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (CF, art. 37, § 2º, c/c art. 7º, XXX), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em conseqüência, a estipulação de exigência de ordem etária quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo.

O tema concernente à fixação legal do limite de idade para efeito de inscrição em concurso público e de preenchimento de cargos públicos tem sido analisado pela jurisprudência desta Corte em função e na perspectiva do critério da razoabilidade. Precedentes: RTJ 135/528 - RTJ 135958..." [621]
(grifou-se)

Porém, a possibilidade do estabelecimento de uma *idade* diferenciada, como pressuposto para a investidura em certos postos do serviço público, deve mostrar-se como condição indispensável para o correto exercício da função em questão, o que não se confunde com mera conveniência, muito menos com a presunção de que com tal requisito a função seria melhor desempenhada[622].

O eventual limite de *idade* diferenciado para a investidura em certos cargos ou empregos públicos, além de mostrar-se indispensável para o correto exercício da função respectiva, deve estar previsto em lei, não podendo ato infra-legal, de qualquer natureza, fixar estes limites[623].

---

[621] - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, decisão no RMS nº 21.045-DF, publicada no DJ de 30/04/94, p. 26169, citada por CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 211, nota 134.

[622] - Sobre a lei somente poder estabelecer como requisitos de acesso aos postos do serviço público condições baseadas no princípio da razoabilidade, que sejam indispensáveis ao correto exercício da função respectiva, item 38.

[623] - Sobre apenas a lei poder fixar requisitos de acesso aos postos do serviço público, item 38.

Destarte, **além dos limites gerais, é possível à lei, e somente à ela, estabelecer limites *etários* diferenciados, como condição para investidura em determinados cargos ou empregos públicos, desde que estes requisitos mostrem-se indispensáveis para o correto desempenho da função pública em tela e adequados ao princípio da razoabilidade**[624].

A questão, entretanto, é saber quando os limites de *idade* são realmente indispensáveis para o correto exercício de certos cargos, funções ou empregos públicos. A jurisprudência tem sido um tanto quanto vacilante nesta matéria, encontrando-se decisões admitindo a validade da fixação de limites *etários*[625], bem como não admitindo[626].

---

[624] - Sobre o princípio da razoabilidade, item 35.

[625] - Decisão do STF no julgamento do RE-176479/RS, do qual foi relator o Ministro Moreira Alves, publicada no DJ de 05/09/97, p. 00771, julgou válida fixação de limite de *idade* para o cargo de agente penitenciário. A 6ª Turma do STJ, no julgamento do ROMS 5031/RS, em decisão de 28/03/95, publicada no DJ1 de 08/05/95, p. 12.428, colacionada em *A Constituição na visão dos Tribunais*, p. 373, considerou que *"não ofende a Constituição (art. 5º, caput, e art. 37, I) lei estadual que limita, de modo razoável, a idade para inscrição em concurso público para o magistério (regente de classe). Razoável foi a fixação do limite máximo em 45 anos. Do regente de classe exige-se atividade e vigor físico. O inciso I do art. 37, por outro lado, fala em 'requisitos estabelecidos em lei'."*

[626] - Decisão do STF no julgamento do RE-177570/BA, do qual foi relator o Ministro Carlos Velloso, publicada no DJ de 28/02/97, p. 00632, julgou inválida a previsão de limite de *idade* para o cargo de auditor fiscal. A 5ª Turma do STJ, no julgamento do ROMS 4200/RS, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, decisão de 22/03/95, publicada no DJ1 de 10/04/95, p. 9.278, colacionada em *A Constituição na visão dos Tribunais*, p. 372, consignou que: *"o limite de idade fixado em legislação estadual que impossibilita aos maiores de 45 anos participarem de concurso público afronta a CF/88, no seu art. 37, I, a não ser para os maiores de 70 anos, e nos casos nela previstos."* A 2ª Turma do TRF da 3ª Região, no julgamento do REO 90.03.16202/MS, rel. Juiz Célio Benevides, decisão de 15/09/92, publicada no DOE de 13/10/92, p. 160, colacionada em *A Constituição na visão dos Tribunais*, p. 376, entendeu que *"a Constituição Federal vigente proíbe restrições de acesso aos cargos públicos por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (arts. 3º, IV, 7º, XXX, e 39, § 2º, da Carta Magna)."* O STF, no julgamento do RE nº 217226-RS considerou inválida a fixação do limite máximo de 35 anos de *idade* como requisito para ingresso no cargo de fiscal de tributos estaduais, por colidir com o artigo 7º, XXX, da Constituição Federal; decisão citada por CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios constitucionais dos servidores púbicos*, p. 211, nota 134.

41.6. Já em 1964 Themistocles Brandão Cavalcanti escrevia que *"nada justifica, no momento presente, distinções baseadas na diferença de sexos, na determinação dos direitos de acesso às funções públicas"*[627] . Nos dias atuais, com muito mais razão, não há motivo para tal discriminação, a não ser em funções onde o fator ***sexo*** seja imprescindível para o correto desempenho de determinado cargo ou emprego público[628].

Em princípio, face a redação do inciso I, do artigo 5º, da Carta Magna, fixando que *"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"*, seria vedado, até ao legislador, traçar qualquer discrimine relativo ao *sexo*, como condição de ingresso nos postos dos serviço público, uma vez que a Constituição não os prevê[629]. Todavia, o inciso I, do artigo 37, da Carta Magna[630], garantiu o acesso igualitário aos cargos e empregos públicos, atendidos os requisitos previstos em lei, bem como o § 3º, do artigo 39, da Lei Maior[631], consignou a possibilidade da lei estabelecer condições diferenciadas de investidura nos postos do serviço público, quando a natureza da função assim exigir, o que propicia ao legislador a possibilidade de fixar pressupostos especiais de acesso a cargos ou empregos públicos determinados, quando isso for imprescindível para o correto desempenho do cargo, função ou emprego[632].

---

627 - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 150.

628 - Sobre a lei somente poder estabelecer como requisitos de acesso aos postos do serviço público condições baseadas no princípio da razoabilidade, que sejam indispensáveis ao correto exercício da função respectiva, item 38.

629 - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 63.

630 - Constituição Federal: *"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; "*

631 - Constituição Federal: *"Art. 39. ... § 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, ... e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados quando a natureza do cargo o exigir."*

632 - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 150. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 481. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 32 e 34. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 162. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 164, 166 e 210. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 395-396. EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 37.

Nestes casos, como salientado, apenas a lei pode fazer a distinção, não sendo possível a previsão do requisito em atos infra-legais[633], razão pela qual discorda-se de José Cretella Júnior que, citando decisões do Supremo Tribunal Federal, entende possível a fixação deste discrime por regulamento[634]. Em relação ao discrimine de *sexo*, com muito mais razão é impossível seu estabelecimento na via infra-legal, face o estatuído no artigo 3º, IV, bem como no artigo 5º, I, ambos da Lei Maior[635].

Destarte, **é possível à lei, e somente à ela, estabelecer o discrimine *sexo* para a investidura em determinados cargos ou empregos públicos, desde que o requisito mostre-se indispensável para o correto desempenho da função e adequado ao princípio da razoabilidade**[636].

41.7. Em alguns países, o preconceito de ***raça*** já impediu que indivíduos, pertencentes a certos grupos *étnicos* ou com determinadas características eugênicas, tivessem acesso aos postos do serviço público[637].

No Brasil, felizmente, nenhuma Constituição autorizou tal preconceito, muito menos para ingresso em cargos e empregos públicos. A atual Carta Magna, aliás, dedica vários artigos repudiando o preconceito racial[638], o que demonstra quão insólito seria o estabelecimento de qualquer pressuposto inerente a *raça*, *cor ou origem*, como critério de investidura nos postos do serviço público.

---

633 - Sobre apenas a lei poder fixar requisitos de acesso aos postos do serviço público, item 38.

634 - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 481.

635 - Dispositivos citados em nota anterior.

636 - Sobre o princípio da razoabilidade, item 35.

637 - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 146.

638 - Constituição Federal: *"Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais outras formas de discriminação. ... Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; ... Art. 5º... XLII - a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; ... Art. 7º. ... XXX - proibição de diferença de salários, exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; ..."*

Em tese, também se poderia imaginar que um *certo tipo físico*, como *altura*, *cor da pele*, *raça*, *etc.*, fosse imprescindível para o correto exercício de determinado cargo, função ou emprego público, o que poderia legitimar, como visto em relação a outros discrimines, alguma condição relativa a *tipos eugênicos*[639]. Todavia, é difícil imaginar que isto seja possível. Cármen Lúcia Antunes Rocha, apoiada em Francisco Campos, chega a admitir esta remota possibilidade, cogitando a hipótese de enfermeiro ou pesquisador de determinada moléstia refratária a *certo tipo de pele* ou para pesquisa a ser realizada em grupos indígenas cujas crenças abominassem uma *cor da pele ou dos olhos*[640]. Poder-se-ia, também, pensar em agentes policiais para o desenvolvimento de certas investigações, onde fosse necessário infiltrar-se em um grupo com determinadas características. Entretanto, é difícil de supor que estas situações realmente ocorram.

Na difícil hipótese, para ser aceita, a condição teria que ser imposta pela lei, não se admitindo que fosse por ato infra-legal[641], fato que dificulta mais ainda sua implementação, pois é muito complicado imaginar, em tese, a necessidade de tal discrimine como condição para o correto exercício de uma função pública. Ademais, diante do perigo que esta situação pode representar, a excepcionalíssima hipótese deve ser sustentada em fatores objetivos, não sendo possível meras suposições ou avaliações subjetivas.

Portanto, embora muito difícil de ser imaginada uma hipótese, em tese a lei, e somente ela, poderia prever um discrimine de *raça*, *origem* ou *tipo físico*, como condição de investidura em determinado cargo ou emprego públicos, desde que a condição mostre-se indispensável para o correto desempenho da função e adequada ao princípio da razoabilidade.

---

[639] - Sobre a lei somente poder estabelecer como requisitos de acesso aos postos do serviço público condições baseadas no princípio da razoabilidade, que sejam indispensáveis ao correto exercício da função respectiva, item 38.

[640] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 166 e 212.

[641] - Sobre apenas a lei poder fixar requisitos de acesso aos postos do serviço público, item 38.

41.8. Outro tipo de restrição algumas vezes praticada é a que diz respeito à ***liberdade de pensamento e expressão***, mormente no tocante a *convicções políticas, religiosas e filosóficas.*

Nos regimes totalitários este tipo de condição é bastante comum, ora exigindo-se como pressuposto de investidura nos postos do serviço público que se professe, ou que se não professe, *determinada religião*, *convicção política* ou *filosófica*, ou, até mesmo, que o indivíduo seja filiado a certo partido político[642].

A Constituição da República veda este tipo de restrição. Não apenas pela regra do livre acesso aos postos do serviço público, estampada no inciso I, de seu artigo 37[643], como pela norma grafada no inciso VIII, do artigo 5º, o qual, expressamente, dispõe que: *"ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei."* Destarte, no ordenamento jurídico brasileiro não é possível estabelecer discriminação relativa a *convicções de foro íntimo* como condição de acesso aos postos do serviço público, até porque não se pode imaginar situação em tal discrimine seja imprescindível para o correto exercício de determinada função pública[644].

Quanto a *manifestação de pensamento*, em princípio, a regra é a mesma. Vedação completa de qualquer discrimine. Contudo, existem algumas colocações a analisar.

---

642 - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 147.

643 - Constituição Federal: *"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; "*

644 - Sobre a lei somente poder estabelecer como requisitos de acesso aos postos do serviço público condições baseadas no princípio da razoabilidade, que sejam indispensáveis ao correto exercício da função respectiva, item 38.

Gastón Jèze, citando decisões do Conselho de Estado francês, não admite exclusão de candidatos a postos do serviço público em razão de *crenças* ou *convicções internas*, apontando que isto seria um atentado à *liberdade de consciência e de pensamento*. Mas, alegando que o preceito deve ser razoavelmente interpretado, pois devem ser aceder aos postos do serviço público apenas pessoas aptas a desempenhar certas funções segundo o espírito e finalidade para as quais foram criadas, sustenta ser possível a limitação em razão de *crenças e convicções externadas.* Entende que a *manifestação de certas opiniões* pode ser incompatível com a função pretendida, hipótese que seria possível a discriminação, sem haver ofensa ao princípio da igualdade[645]. Posição contrária a Gaston Jèze é manifestada por Duguit, citado pelo próprio Gaston Jèze, para quem as únicas *manifestações públicas* que poderiam levar a exclusão do candidato a um cargo ou emprego público seriam aquelas que constituem crimes[646].

Em face do ordenamento constitucional brasileiro a posição de Gastón Jèze não é aceitável, sendo o posicionamento de Duguit o único que se adapta à Constituição da República, pois além dos princípios da igualdade (artigo 5º[647]) e do livre acesso aos postos do serviço público (artigo 37, I[648]), é necessário lembrar que o inciso IV, do artigo 5º, da Carta Magna, é expresso ao declarar que: *"é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"*, como também o inciso VI, do mesmo artigo 5º[649], reza ser inviolável a liberdade de *consciência* e de *crença*. Ora, se a Constituição Federal diz, textualmente, que *ninguém pode ser privado de direito em razão de convicções religiosas*, *políticas* ou *filosóficas* (artigo 5º, VIII[650]), que *todos têm o direito de livremente manifestar seu pensamento* (artigo

---

645 - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 36-42, inclusive notas 42, 43 e 52.

646 - GASTON JÈZE, *op. cit.*, p. 36-42, inclusive notas 42, 43 e 52.

647 - Constituição Federal: *"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:"*

648 - Citado notas acima.

649 - Constituição Federal: *"Art. 5º. ... VI. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias; "*

650 - Citado acima.

5º, IV[651]), e que a *liberdade de consciência e crença é inviolável* (artigo 5º, VI[652]), isto significa que ninguém pode ser discriminado, no acesso a cargos, funções ou empregos públicos, em razão de determinada *convicção*, mesmo que *manifestada*. Interpretação diversa equivaleria a considerar inúteis, e sem efetividade, os dispositivos citados, pois se a *manifestação* de determinada *crença* ou *convicção* pudesse importar em restrição de acesso a determinados postos do serviço público isto significaria que, em verdade, não há tal liberdade, uma vez que a pessoa estaria sendo punida pela *manifestação de seu pensamento*. Ora, como a Constituição não tem palavras inúteis, sem efeito a produzir, todos os seus vocábulos têm significado e devem ser interpretados de acordo com o sentido que mais eficácia lhes dê[653], a única interpretação possível é de que ninguém pode ser discriminado, no acesso a cargos, funções ou empregos públicos, em razão de determinada *convicção*, mesmo que *manifestada*.

Contudo, apesar disto, se a *manifestação do pensamento* constituir um fato ilícito, como *convicções racistas* ou de incitação a prática de crimes, o direito não pode silenciar diante de tal situação, deve reprimi-la, uma vez que, nessa hipótese, a *manifestação do pensamento* está representando um ato anti-jurídico.

Destarte, segundo o estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, **não pode haver, seja por parte do administrador, ou mesmo da lei, qualquer restrição de acesso aos postos do serviço público, fundamentada em discriminação relativa a *convicção de foro íntimo* ou *manifestação de pensamento*, a menos que a *manifestação do pensamento* constitua um ato ilícito**.

---

651 - Transcrito acima.

652 - Citado em nota anterior.

653 - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130 e 235, inclusive nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100. Sobre a lei não conter palavras inúteis ou supérfluas, também CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

41.9. Outro requisito por vezes exigido, como condição de investidura nos postos do serviço público, é a ***boa conduta*** - ou ***bom procedimento***.

Que a *idoneidade moral* é condição indispensável para o exercício de cargo ou emprego público[654] não se duvida, até porque constitui dever imposto aos servidores públicos praticamente em todas as legislações[655]. Entretanto, a questão é saber o que é *boa conduta* ou *bom procedimento*. Themistocles Brandão Cavalcanti lembra que para alguns basta não possuir antecedentes (*folha corrida*), para outros, como J. Guimarães Menegale, deve-se exigir rigor nas *condições de moralidade*[656]. José Cretella Júnior, de início, parece pender para exigência apenas de certidão de antecedentes, mas, em seguida, adverte que *"a jurisprudência pátria é uniforme quando decide que é legítima a exigência da prova de boa conduta, apurada investigação social dos candidatos a concurso para provimento de cargos públicos"*[657]. Indo mais longe, declara que *"a lei, referindo-se apenas a boa conduta para a posse do candidato, deixou à Administração o exame, em cada caso, desse requisito..."* [658]. À luz da Constituição, pensa-se não ser esta a melhor interpretação. Reiteradas vezes, frisou-se que os requisitos de ingresso nos postos do serviço público só podem ser fixados em lei, não sendo admitida a previsão de qualquer critério de acesso aos postos do serviço público por ato infra-legal[659]. Então, não é possível que o administrador público, segundo critérios próprios, não estabelecidos em lei, decida o que é *boa conduta*. Destarte, apenas *comportamentos* que constituam ilícitos, ou que estejam previstos em lei e não afrontem a Constituição, é podem fechar as portas do serviço público a quem quer que seja, sob pena de ressuscitar antigos preconceitos.

---

654 - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 482.

655 - Por exemplo: Lei Federal nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Civis da União): *"Art. 116. São deveres do servidor: ... IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa; ..."* . *Lei Estadual nº 6.174/70 (Estatuto dos Funcionários Púbicos do Estado do Paraná): "Art. 279. São deveres do funcionário: ... XIV - proceder na vida pública e privada de forma a dignificar sempre a função pública; "*

656 - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 141. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 158.

657 - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 483.

658 - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 483.

659 - Sobre apenas a lei poder fixar requisitos de acesso aos postos do serviço público, item 38.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, vêm considerando ilícita a investigação e avaliação sigilosas sobre os *modos de vida* e *conduta* de candidatos a uma vaga no serviço público, até mesmo por ser a vida particular e a intimidade um direito individual fundamental contemplado na Constituição (artigo 5º, X[660]), razão pela qual *hábitos* ou *condutas* pessoais não podem ser objeto de avaliação para ingresso no serviço público[661].

Destarte, **o *bom procedimento*, *boa conduta*, apenas pode ser exigido, como requisito de acesso aos postos do serviço público, se estiver baseado em situações objetivas e derivadas de previsão legal. Somente pode ser vedado o ingresso a cargos ou empregos públicos à pessoas que tenham praticado atos considerados ilícitos pelo ordenamento jurídico ou que tenham praticado atos que estejam previstos em lei como impeditivos de investidura nos postos do serviço público, mas, no último caso, desde que a exigência de tal *comportamento* não ofenda normas constitucionais e não represente discriminação, bem como que a citada exigência esteja de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**[662].

41.10. É comum afirmar-se que o pressuposto de gozar ***boas condições de saúde*** deve ser exigido para o bom funcionamento do serviço público, variando os critérios de acordo com a função a ser exercida. Justificar-se-ia esta posição por não ser lícito impor ao Estado a obrigação de aceitar como servidor público uma pessoa que, por sua condição debilitada de *saúde*, não tenha bom rendimento ou esteja fadada a uma aposentadoria precoce[663].

---

[660] - Constituição Federal: *"Art. 5º. ... X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; "*

[661] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 213 e 214. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 398.

[662] - Sobre esses princípios, item 35.

[663] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 142. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 483.

Gozar de *boa saúde* chegou a ser requisito, ao menos implícito, nas Constituições de 1934 e 1946, que falavam, respectivamente, em exame de *sanidade* e inspeção de *saúde*[664].

Os argumentos mencionados em defesa do pressuposto em exame estão baseados nos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade[665]. Todavia, até que ponto seria lícito ao Estado impedir o acesso a cargos e empregos públicos em razão de condições de *saúde*? até que ponto o fato de alguém ser recusado por questões de *saúde* não estaria violando o princípio constitucional da igualdade[666]?

A resposta a tais indagações é importante, mormente hoje em dia, quando tende-se não apenas a eliminar quaisquer discriminações em relação ao estado de *saúde* das pessoas, como procura-se ir mais longe, pois através dos chamados *discrimines positivos*, reserva-se certo número de vagas do serviço público para pessoas portadoras de deficiência[667].

---

[664] - Constituição Federal de 1934: *"Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funccionários Publicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: ... 2º, a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, effectuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos." Constituição Federal de 1937: "Art. 156. O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor: ... b) a primeira investidura nos cargo de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;". Constituição da República de 1946: "Art. 186. A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde." Constituição Federal de 1967: "Art. 95. ... § 1º. A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. " Constituição da República de 1969: "Art. 97. ... § 1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei."*

[665] - Sobre os princípios da eficiência e da economicidade, itens 32 e 36.

[666] - Sobre o princípio da igualdade, item 30.

[667] - Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988: *"Art. 37. ... VIII - a lei reservará percentual dos cargos públicos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão."*

Trata-se de um aparente choque de princípios: de um lado os princípios da eficiência e da economicidade, de outro lado o princípio da igualdade. Este aparente choque deve resolver-se no momento concretização da norma, harmonizando-se os princípios em colisão, buscando-se uma aplicação ótima de cada qual, através de um processo de cedência recíproca[668].

Como anotado, para correta aplicação do princípio da eficiência, evitando-se antagonismos com outras normas, no caso real deve ele ser interpretado de forma a harmonizar-se com os demais princípios[669], pois além de resultados, o princípio da eficiência zela pela excelência, adequação e razoabilidade dos meios[670]. Destarte, o processo de cedência recíproca dos mencionados princípios em choque está a requerer, diante da situação fática, uma interpretação orientada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade[671]. É que, como estes princípios, numa análise da relação entre os fins a serem atingidos e os meios empregados, pregam a opção pela solução menos gravosa aos administrados, isto tem influência para dirimir o dilema em tela, pois o discrimine de *saúde* somente poderá ser lícito se razoável, se proporcional ao fim que visa atingir.

---

668 - Segundo o princípio da unidade, a Constituição é um todo harmônico, não possuindo antagonismos, de forma que normas aparentemente em conflito devem harmonizar-se no momento de sua *concretização*. Como os princípios apresentam maior *plasticidade* que as regras, não estando sujeitos a lógica do *tudo ou nada*, em relação a eles esta tarefa fica facilitada, pois através de um processo de *cedência recíproca*, busca-se uma *aplicação ótima* de cada um, o que é possível contanto que abdiquem de um interpretação absoluta de seus conteúdos. Assim, no caso concreto, as aparentes contradições e antinomias são resolvidas, de forma que cada princípio encontre seu âmbito de incidência. A respeito: LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189-195. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1035-1036 e 1096-1097. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação Constitucional*, p. 80-86. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99, inclusive nota 3, e 321. KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 45-46. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405

669 - MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI, *Principiologia de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 118.

670 - JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 166.

671 - Sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, item 35.

A questão é saber quando este discrimine é proporcional e razoável.

Não se pode tolerar que uma discriminação por questões de *saúde* importe em preconceito ou em mera presunção de rendimento inadequado. Assim, como em relação a outros requisitos, o problema deve ser resolvido em função da imprescindibilidade da condição para o correto exercício da função pública respectiva[672]. Entretanto, nesse pressuposto há peculiaridades. Existem casos em falta de *condições de saúde* impossibilita o exercício de qualquer função pública, mas há hipóteses que falta de *higidez* impossibilita o desempenho de apenas uma ou algumas funções públicas, como também existem situações que a ausência de perfeitas *condições de saúde* não importa em impossibilidade do exercício de qualquer função pública.

A questão deve ser analisada pelos dois ângulos. Casos onde a falta de *higidez* implica na impossibilidade do exercício da generalidade dos cargos e empregos públicos e casos em que a *deficiência de condições de saúde* impossibilita o correto exercício de determinada função pública.

Em consonância com o critério adotado, para a generalidade dos postos do serviço público somente pode ser admitido o requisito de *boas condições de saúde* no caso em que esta falta impeça o correto desempenho de qualquer função pública. De fato, há casos em que a *higidez* a impossibilita todo e qualquer tipo de trabalho ou que, mesmo não impossibilitando, oferece risco para outras pessoas com quem deve o indivíduo relacionar-se. Isto pode ocorrer, por exemplo, com alguém que seja portador de grave moléstia contagiosa ou com alguém que seja portador de grave patologia ou deficiência, física ou mental, que comprometa a correta prestação dos serviços públicos, como pessoas portadoras de graves distúrbios psiquiátricos.

---

672 - Sobre a lei somente poder estabelecer como requisitos de acesso aos postos do serviço público condições baseadas no princípio da razoabilidade, que sejam indispensáveis ao correto exercício da função respectiva, item 38.

Registre-se, outrossim, que as moléstias ou deficiências que são causas de aposentadoria por invalidez, constituem-se, necessariamente, em impedimento para o acesso aos postos do serviço público. Trata-se de uma questão lógica, pois não teria cabimento que a lei considere alguém inapto para o trabalho e, ao mesmo tempo, lhe faculte o ingresso em cargos e empregos públicos. Lembre-se que a interpretação das normas jurídicas não pode conduzir a absurdos ou a soluções incompatíveis ou impossíveis[673].

É claro que, nas hipóteses analisadas, isto é, quando a situação importe em risco para outras pessoas, quando a moléstia ou deficiência importar em impossibilidade para o exercício de qualquer função pública ou quando a enfermidade for causa de aposentadoria por invalidez, a lei não só pode, como deve, estabelecer impedir o acesso a quaisquer postos do serviço público para tais pessoas.

Além da generalidade dos cargos e empregos públicos, é preciso considerar que alguns postos do serviço público deles exigem condições especiais de *saúde*, dada a natureza diferenciada de suas funções. Às vezes, não ser portador de certa moléstia ou deficiência é imprescindível para o correto desempenho de determinada atribuição, embora a mesma deficiência ou enfermidade não seja problema para exercício de outras atribuições. É o caso, por exemplo, da *boa visão*, indispensável para os aviadores, mas não para a generalidade postos do serviço púbico[674]. Assim, quanto a funções específicas, a regra é a mesma que em relação a outros requisitos examinados: o pressuposto de gozar *boas condições de saúde* deve ser analisado em razão de sua imprescindibilidade, ou não, para o exercício da função respectiva, o que é avaliado com base no caso concreto e à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

---

673 - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

674 - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 150. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 481. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 32 e 34. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 164, 166 e 212. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 395-396.

Muita polêmica tem causado os exames psicotécnicos, exigidos por lei para o acesso a determinados postos do serviço público. De um modo geral este teste tem sido aceito, desde que previsto em lei e realizado com base científica[675]. Contudo, é necessário que a cientificidade do exame esteja comprovada e admita recurso, eliminando-se apenas candidatos que apresentem distúrbios incompatíveis com o exercício da *função* pretendida, não aqueles que não se adaptem a um determinado perfil, pois do contrário o teste pode ser fonte de arbítrio, injustiças e favorecimento[676].

Destarte, **pode a lei prever o requisito de *gozar de boas condições de saúde* apenas para os casos em que o discrimine seja imprescindível para o correto exercício da função pública, seja para generalidade dos postos do serviço público, seja para cargos ou empregos públicos específicos. Outrossim, deve a lei estabelecer restrição de acesso aos postos do serviço público nos casos em que grave moléstia contagiosa coloque em risco a saúde de outras pessoas, bem como para indivíduos portadores de enfermidades ou deficiências que sejam causa de aposentadoria por invalidez.**

41.11. ***Aptidão*** é o fato da pessoa possuir as condições físicas e/ou intelectuais exigidas para o exercício de cargo ou emprego público.

---

675 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 215. Admitindo a validade do exame psicotécnico, desde que previsto em lei: Julgado do Supremo Tribunal Federal, decisão no RE 205500-DF, rel. Min. Carlos Velloso, publicada no DJ de 07/03/97, p. 5418, citada por CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 215, nota 138. Decisão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento do AMS 95.01.04674-5/DF, rel. Juiz Catão Alves, em decisão de 26/09/95, publicada no DJ2 de 26/02/96, p. 9.399, bem como no julgamento do AMS 95.01.10342/DF, rel. Juiz Aldir Passarinho Júnior, decisão de 05/09/95, publicada no DJ2 de 02/10/95, p. 66.460, colacionadas em *A Constituição na visão dos Tribunais*, p. 374-375, consideraram válida a exigência de exame psicotécnico previsto em lei para ingresso na carreira de policial federal.

676 - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 49.

Este pressuposto varia de acordo com a função a ser exercida. Para desempenho de certos cargos ou empregos públicos exige-se determinada formação, para outros a aprovação em exames intelectuais e/ou físicos, *etc.*

A comprovação da aptidão se faz pela apresentação de títulos, bem como pelo êxito em concurso público.

Como antes ressaltado, para o exercício de certas profissões há leis nacionais que impõem determinados requisitos, como a colação de grau universitário[677]. Nestes casos, o cumprimento do pressuposto é condição *sine qua* para o acesso a estes cargos ou empregos.

Neste tópico, a questão controvertida diz respeito a exigência de *experiência*. É que, algumas leis têm exigido, para acesso a certos cargos ou empregos públicos, que a pessoa apresente alguns anos de prática em determinado mister ou alguns anos de conclusão de certo curso. Carlos Ayres Britto considera inconstitucional a imposição de condições dessa ordem, entendendo que aí se estaria diante de uma oblíqua discriminação pela faixa etária. Entende, ademais, que a experiência já é aferida pela exigência de títulos e pelo estágio probatório, de modo que sua medição teria recebido uma disciplina exaustiva da Constituição. Argumenta, ainda, que estas exigências não seriam capazes de comprovar efetivo conhecimento, pois trata-se de conhecimento presumido, o conhecimento efetivo é comprovado através das provas[678]. Porém, de um modo geral, a jurisprudência tem considerado válida esta exigência, desde que prevista em lei[679].

---

[677] - Item 40.

[678] -. CARLOS AYRES BRITTO, *Concurso Público Requisitos de Inscrição*, p. 68-70 e 72.

[679] - A 2ª Turma do TRF da 5ª Região, no julgamento do REO 95.05.47810/CE, rel. Juiz José Delgado, decisão de 11/04/95, publicada no DJ2 de 26/05/95, p. 32.371, considerou válida exigência de dois anos em bacharelado em Direito para ingresso na carreira de Procurador da República, bem como no julgamento do AMS 95.05.49519/CE, rel. Juiz José Delgado, decisão de 27/06/95, publicada no DJ2 de 11/08/95, p. 50.487, entendeu correta a imposição do requisito de dois anos de bacharelado em Direito para o ingresso no cargo de Advogado da União, e, no julgamento do REO 95.05.48612/CE, rel. Juiz Hugo Machado, decisão de 13/06/95, publicada no DJ2 de 30/06/95, p. 42.021, considerou válida, se prevista em lei, a exigência de prática forense para acesso ao cargo de Advogado da União. Todas colacionadas em *A Constituição na visão dos Tribunais*, p. 377 e 378.

O certo é que, como em relação aos demais requisitos de acesso aos postos do serviço público, as condições de aptidão somente podem ser exigidas se previstas em lei, se forem compatíveis com a Constituição Federal e se forem razoáveis e proporcionais, imprescindíveis para o correto desempenho das funções inerentes ao cargo ou emprego público respectivo[680].

A aprovação em concurso público é uma condição de *aptidão* exigida constitucionalmente, como regra geral, para a investidura nos postos do serviço público[681].

Destarte, **a lei pode exigir, para acesso aos postos do serviço público certos requisitos relacionados à *aptidão*. Contudo, estas condições devem apresentar compatibilidade com as atribuições do cargo ou emprego público em questão, demonstrando-se imprescindíveis para o correto desempenho da função pública respectiva. A aprovação em concurso público é pressuposto de *aptidão* exigível constitucionalmente, como regra geral, para a investidura de servidores públicos**.

42. Conforme examinado neste capítulo, somente a lei, ato legislativos primário de nível imediatamente infra-constitucional, emanado do Poder Legislativo segundo procedimento específico previsto na Carta Magna, é pode estabelecer pressupostos de acesso aos postos do serviço público, sendo vedado a qualquer ato infra-legal traçar condições de ingresso em cargos, funções e empregos públicos[682].

---

[680] - Sobre apenas a lei poder fixar requisitos de acesso aos postos do serviço público, item 38. Acerca da lei somente poder estabelecer como requisitos de acesso aos postos do serviço público condições baseadas no princípio da razoabilidade, que sejam indispensáveis ao correto exercício da função respectiva, item 38.

[681] - Sobre concurso público, ver itens 13 e 43. Acerca do requisito da prévia aprovação em concurso público, como regra geral para a investidura nos postos do serviço público, item 43.

[682] - Item 38.

Viu-se, também neste capítulo, que não é qualquer condição que pode ser exigida pela lei, pois lhe é defeso estabelecer pressupostos que não tenham alicerce nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que não sejam indispensáveis ao correto exercício da função respectiva[683].

Analisou-se algumas espécies de requisitos mais comumente exigidos, detectando-se as hipóteses em que o discrimine pode, ou não pode, ser estabelecido pela lei.

Então, toda vez que alguém for preterido do acesso a postos do serviço público em razão de pressupostos não estabelecidos em lei, bem como em função de condições que mesmo previstas em lei não estejam baseadas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que não sejam indispensáveis ao correto exercício da função pública respectiva, estará sendo ferido um direito desta pessoa.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXV, expressamente, assegura que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito"*. No seu artigo 129, II, estabelece que é função institucional do Ministério Público *"zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo-se as medidas necessárias a sua garantia"*. Assim, tanto a pessoa ilicitamente preterida, como o Ministério Público, podem tomar medidas judiciais visando assegurar o direito de acesso aos postos do serviço público do indivíduo prejudicado pela exigência de condições ilícitas.

Se o vício é sanado antes do provimento do cargo ou emprego público por outra pessoa não há muitos problemas. Por exemplo: a restrição anti-jurídica impede a inscrição de alguém em um concurso público e, antes da realização deste, impetra-se medida judicial que garante a participação da pessoa no concurso.

---

683 - Item 38.

Problema há quando a restrição não é sanada antes da investidura de outras pessoas, *v.g.*: alguém é impedido de disputar um concurso público em razão de discriminação ilícita, o certame é realizado, sendo os aprovados investidos nos cargos ou empregos públicos respectivos. Ocorrendo este caso, como fica o direito das pessoas preteridas? como ficam os atos de investidura das pessoas que disputaram o concurso sem a concorrência dos discriminados?

Em princípio, poder-se-ia imaginar que estes atos de investidura seriam nulos, pois: a) tiveram como causa uma restrição ilícita de outros concorrentes, razão pela qual são também atos ilícitos, uma vez que contaminados por um vício de origem; b) os cargos e empregos públicos devem ser previstos em lei, em número certo[684], e, em sendo reconhecido o direito da pessoa preterida, ela só poderá ocupar cargo ou emprego público, ou disputar a possibilidade de ocupá-los, se existir vacância nestes postos do serviço público, razão pela qual impõe-se a anulação dos atos de investidura decorrentes de seleção onde houve a injusta discriminação, como único modo de acudir o direito do prejudicado; c) o artigo 169, § 1º, II, da Carta Magna[685], exige, para o ingresso de servidores, autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, salvo empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista, de modo que não se pode investir mais alguém em cargo ou emprego público, ou dar esta possibilidade, sem previsão legal do posto na lei de diretrizes orçamentárias; d) o artigo 1º da Lei nº 5.473/68[686] prevê a nulidade das disposições que criem discriminações entre brasileiros para o provimento de cargos ou empregos, seja no setor público ou privado.

---

[684] - Sobre este tópico, item 48.

[685] - Constituição Federal: *"Art. 169. ... § 1º. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos ou funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: ... II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista."*

[686] - Lei nº 5.473/68: *" Art. 1º. São nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros do funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público."*

Por outro lado, pode existir a boa-fé das pessoas investidas. Então, pergunta-se: seria justo, proporcional e razoável anular atos de investidura de pessoas que de boa-fé disputaram um concurso público e foram aprovadas? Aponte-se que, em se tratando de boa-fé, estes indivíduos não deram causa ao vício, como também não se pode saber se as pessoas injustamente preteridas lograriam êxito no concurso público em questão.

Percebe-se, portanto, que a questão exige cautela. Há situações diversas e importantes a considerar. Desta forma, não se pode concluir, apressadamente, que as restrições ilícitas de acesso aos postos do serviço público são, necessariamente, causa de nulidade dos atos de investidura decorrentes de processos de seleção onde foi praticada a discriminação injusta, ou, ao revés, que em nenhuma hipótese esta circunstância causará nulidade dos mencionados atos. Apenas a análise do caso concreto, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é que definirá as conseqüências dos atos de investidura decorrentes de seleção onde houve restrição ilícita a participação de outros concorrentes, conseqüências que, em tese, são: nulidade dos atos de investidura, ressarcimento de danos e punição da autoridade responsável[687].

Apesar disto, algumas premissas podem ser cogitadas em abstrato.

Sempre que a discriminação ilícita no acesso aos postos do serviço público tiver por finalidade beneficiar determinada pessoa, o ato de investidura deste indivíduo será nulo, terá de haver ressarcimento dos danos eventualmente sofridos pela Administração Pública, bem como a punição da autoridade responsável pela discriminação que visou o favorecer alguém e, se de má-fé, também da pessoa investida.

---

[687] - Sobre a necessidade da análise do caso concreto, itens 24 e 25. Sobre conseqüências dos atos de investidura realizados com desrespeito ao ordenamento jurídico, item 24. Acerca dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, item 35.

Em situações desta ordem a nulidade do ato de investidura da pessoa favorecida é conseqüência inafastável, pois este ato decorre de ofensa aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, bem como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade[688].

O atentado ao princípio da legalidade é caracterizado pela desobediência à norma constitucional que prevê o acesso universal aos postos do serviço público, a qual, como visto, não permite discriminações que não estejam a serviço de uma finalidade albergada pelo Direito.

A afronta aos princípios da igualdade e da impessoalidade ocorre porque, se a intenção da discriminação é beneficiar alguém isto significa que a Administração Pública não está concedendo tratamento isonômico e imparcial aos administrados, mas está beneficiando o indivíduo investido e prejudicando as pessoas injustamente impedidas do acesso ao cargo ou emprego público em questão.

Esta situação deságua, também, numa ofensa ao princípio da moralidade administrativa, haja vista que discriminar concorrentes para beneficiar alguém é algo que não está de acordo com as regras internas da Administração Pública, com os conceitos de bom administrador e com os *standards* éticos que a sociedade espera de seus administradores para o atingimento do bem comum.

A violação aos princípios da eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público fica estampada pelo fato da Administração Pública se ver privada, ao menos potencialmente, de contar com melhor servidor, o que redundaria numa otimização do serviço público e na melhor relação custo/benefício para o ente estatal, razão pela qual a injusta discriminação de concorrentes, visando beneficiar a pessoa investida, implica num ato de disposição do interesse público, que é colocado em segundo plano se comparado ao interesse particular da pessoa beneficiada.

---

688 - Sobre estes princípios, itens 29 a 37.

A desobediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade configura-se pelo fato de se estar impondo às pessoas prejudicadas pela injusta discriminação um sacrifício desarrazoado e desproporcional.

Na hipótese ora tratada não existe possibilidade de convalidação do ato após cinco anos, conforme aponta o artigo 54 da Lei nº 9.784/99[689]. Primeiro, porque o ato é absolutamente nulo, praticado com violação de princípios que regem a Administração Pública. Segundo, porque se a injusta discriminação visou beneficiar alguém o ato de investidura do beneficiado pela injusta discriminação decorreu de má-fé.

Em ocorrendo danos à Administração Pública, em razão da anulação deste ato de investidura, o que pode ser representado por eventuais despesas para realização de novo concurso público, remuneração da pessoa ilicitamente investida ou pagamento de indenizações aos prejudicados, estes prejuízos devem ser ressarcidos, pois a Administração Pública não pode arcar com despesas decorrentes de atos nulos, como examinado no item 26. A repetição será de responsabilidade de quem deu causa a discriminação ilícita visando favorecer alguém e, portanto, deu ensejo a nulidade do ato de investidura realizado de forma ilícita. Esta obrigação de ressarcimento pode ser estendida, solidariamente, à pessoa investida, no caso desta ter ciência do fato de que seria beneficiada pela ilícita exclusão de concorrentes, ou seja quando estiver de má-fé, bem como a outras pessoas que, eventualmente, tenham contribuído para o ilícito.

---

[689] - Lei nº 9.784/99: *"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. "*

As punições dos responsáveis podem ocorrer nas quatro esferas acima analisadas: administrativa, criminal, por improbidade administrativa e política[690].

Sempre que a discriminação ilícita no acesso aos postos do serviço público tiver por finalidade beneficiar determinada pessoa, se a autoridade responsável for Prefeito Municipal, estará, em tese, caracterizado o crime previsto no inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67[691], pois o ato de investidura da pessoa favorecida representará nomeação, admissão ou designação de servidor, que terá decorrido de violação a expressa disposição de lei. No caso, a violação a expressa disposição de lei foi a injusta restrição de eventuais concorrentes, praticada com o desiderato de privilegiar o indivíduo investido num cargo ou emprego público[692]. Se houver, de qualquer modo, a participação ou conhecimento dos fatos por parte da pessoa investida, poderá haver co-autoria, incidindo este indivíduo também na prática do delito.

Quando a discriminação ilícita no acesso aos postos do serviço público tiver por finalidade beneficiar determinado indivíduo configurar-se-á, em tese, o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, *caput* e inciso V[693]**, da Lei nº 8.429/92**. É que, em tal hipótese, como consignado, há ofensa aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, bem como aos deveres de legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, além de frustração da licitude do concurso público[694].

---

690 - Acerca das sanções possíveis, itens 27.

691 - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: ... XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei."*

692 - Em relação a este crime, item 27.2.

693 - Lei nº 8.429/92: *"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: ... V - frustrar a licitude de concurso público."*

694 - Em relação a improbidade administrativa, item 27.3.

Ainda na mesma situação, poderá, também, em tese, ficar caracterizado, o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, *caput*, da Lei nº 8.429/92[695], pois eventuais gastos com a realização de novo concurso público, com a remuneração da pessoa investida e com possíveis indenizações aos prejudicados, representam prejuízo ao patrimônio público, na medida em que foram desembolsadas pelo erário verbas decorrentes de atos nulos que, em razão disto, não podem ser suportadas pelo Poder Público, mas por quem deu causa a nulidade, conforme já assinalado[696].

Se a autoridade responsável pela discriminação que teve por escopo beneficiar alguém vier, em razão deste ato, a obter vantagem econômica estará, em tese, também caracterizado o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.429/92[697].

A pessoa favorecida pela ilícita exclusão de concorrentes às vagas no serviço público é beneficiária do ato de improbidade administrativa praticado pela autoridade responsável pela discriminação ilícita. Assim, estando ciente da manobra, do objetivo do injusto afastamento de concorrentes, portanto de má-fé, incorrerá no mesmo ato de improbidade administrativa praticado pela autoridade responsável pela discriminação ilícita, por força do disposto em seu artigo 3º da Lei nº 8.429/2[698].

---

695 - Lei nº 8.429/92: *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:"*

696 - Itens 26 e 27.3.

697 - Lei nº 8.429/92: *"Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente: "*

698 - Lei nº 8.429/92: *"Art. 3º. As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."*

Quando a discriminação ilícita no acesso aos *cargos públicos* tiver por desiderato beneficiar determinada pessoa, sendo a autoridade responsável o Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores de Estado ou Secretários de Estado, estará configurado, em tese, o *crime de responsabilidade*, previsto no artigo 9º, 5., da Lei nº 1.079/50[699], pois haverá infringência das normas que traçam requisitos para a investidura de *funcionários públicos*[700].

Na mesma hipótese, sendo a autoridade responsável Prefeito Municipal caracterizar-se-á, em tese, o *crime de responsabilidade* tipificado no inciso VII, do artigo 4º, do Decreto-lei nº 201/67[701], uma vez que este agente público terá praticado ato de sua competência contra expressa disposição de lei[702].

Ainda na mesma situação, toda vez que a autoridade responsável for um Vereador, inclusive o Presidente da Câmara Municipal, tipificar-se-ão, em tese, os *crimes de responsabilidade* previstos nos incisos I e III, do artigo 7º do Decreto-lei nº 201/67[703], pois o Edil em tela terá utilizado-se do mandato para prática de atos de improbidade administrativa, bem como terá procedido de modo incompatível com a dignidade da Câmara Municipal e faltado com o decoro em sua conduta pública[704].

---

699 - Lei nº 1.079/00: *"Art. 9º. São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: .. 5. Infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais."*

700 - Sobre este crime de responsabilidade, item 27.4.

701 - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 4º. São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas a julgamento pela Câmara dos Vereadores com a cassação do mandato: ... VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;"*

702 - Em relação a este crime de responsabilidade, item 27.4.

703 - Decreto-lei nº 201/00: *"Art. 7º. A Câmara poderá cassar o mandato de Vereador, quando: I - Utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa. II - ... III - Proceder de modo incompatível com a dignidade da Câmara ou faltar com o decoro na sua conduta pública."*

704 - Acerca deste crime de responsabilidade, item 27.4.

Porém, **quanto aos atos de investidura das pessoas de boa-fé, originados de concurso público onde ocorreu ilícita exclusão de concorrentes, cujo discrimine injusto não visou beneficiá-las, seus interesses devem ser preservados. Estes atos não podem ser anulados em razão dos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança, ligados ao princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, bem como em função dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e economicidade**[705].

Como leciona José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da segurança jurídica, envolvendo o da proteção da confiança, impõe a necessidade calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos nos atos do Poder Público, como também dos efeitos jurídicos destes atos em relação às suas pessoas. O mestre lusitano explica que estes princípios exigem fiabilidade nos atos estatais, estão a requerer que o cidadão de boa-fé sinta garantia nos atos estatais, o que implica numa tendência de imutabilidade dos atos administrativos e de suas conseqüências jurídicas[706]. Então, as pessoas que de boa-fé que foram aprovadas em concurso público, onde outros foram excluídos ilicitamente, não podem ter seus atos de investidura anulados, pena de quebra da confiança e da estabilidade dos atos estatais.

O princípio da economicidade exige a melhor relação custo/benefício nas ações administrativas[707]. A anulação dos atos de investidura das pessoas de boa-fé traria perda de tempo e gastos para a Administração Pública, não só com a realização de um novo concurso público, como com eventuais indenizações que teria de pagar para as pessoas de boa-fé e, eventualmente, um dispêndio com treinamento para aprovadas em novo concurso público.

---

[705] - Sobre a existência de princípios implícitos no Texto Constitucional: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 150. Sobre estes princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade, itens 35 e 36.

[706] - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 250 e 258.

[707] - Item 36.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como exposto[708], não prescindem da existência de proporção e equilíbrio entre meios e fins. Em existindo opção menos danosa para os administrados, não permitem que a Administração Pública escolha a solução que traga um gravame maior. Ora, no caso analisado, a anulação dos atos de investidura dos aprovados de boa-fé representaria um excessivo ônus para tais pessoas. A Administração Pública tem outros meios para preservar os direitos dos prejudicados pela ilícita exclusão, como sua inscrição em futuros concursos ou pagamento de indenizações.

Se a injusta discriminação não visou beneficiar alguém, com mais razão, não é caso de anulação dos atos de investidura dos aprovados de boa-fé. O prejudicado terá, como visto acima, outros meios para ver seu direito reparado.

Nesta hipótese, quais as conseqüências para a pessoa responsável pela imposição da condição ilícita? há hipóteses diversas.

Se a injusta condição discriminatória decorrer da lei, o administrador público não pode ser responsabilizado, pois sua conduta estará de acordo com o princípio da legalidade.

Se o administrador não agiu de má-fé, mas laborou em culpa, terá obrigação de restituir os prejuízos que sua conduta causar a Administração Pública, como, por exemplo, gastos com a realização de novo concurso público e pagamento de eventuais indenizações aos prejudicados.

Se obrou de má-fé, ou seja, se o discrimine tinha um fim ilícito, como por exemplo racismo, deve ele, além de suportar o ressarcimento dos danos que a Administração Pública porventura sofrer, bem como poderá ser punidos nas esferas administrativa, criminal, por improbidade e política, na forma que foi exposta logo atrás com relação a fixação de discrimine com intenção de beneficiar a pessoa investida[709].

---

[708] - Item 35.

[709] - Sobre ressarcimento de danos, improbidade administrativa e crimes de responsabilidade, itens 26, 27.3. e 27.4.

CAPÍTULO 4. DIVERSAS FORMAS DE INVESTIDURA NOS POSTOS DO SERVIÇO PÚBLICO E SEUS REQUISITOS

O vínculo estabelecido entre o servidor público e um ente estatal pode ser por prazo indeterminado ou por prazo determinado. O liame por prazo indeterminado pode ser para empregos ou cargos públicos, efetivos ou em comissão. Por sua vez, o laço por prazo determinado será, sempre, a contratação por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Esta distinção tem influência nos pressupostos de investidura nos postos do serviço público, haja vista que as condições exigidas variam segundo o vínculo que o servidor irá estabelecer com a Administração Pública[710].

Como visto, os atos de investidura no serviço público devem estar em consonância com os princípios legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[711], de maneira que os cargos e empregos públicos sejam acessíveis a todos os cidadãos sem distinções que não em razão de seus talentos e virtudes[712].

Entretanto, apenas garantir constitucionalmente que os cargos, funções e empregos públicos sejam acessíveis a todos, sendo o ingresso nos postos do serviço público guiado pelos princípios retro mencionados, mas deixar a escolha dos servidores públicos na exclusiva discricionariedade de alguns agentes públicos não basta para assegurar a observância destes princípios. É preciso mais.

---

[710] - GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 17 e 19-20. J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.* p. 144. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 44. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 76.

[711] - Sobre estes princípios, itens 29 a 37.

[712] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 44. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 144-149. ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, vol. III, p. 64.

É necessário, portanto, além de assegurar a ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos, estabelecer, de forma cogente, normas que prevejam critérios objetivos e isonômicos de seleção daqueles que pretendem ingressar nos postos do serviço público, além de haver conseqüências jurídicas para o caso de descumprimento destas normas. Só assim os princípios constitucionais referidos podem ser realmente observados na investidura dos servidores públicos, de modo que alguns, em detrimento de todos, não sejam beneficiados por suas relações pessoais com os administradores públicos.

43. Como já ressaltado, o ***concurso público*** para escolha das pessoas que irão ocupar os postos do serviço público constitui-se em meio de concretização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público. Este método, se não elimina, ao menos diminui, os privilégios e o uso particular dos cargos e empregos públicos, pois é um sistema de seleção que privilegia o mérito, os *talentos* e *virtudes* pessoais dos pretendentes a ocupar funções em órgãos estatais, sem levar em consideração suas relações com os administradores públicos[713].

---

[713] - GASTÓN JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 23, 59, 63 e 71, inclusive nota 117. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, p. 144, 153 e 163. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 178. CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 50 e 51. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, p. 277-278. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 37. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 44. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 73-74. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 196, 199 e 201. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 396. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 128. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 364. MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa*, p. 117. WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, *Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função*, p. 58. HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 160. Sobre tais princípios, itens 29 a 32, 36 e 37.

Por isso, **a Constituição Federal de 1988 consignou o requisito da prévia aprovação em *concurso*, como regra geral para a investidura nos postos do serviço público**[714], **havendo exceções apenas para o provimento de cargos em comissão e para ingresso em alguns poucos cargos previstos expressamente na Carta Magna**[715].

Como ressaltado[716], desde a Carta Magna de 1934 o sucesso em concurso é previsto como condição de ingresso de servidores públicos. Todavia, até a Constituição Federal de 1988 o sistema brasileiro permitia várias rotas de fuga a esta exigência, que fragilizavam a norma constitucional[717].

A atual Constituição da República, diante dos inúmeros casos de burla à norma que impunha a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso, como pressuposto indispensável de ingresso nos cargos e empregos públicos, que desmoralizaram o sistema, procurou fechar estas brechas existentes. Para que esta norma realmente fosse a regra geral, não a exceção, como havia transformado-se, além do princípio da ampla acessibilidade aos postos do serviço público, estabeleceu o seguinte:

> " *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, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> ...

---

[714] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 196 e 199. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 396.

[715] - Investidura nos cargos Ministros do Tribunal de Contas da União (artigo 73, § 2º), membros dos Tribunais Judiciários oriundos do Ministério Público e da Advocacia (artigo 94), Ministros dos Tribunais Superiores (artigos 101, 104, 111,119 e 123), membros dos Tribunais Regionais Eleitorais (artigo 120, § 1º, especialmente os escolhidos dentre os advogados - artigo 120, § 1º, III). Destaque-se, também, que até a Emenda Constitucional nº 24/99 havia, na Justiça do Trabalho, os Juízes classistas que compunham as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Tribunais Trabalhistas.

[716] - Itens 17 e 21.

[717] - CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 48.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

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;

...

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

...

§ 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. "

A menção a *cargos e empregos*, a adição do termo *público* após a palavra concurso, a supressão da expressão *primeira* antes do vocábulo *concurso*, a previsão de nulidade do ato e punição da autoridade responsável, foram mudanças introduzidas para fechar as rotas de fuga à norma da necessidade êxito concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público[718].

---

[718] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 34, 37 e 38.

Com tais normas, a partir da atual Constituição Federal, 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*, *"embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para investidura"*[719], uma vez que *"a possibilidade de contratar servidores pelo regime celetista não torna ninguém imune à Constituição"*[720].

43.1. Porém, remanesce ainda uma questão.

O inciso I, do artigo 37, da Carta Magna[721], que trata do acesso aos postos do serviço público, menciona, ao lado de cargos e empregos, *funções públicas*, mas o inciso II, do mesmo artigo[722], que trata da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como pressuposto de ingresso nos postos do serviço público, não se refere a *funções*, apenas a *cargos* e *empregos públicos*.

Como explica Pinto Ferreira, *"função é atividade exercida por um agente do Poder Público"*[723]. Então, não existe cargo ou emprego público sem *função*, pois a todo cargo ou emprego público corresponde alguma atividade, mas existe *função* sem *cargo ou emprego*[724], uma vez que há atividades não ligadas a cargo ou emprego público. Desse modo, as pessoas investidas em *funções públicas* não ligadas a *cargo* ou *emprego público* estariam dispensadas do cumprimento do requisito de prévio sucesso em concurso público, para ingresso na *função* não ligada a *cargo ou emprego público*?

---

719 - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 355.

720 - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 27.

721 - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"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; "*

722 - Transcrito logo acima.

723 - PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 366.

724 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 177. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 201. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 381. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 357. PINTO FERREIRA, *op. cit.*, p. 366.

A indagação é preocupante como apontou Adilson Abreu Dallari, ao observar que neste ponto estaria o grande risco de voltar-se à situação anterior, da contratação temporária servir para contornar a imposição de prévia aprovação em concurso, como pressuposto de ingresso nos postos do serviço público[725].

À primeira vista, pelo fato do inciso II, do artigo 37, da Carta Magna[726], não ter mencionado *funções públicas*, ao lado de *cargos* e *empregos públicos*, poderia 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. Alguns, assim entendem, sustentando que no direito brasileiro atual existem duas *funções sem cargo*: a) as *funções* de confiança, previstas no inciso V, do artigo 37, da Constituição Federal[727]; e, b) as *funções* a serem exercidas pelos contratados por prazo determinado, previstas no inciso IX, do mesmo artigo[728]; para as quais não existe obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso público, como condição de ingresso.

Entretanto, a questão não pode ser encarada desta forma. Para respondê-la necessita-se de calma e apelo às regras de hermenêutica constitucional, não se deixando envolver por pela literalidade do texto e pelo uso de termos técnicos do Direito Administrativo na interpretação das normas constitucionais.

Em primeiro lugar, mesmo não sendo primordial na interpretação de normas jurídicas, não se pode desprezar a contribuição do elemento histórico que, aliado a outros, tem valor subsidiário, principalmente em se tratando de normas recentes[729].

---

[725] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 39 e 126.

[726] - Citado logo acima.

[727] - Grafado anteriormente.

[728] - Transcrito logo acima.

[729] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 142-145.

Como diz Inocêncio Mártires Coelho, *"refazer a* pergunta *sobre quais foram os* problemas sociais *que ensejaram determinada resposta normativa, é, portanto, um recurso hermenêutico a mais, que não deve ser desprezado, sobretudo quando se pretenda descobrir a razão subjacente a um enunciado normativo cujo significado se nos apresente, de alguma forma, problemático"*[730]. Então, analisando-se a *occasio legis* da atual Carta Magna, lembre-se que o constituinte de 1988 estava preocupado com as fugas à norma que impõe a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público:

> *"... a redação do texto atual da Constituição Federal, no tocante ao concurso público, representa uma reação a tudo isso e tem por objetivo evitar que esses mesmos comportamentos venham a ocorrer no futuro.*
>
> ...
>
> *É preciso tomar como ponto de partida que* ***a manifestação inequívoca de vontade que emerge do texto constitucional é no sentido de que estão vedadas admissões, contratações ou nomeações livres****, salvo nos casos expressamente previstos no próprio texto, ou de impossibilidade de processos seletivos."*[731]
>
> (grifou-se e destacou-se)

Destarte, com base no elemento histórico, deduz-se que a intenção do constituinte de 1988 foi fechar as brechas para as rotas de fuga à norma que prevê a necessidade de anterior êxito em concurso, como requisito para ingresso em cargo ou emprego público[732], de maneira que a possibilidade de investidura sem prévio sucesso nesse certame deve resultar clara do Texto Constitucional, sem margem a quaisquer dúvidas, não podendo ser presumida. Ademais, lembre-se que as *funções* desgarradas de cargos ou empregos públicos sempre representaram caminho de fuga à regra que determina a necessidade de aprovação em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público[733].

---

730 - INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação Constitucional*, p. 44-45.

731 - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 36 e 39.

732 - Itens 21, 22 e 43.

733 - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 52.

Em segundo lugar, deve ser considerado o elemento teleológico, segundo o qual a norma jurídica deve ser entendida de acordo com seu desiderato, com a finalidade que desejou alcançar[734].

Talvez pelo fato de não existir um critério preciso na utilização do elemento teleológico, Konrad Hesse, um tanto em tom de crítica, observa que a interpretação teleológica representa uma *carta branca*[735]. Entretanto, mesmo reconhecendo as dificuldades apontadas por Konrad Hesse, é possível extrair algumas regras importantes do elemento teleológico, como aponta Carlos Maximiliano: a) entre os meios de melhor tutelar o interesse pretendido pelo criador da norma, presume-se que ele optou pelo mais adequado e razoável; b) a norma deve ser entendida de modo que atinja completamente o objetivo para o qual foi concebida; c) deve-se interpretar a norma a favor e não em prejuízo do interesse que visou proteger[736].

Então, como toda prescrição normativa tem uma finalidade a alcançar, levando-se em conta que o escopo pretendido pela norma constitucional em análise que, como visto logo acima, é evitar as fugas e burlas à norma que prevê a obrigatoriedade de sucesso em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, obviamente deve-se fazer uma interpretação para além da literalidade do dispositivo em foco, de modo que a mencionada regra atinja quaisquer *funções públicas*, mesmo as desgarradas de cargo ou emprego público, pois somente assim se estará preservando o pleno desiderato do preceito constitucional em tela. Do contrário estar-se-ia interpretando a norma em prejuízo do interesse que visou proteger, os princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia do interesse púbico e indisponibilidade do interesse público, pois o concurso público é meio de concretização desses princípios[737].

---

[734] - Neste sentido: PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 402. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 152 e 156.

[735] - KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 38.

[736] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 152 e 156.

[737] - Sobre estes princípios, itens 29 a 32, 36 e 37. Sobre o concurso público ser meio de concretização desses princípios, itens 13 e 43.

Em terceiro lugar, deve ser observado que, conforme os princípios da inicialidade e supremacia das normas constitucionais, os vocábulos constantes na Constituição, a menos que resulte claro o contrário, não devem ser interpretados de acordo com o sentido técnico que lhes é atribuído pelos ramos de direito infra-constitucional, mas conforme o seu significado comum, pois é o direto infra-constitucional que busca fundamento de validade na Constituição e não ao contrário[738]. Além desta regra de hermenêutica constitucional, válida para quaisquer assuntos, em especial sobre servidores públicos lembre-se da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> " *Possivelmente não se encontrará na Constituição parte alguma afligida por tantas imperfeições técnicas quanto a relativa aos servidores. A linguagem desuniforme ou imprecisa do texto, a ausência de caráter rigidamente sistemático em sua terminologia, recomendam grandes preocupações do hermeneuta. ... Compreende-se, pois, que haverão de ser reconhecidas exceções à presumível unidade dos tópicos aglutinantes e que ter-se-á, alguma vez, de recusar a certos termos o sentido que lhes pareceria típico, quando perceptível que foram usados sem compromisso com a acepção corrente que lhes conferem os especialistas na matéria.*" [739]
>
> (grifou-se)

Assim, em relação ao tema *servidores púbicos*, com muito mais razão, os vocábulos escritos no Texto Constitucional devem ser, de regra, compreendidos de acordo com seu sentido comum e não na conformidade técnica que lhes é atribuída pelo Direito Administrativo ou pelo Direito do Trabalho. A respeito, vale destacar lição de Cláudio Pacheco, ainda sob a égide da Constituição de 1946, mas com perfeita aplicação atualmente:

---

[738] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 103-105. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1106. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 127-128.

[739] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos servidores públicos*, p. 29-30

" *Entendemos que a referência dêsse preceito aos cargos públicos deve ser entendida a feitio de sua mais larga conceituação. Serão abrangidos assim pela acessibilidade* ***não somente os cargos restritamente definidos****, ou por limitada definição legal,* ***mas também tôdas aquelas outras funções e aquêles empregos administrativos*** *que estritamente não possam ser considerados como cargos, desde que não interfira qualquer motivo para que sejam excluídos da cláusula de acessibilidade.* ***É que esta cláusula deve ser sempre entendida em seu sentido expansivo de cláusula de igualdade****."* [740]

(grifou-se e destacou-se)

Sobre o significado usual, veja-se que no *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, *emprego* significa *"1. Ato ou efeito de empregar. 2. Função, cargo. 3. Colocação. 4. Situação ou funções e quem faz serviço em repartição pública ou estabelecimento particular; cargo. 5. ..."* [741] (grifou-se). É nesse sentido, o coloquial, que as expressões *cargo* e *emprego*, escritas no artigo 37, II, da Constituição[742], devem ser entendidas, e, em tal sentido abrangem quaisquer postos de trabalho no serviço público, mesmo as *funções* não ligadas a *cargo* ou *emprego público.*

Em quarto lugar, não se pode esquecer que na compreensão da Constituição os princípios funcionam como vetores de interpretação, de forma que *"o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins"* [743].

---

[740] - CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 23.

[741] - ADALBERTO PRADO E SILVA e outros, *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, Mirador Internacional*, p. 657. No mesmo sentido FRANCISCO DA SILVEIRA BUENO, *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, p. 439.

[742] - Transcrito pouco acima.

[743] - LUÍS ROBERTO BARROSO, inclusive citando Celso Antônio Bandeira de Mello, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 147, 148-149 e 194. Sobre os princípios como vetores de interpretação, também CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p.138. MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO, *Hermenêutica Constitucional*, p. 57.

Ora, a interpretação extensiva dos vocábulos *cargo* e *emprego*, constantes do inciso II, do artigo 37, da Carta Magna[744], para abranger quaisquer *postos de serviço público*, mesmo as *funções* não ligadas a *cargo ou emprego público*, é a mais adequada a efetivação dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, pois, como visto logo atrás, a obrigatoriedade de aprovação em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público, tem em mira a realização destes princípios[745].

Em quinto lugar, o elemento sistemático[746] confirma esta interpretação.

Com efeito, note-se que no inciso II, do artigo 37, da Constituição da República[747], as contratações por prazo determinado para suprir necessidades temporárias de excepcional interesse público não estão incluídas entre as exceções à norma que impõe a necessidade de anterior sucesso em concurso, como requisito para investidura nos postos do serviço público. Apenas os cargos de provimento em comissão é que foram contemplados como exceção a esta regra. Nenhum outro dispositivo constitucional diz que as contratações por prazo determinado para suprir necessidades temporárias de excepcional interesse público podem ser efetivadas sem que os contratados tenham sido previamente aprovados em concurso público.

---

744 - Grafado logo acima.

745 - Sobre estes princípios, itens 29 a 32, 36 e 37. Sobre o concurso como meio de concretização desses princípios, itens 13 e 43.

746 - O ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, de forma que o verdadeiro sentido de cada norma somente pode ser obtido analisando-a no contexto deste sistema, nunca isoladamente. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

747 - Escrito pouco atrás.

Ora, se fosse intenção da Constituição Federal excluir os contratados por prazo determinado da obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público, o inciso II, artigo 37[748], ou outro dispositivo da Carta Magna, teria mencionado a exceção expressamente. Se não há previsão desta exceção, é porque não há dispensa do pressuposto para a contratação por prazo determinado, que se constitui, por excelência, na função desgarrada de cargo ou emprego público.

Finalmente, em sexto lugar, observe-se que, mesmo utilizando-se das técnicas do Direito Administrativo, as expressões *cargos* e *empregos públicos* englobam todos os postos do serviço público. Veja-se que Celso Antônio Bandeira de Mello define *empregos públicos* como *"núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista"*[749]. Ora, o contratado por prazo determinado não deixa de ocupar um *núcleo de encargos de trabalho, sob relação trabalhista*, uma vez que, como admite a doutrina, o contratado por prazo determinado possui um vínculo de natureza trabalhista com a Administração Pública[750]. Então, é um empregado público. Cristina Del Pilar Busquets e Maria Beatriz Prata dizem que "emprego *significa o exercício permanente ou provisório, da atividade de alguém, a serviço de outra pessoa, natural ou jurídica, de direito privado ou público, com quem celebrou contrato de trabalho mediante determinada retribuição*"[751]. Então, o emprego também comporta uma relação provisória, de forma que o fato do contrato ser por prazo determinado não descaracteriza a relação empregatícia que a pessoa mantém com o Poder Público. Aliás, as autoras acima citadas, reconhecem, expressamente, que o termo empregados públicos envolve, também, os contratados por prazo determinado:

---

[748] - Citado anteriormente.

[749] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 155.

[750] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 152. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 201. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 387.

[751] - CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal nas Empresas Pública*, p. 34.

" *Temos para nós que quando a Constituição se refere a* empregos, *está a dizer precipuamente* empresas estatais *e, além delas, aqueles que prestam serviços à Administração Central, por força de necessidades temporárias urgentes e inadiáveis. Se o artigo 39 estabelece regime único para a Administração Direta, autarquias e fundações públicas, o artigo 37, inciso II, ao mencionar* cargos, *se direciona a estes entes, enquanto ao mencionar* empregos *estaria se referindo às entidades não compreendidas pelo artigo 39, quais sejam empresas públicas, sociedades de economia mista e, ainda, àqueles casos inclusos no inciso IX daquele artigo."* [752]

Destarte, percebe-se que a contratação por prazo determinado, que corresponderia a uma das ditas *funções não ligadas a nenhum cargo ou emprego*, em verdade, corresponde a um *emprego público*.

Com todas as letras, Adilson Abreu Dallari diz que:

" *Entendido isto, fica também perfeitamente claro que não mais é possível a criação de funções não correspondentes a cargos ou empregos, ou, pelo menos, não relacionados a cargos ou empregos existentes. Ou seja, a função somente pode compreender dois significados: a) conjunto de atribuições inerentes a um determinado cargo ou emprego; b) conjunto de atribuições especiais, extraordinárias, cujo volume não justifica a criação de cargo ou emprego e que, por isso mesmo, pode ser conferido a quem seja funcionário ou empregado, mediante uma retribuição adicional. Isto é o que se denomina de função gratificada.*

...

Em resumo: ***a inerência do servidor ao serviço público doravante somente pode ocorrer mediante a vinculação a dois elementos: ou cargo, ou emprego; terceiro excluído***." [753]

(grifou-se e destacou-se)

---

[752] - CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal nas Empresas Pública*, p. 34.

[753] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 39-40. Tem a mesma posição IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 98.

Também Cármen Lúcia Antunes Rocha, dizendo que *"a função pública, que antes tinha existência garantida e continuada na prática administrativa brasileira, não é mais considerada possível no sistema agora adotado"* [754].

Existem, assim, *cargos* e *empregos públicos*. Ao lado deles, há, também, *funções* não correspondentes a *cargos* ou *empregos públicos*, mas essas últimas são apenas as *funções de confiança ou gratificadas*, como previsto no artigo 37, V, da Constituição da República[755], que, como ficou claro, somente são ocupadas por quem já é servidor público devidamente investido, portanto já ocupante de um *cargo* ou *emprego público*.

As contratações por prazo determinado, previstas no artigo 37, IX, da Lei Maior[756], não se constituem em exceção à regra da necessidade de êxito em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, uma vez que, em última análise, estas contratações são para *empregos públicos*, até porque, como observado por Adilson Abreu Dallari, não há possibilidade de alguém trabalhar sem um regime jurídico[757]. Todo servidor público ou exercerá um *cargo* ou exercerá um *emprego público*, cada qual sujeito a um regime jurídico.

Então, mesmo analisando a questão sob a ótica do Direito Administrativo, vê-se que a Carta Magna não permite que o ingresso em *funções públicas não correspondentes a cargos ou empregos* seja feito independentemente de prévia aprovação em concurso público.

---

[754] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 177.

[755] - 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;"*

[756] - 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;"*

[757] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 123.

Assim, deve-se concluir que **as expressões *cargo* e *emprego*, constantes do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal[758], abrangem todos os *postos de serviço público*, ficando, destarte, excluídos da obrigação de prévia aprovação em concurso público apenas atos de investidura naqueles postos do serviço público que a Carta Magna faz referência expressa e inequívoca. Não há, como pode parecer a primeira vista, a possibilidade de ingresso sem anterior êxito em concurso público em *função pública* desgarrada de *cargo* ou *emprego*, pois as *funções públicas* mencionadas no inciso V, do mesmo artigo 37, da Lei Maior[759], são reservadas a quem já seja servidor público**.

43.2. O Texto Constitucional de 1988 acabou com a possibilidade do legislador infra-constitucional traçar exceções à norma que obriga o sucesso em concurso, como pressuposto de investidura nos postos do serviço público, como permitia a Constituição Federal de 1969, com a inclusão da expressão *"salvo os casos previstos em lei"*, constante de seu artigo 97, § 1º, d [760] [761]. A atual Constituição da República estabelece, no inciso II, do artigo 37[762], de forma cogente, que a investidura em *cargos* e *empregos públicos* depende de prévia aprovação em concurso público, ressalvando apenas os cargos em comissão.

Em verdade, numa interpretação sistemática[763], analisando-se o Texto Constitucional, percebe-se que afora os cargos de provimento em comissão

---

[758] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; "*

[759] - Transcrito em nota logo acima.

[760] - Constituição da brasileira de 1969: *"Art. 97. ... § 1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei."*

[761] - MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, p. 246. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 364.

[762] - Grafado em nota acima.

[763] - O ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios,

existem outras exceções à norma que exige a prévia aprovação em concurso, como condição para ingresso de servidores públicos. Com efeito, a investidura de Ministros do Tribunal de Contas da União e seus paralelos nos Estados e Municípios pelo princípio da simetria com o centro (artigo 73, § 2º[764]), de membros dos Tribunais Judiciários oriundos do Ministério Público e da Advocacia (artigos 94, 101, 104, 111, §§ 1º e 2º, 119, 120, § 1º, e 123[765]), e, de ex-combatentes que tenham

---

de forma que o verdadeiro sentido de cada norma somente pode ser obtido analisando-a no contexto deste sistema, nunca isoladamente. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

[764] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 73. ... § 2º. Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em listra tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional. "*

[765] - 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, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação. ... Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõem-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. ... 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, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo: I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94. ... Art. 111. ...§ 1º. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de dezessete Ministros togados e vitalícios, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, dos quais onze escolhidos dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, integrantes da carreira da magistratura trabalhista, três dentre advogados e três dentre membros do*

participado de operações bélicas durante a 2ª Guerra Mundial (artigo 53, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[766]) não tem como requisito o precedente êxito em concurso público[767].

Porém, estas exceções somente são válidas juridicamente porque previstas na própria Carta Magna.

Ministério Público do Trabalho. § 2º. O Tribunal encaminhará ao Presidente da República listas tríplices, observando-se quanto às vagas destinadas aos advogados e aos membros do Ministério Público, o disposto no art. 94; as listas para o provimento dos cargos destinados aos juízes da magistratura trabalhista de carreira deverão ser elaboradas pelos Ministros togados e vitalícios. ... 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 Justiça; II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal. ... Art. 120. ... § 1º. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão: I- mediante eleição, pelo voto secreto: a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; II - de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo; III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça. ... Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; II - dois, por escolha partidária, dentre juízes-auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar."

[766] - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: *Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos: I - aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade; "*

[767] - Até a Emenda Constitucional nº 24/99 havia, na Justiça do Trabalho, os Juízes classistas que compunham as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Tribunais Trabalhistas, cujos atos de investidura também não tinham como condição a prévia aprovação em concurso público.

Dada a linguagem cogente do inciso II, do artigo 37, da Carta Magna[768], 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 se conferir efetividade ao preceito, pois segundo o princípio da máxima efetividade, deve ser conferido à norma constitucional o sentido que mais eficácia lhe dê[769] e, por óbvio, o significado que mais eficácia confere ao dispositivo em foco é a da necessidade de aprovação em concurso, como regra geral de investidura dos servidores públicos.

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, que são os cargos em comissão, os cargos de Ministros do Tribunal de Contas da União e seus paralelos nos Estados e Municípios, os cargos de membros dos Tribunais Judiciários oriundos do Ministério Público e da Advocacia e os cargos ou empregos ocupados por ex-combatentes que tenham participado de operações bélicas durante a 2ª Guerra Mundial, sendo vedado à legislação infra-constitucional traçar outras exceções**.

43.3. A Constituição Federal de 1988 suprimiu o termo *primeira* que, geralmente, antecedia a expressão *investidura* nas Cartas anteriores.

Como anotado[770], a expressão *primeira*, antes do termo investidura, possibilitava interpretação de que um servidor podia mudar para outro cargo ou emprego, mesmo de outra *carreira*, sem a necessidade de aprovação em concurso público, pois somente a *primeira* investidura é que exigia este requisito[771].

---

[768] - Transcrito em nota logo acima.

[769] - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 235, inclusive nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100.

[770] - Itens 21 e 22.

[771] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 204-205. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 384. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 381.

Com a supressão do vocábulo *primeira*, esta interpretação restou impossível. Assim, afora as exceções constitucionalmente previstas, o anterior sucesso em concurso é exigido como condição de investidura em qualquer *cargo* ou *emprego público*, não sendo possível que alguém investido em certo posto do serviço público seja *aproveitado* em outro, de *carreira* diversa daquele que ingressou, sem que seja aprovado em concurso público para tal cargo ou emprego[772].

Isto, entretanto, não significa que a passagem para um posto mais elevado dentro da mesma *carreira*, promoção, exija a aprovação em novo concurso público, pois o galgar de degraus mais elevados *dentro de uma mesma carreira* tem por base o primeiro provimento, que acontece, necessariamente, precedido de aprovação concurso público. A Carta Magna autoriza a promoção para postos da *mesma carreira* independentemente de êxito em concurso público, na medida em que, no § 2º, do artigo 39[773], prescreve que a participação em cursos constitui um dos requisitos para *promoção na carreira*[774].

---

[772] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 161-162. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 205. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 366 e 384. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 380-381. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 386 e 396, nota 21.

[773] - Constituição de 1988: *"Art. 39. ... § 2º. A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados."*

[774] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 205-206. DIOGENES GASPARINI, *Direito* Administrativo, p. 129. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 382. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 384. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 386 e 396, nota 21. Explicando que provimento derivado é aquele que decorre de um provimento anterior na mesma *carreira*, e que provimento originário é o que não está baseado em um provimento anterior da mesma *carreira*: CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 192. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 23-24 e 44-45, bem como em *Curso de Direito Administrativo*, p. 178 e 179. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 382.

A Consultoria Geral da República teve oportunidade de manifestar-se sobre o assunto, proclamando que " *'... estão abolidas as formas de investidura que representam ingresso em carreira diferente daquela para a qual o servidor ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo inerentes ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que acontece com a promoção, sem a qual não há carreira, mas, sim, sucessão de cargos ascendentes*"[775].

No mesmo sentido tem sido a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[776].

Destarte, **tirante as exceções capituladas na Constituição Federal, exige-se prévia aprovação em concurso, como requisito para investidura em qualquer cargo ou emprego público, a menos para aqueles que são degraus de uma mesma *carreira*.**

44. Não obstante a atual Carta Magna ter procurado *fechar as torneiras*, impedir fugas à norma que da necessidade de prévio êxito em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, continua-se assistindo a uma série de atos de investidura de servidores públicos realizados de forma ilícita, que afrontam a mencionada regra constitucional.

Evidentemente, **o ato de investidura nos postos do serviço público que não seja precedido de aprovação em concurso público, que a hipótese não esteja abrangida em exceções contempladas na Constituição, é um ato ilícito, estando sujeito a anulação, ressarcimento dos danos causados à Administração Pública e punição dos responsáveis**[777].

---

[775] - JOSÉ MÁRCIO MONSÃO MOLLO, no Parecer nº CS-56, de 16/09/92, aprovado pelo consultor Geral da República, conforme publicado no DOU de 24-09-92, p. 13.386-89, citado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 381.

[776] - Neste sentido: Adin nº 231-RJ, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 13/11/92, p. 848; RE 169226-SC, DJ de 22/11/96, p. 45705; conforme CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 199-200, nota 124. Adin-245, rela. Min. Moreira Alves, publicada no DJ de 13-8-92, p. 12.157, como cita MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 381.

[777] - Sobre as conseqüências de investiduras ilícitas, itens 24 a 27.4.

Quanto a nulidade do ato, a Constituição da República facilita a tarefa, pois o § 2º, do artigo 37, da Carta Magna, reza que *"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."* (grifou-se)

No mesmo diapasão, o artigo 4º, I, da Lei nº 4.717/65, *Lei de Ação Popular*[778], dispõe que são *nulos* os atos de admissão no serviço público remunerado praticados com desobediência às condições de habilitação.

Desta maneira, não há o que discutir. A Constituição Federal e a lei atribuem a conseqüência de nulidade aos atos de investidura de servidores levados a efeito com violação à norma que impõe a precedente aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, não sendo possível ao intérprete extrair conclusões antagônicas ao que está dito, de forma clara e expressa, nos textos normativos. Por menos importância que possa ter o elemento filológico, não se pode desconhecer que o texto normativo funciona não apenas como ponto de partida, mas como limite de interpretação, não se podendo, nem diante do caso concreto, encontrar soluções que não caibam no programa normativo[779]. Então, se a Constituição e a lei dizem que estes atos são nulos, não há como considerá-los, por exemplo, como *anuláveis*.

Ademais, como visto, a intenção da Carta Magna foi mesmo de ser rigorosa nesta matéria, *fechar as portas que estavam abertas*. Visou impedir qualquer esforço de fuga à regra que exige a prévia aprovação em concurso, como condição de investidura em cargo ou emprego público[780]. Por isso, taxou de nulos os atos de investidura feitos com desrespeito à tal norma, e pronto.

---

[778] - Lei nº 4.717/65: *"Art. 4º. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer pessoas ou entidades referidas no art. 1º.: I - A admissão no serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais."*

[779] - INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *Interpretação Constitucional*, p. 40, 42, 43, 56, 57 e 58.

[780] - Item 43.1.

Porém, mesmo que a Constituição Federal e lei não tivessem, expressamente, atribuído esta conseqüência de nulidade, ainda assim estes atos de investidura seriam nulos. É que, como já referido, o concurso público é instrumento de concretização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[781]. Então, quando há violação à norma que impõe o anterior êxito em concurso, como pressuposto de investidura nos postos do serviço público, há, também, atentado contra estes princípios que regem a Administração Pública, afetando a própria essência do ato administrativo de investidura[782].

Portanto, **todo ato de investidura no serviço público realizado com infringência à norma constitucional que exige a necessidade de prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso em cargo ou emprego público, é ato absolutamente nulo, que não admite convalidação**.

Então, na hipótese ora tratada não existe possibilidade de convalidação do ato após cinco anos, conforme aponta o artigo 54 da Lei nº 9.784/99[783]. Primeiro, porque o ato é absolutamente nulo, praticado com violação de princípios que regem a Administração Pública. Segundo, porque nesse caso é a própria Constituição Federal que impõe a nulidade do ato, não podendo, portanto, uma lei infra-constitucional determinar sua convalidação. Terceiro, porque, em geral, tal ato é eivado de má-fé.

Como visto, o ato administrativo nulo é retirado do mundo jurídico com efeitos *ex tunc*, preservando-se apenas alguns interesses de pessoas de boa-fé[784].

---

781 - Itens 13 e 43.

782 - Sobre a nulidade do ato de investidura com desrespeito ao ordenamento jurídico, item 25.

783 - Lei nº 9.784/99: *"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. "*

784 - Sobre a nulidade do ato de investidura com desrespeito ao ordenamento jurídico, item 25.

Então, se o ato de investidura em postos do serviço público realizado com ofensa à regra que estabelece a precedente aprovação em concurso, como pressuposto de investidura em cargo ou emprego público, é um ato nulo, que é desfeito com efeitos *ex tunc*, como já examinado, não pode a Administração Pública arcar com o dispêndio de verbas decorrentes de atos nulos, as quais hão de ser suportadas por quem deu causa ao vício, normalmente o *sujeito* responsável pelo ato de investidura.

Assim, **os valores que a Administração Pública tenha despendido em decorrência de ato de investidura de servidor público realizado com desrespeito à norma constitucional que impõe a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, inclusive com remuneração a terceiros de boa-fé, constituem prejuízo ao patrimônio público e hão de ser ressarcidos pelos causadores do vício**[785].

Em princípio, o responsável por tal repetição é o *sujeito* do ato de investidura, ou seja, o agente público que, ilicitamente, investe uma pessoa em posto do serviço público[786]. Porém, se o indivíduo investido irregularmente em cargo ou emprego público estiver de má-fé, tiver ciência da ilicitude de sua conduta, terá, solidariamente, a obrigação de restituir os danos causados à Administração Pública.

A punição da autoridade responsável é outra conseqüência anunciada pelo § 2º, do artigo 37, acima transcrito. Como já observado, este castigo pode dar-se nas quatro órbitas jurídicas referidas: administrativa, criminal, improbidade administrativa e política[787].

Na esfera administrativa, como já repisado, a punição dependerá do estatuto a que estiver sujeito o responsável pelo ato ilícito.

---

[785] - Item 26.

[786] - A respeito do sujeito do ato de investidura, item 25.

[787] - Item 27.

No campo criminal, **sempre que o ato de investidura de servidor público for praticado com ofensa à norma da prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, se a autoridade responsável for Prefeito Municipal, estará, em tese, caracterizado o crime tipificado no inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67**[788], pois o *ato de nomeação* realizado nessas condições terá decorrido de violação a expressa disposição do ordenamento jurídica[789]. Se houver, de qualquer modo, a participação da pessoa investida, poderá haver co-autoria, incidindo esta na prática do delito.

Quando o ato de investidura nos postos do serviço público for levado a efeito com ofensa à norma que estipula a necessidade de anterior sucesso em concurso, como condição de ingresso de servidores públicos, configurar-se-á, em tese, o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, *caput*[790], da Lei nº 8.429/92. É que, em tal hipótese, há ofensa aos princípios legalidade, eficiência, economicidade e indisponibilidade do interesse público, como poderá haver atentado aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade e supremacia do interesse publico[791].

A ofensa ao princípio da legalidade é caracterizada pela desobediência à norma constitucional que impõe a prévia aprovação em concurso, como pressuposto do ato de investidura dos servidores públicos.

A violação aos princípios da eficiência e da economicidade fica estampada pelo fato da Administração Pública se ver privada do meio adequado para escolha do melhor servidor, o que redundaria numa otimização do serviço público e na melhor relação custo/benefício para o ente estatal.

---

[788] - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: ... XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei."*

[789] - Em relação a este crime, item 27.2.

[790] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: "*

[791] - Sobre estes princípios, itens 29 a 33, 36 e 37. Em relação a improbidade administrativa, item 27.3.

O desrespeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público está no fato de que o administrador público não pode dispor das atitudes que melhor consultem o interesse público, no caso o concurso público.

Na maioria das vezes em que ocorre a indevida dispensa da aprovação em concurso, como pressuposto da investidura em cargo ou emprego público, ocorre ofensa aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade e supremacia do interesse público, na medida em que o concurso público é afastado para atender interesses pessoais, seja da pessoa investida, seja do próprio administrador público e não interesses públicos. A finalidade do ato é escusa, pois deseja-se investir aquela determinada pessoa e não preencher a vaga no serviço público com o melhor servidor, o que redunda em tratamento preferencial para o indivíduo investido, conduta contraria às regras internas da Administração Pública e aos *standards* comportamentais que a sociedade deseja de seus administradores públicos no atingimento do interesse público, que é colocado em segundo plano.

Ainda no caso de ato de investidura levado a efeito com atentado à norma que exige êxito em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, em tese, caracterizar-se-á, também, o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, *caput*, da Lei nº 8.429/92[792]. É que, como já demonstrado, os atos de investidura nos postos do serviço público realizados sem prévia aprovação em concurso, não sendo o caso de exceções expressamente previstas na Constituição Federal, são atos nulos, que devem ser desmanchados com efeitos *ex tunc*, não podendo a Administração Pública suportar as despesas decorrentes de atos nulos. Assim, estes gastos causam prejuízo ao patrimônio público, devendo ser arcados por quem deu causa a nulidade e não pelo erário[793].

---

[792] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:"*

[793] - Em relação ao dano causado ao erário em decorrência de ato nulo, itens 25, 26 e 27.3. Sobre a improbidade administrativa, item 27.3.

Ainda na mesma hipótese, **se a autoridade responsável pelo ato de investidura realizado ilicitamente, sem prévia aprovação em concurso público, vier, em razão disso, a obter vantagem econômica, estará, em tese, também caracterizado o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.429/92**[794].

A pessoa investida ilicitamente, sem prévia aprovação em concurso público, é beneficiária do ato de improbidade administrativa praticado pela autoridade responsável. Se o indivíduo investido irregularmente estiver ciente da manobra, portanto de má-fé, incorrerá no mesmo ato de improbidade administrativa praticado pela autoridade responsável pelo ato de investidura, por força do disposto em seu artigo 3º da Lei nº 8.429/2[795].

Sempre que o ato de investidura nos postos do serviço público for praticado com ofensa à norma que determina a prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso dos servidores públicos, sendo a autoridade responsável o Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores de Estado ou Secretários de Estado e o ato de ingresso se der em *cargo público*, estará caracterizado, em tese, o *crime de responsabilidade*, previsto no artigo 9º, 5., da Lei nº 1.079/50[796]. É que, em tal situação, o ato de investidura do *funcionário público* terá sido praticado com infringência a norma legal, no caso a regra constitucional que impõe o antecedente sucesso em concurso, como pressuposto de ingresso nos postos do serviço público.

---

[794] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente: "*

[795] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 3º. As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."*

[796] - Lei nº 1.079/00: *"Art. 9º. São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: .. 5. Infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais."*

Na mesma hipótese, sendo a autoridade responsável Prefeito Municipal configurar-se-á, em tese, o *crime de responsabilidade* previsto no artigo 4º, VII, do Decreto-lei nº 201/67[797], uma vez que o Alcaide terá praticado ato de sua competência contra expressa disposição da Constituição Federal, expressão máxima da legalidade[798].

Ainda na mesma situação, toda vez que a autoridade responsável for um Vereador, inclusive o Presidente da Câmara Municipal, caracterizar-se-ão, em tese, os *crimes de responsabilidade* previstos nos incisos I e III, do artigo 7º do Decreto-lei nº 201/67[799], pois o Edil terá utilizado-se do mandato para prática de atos de improbidade administrativa, bem como terá procedido de modo incompatível com a dignidade da Câmara Municipal e faltado com o decoro em sua conduta pública[800].

Várias podem ser as modalidades de atos de investiduras nos postos do serviço público realizados sem o cumprimento do requisito de precedente sucesso em concurso público, quando este era juridicamente exigido. Porém, é impossível analisar todas as situações que isso pode ocorrer, uma vez que a criatividade para *driblar* a norma constitucional em questão é dinâmica, aparecendo novas modalidades ilícitas todos os dias. Não obstante a impossibilidade de exaurir a matéria, adiante analisar-se-á algumas espécies de investiduras ilícitas nos postos do serviço público, realizadas com infringência à norma que impõe a obrigatoriedade de antecedente aprovação em concurso, como requisito de investidura em cargos e empregos públicos. Além destas, posteriormente voltar-se-á ao tema, quando for abordada a investidura em cargos em comissão e a contratação por prazo determinado.

---

[797] - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 4º. São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas a julgamento pela Câmara dos Vereadores com a cassação do mandato: ... VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;"*

[798] - Em relação a este crime de responsabilidade, item 27.4.

[799] - Decreto-lei nº 201/00: *"Art. 7º. A Câmara poderá cassar o mandato de Vereador, quando: I - Utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa. II - ... III - Proceder de modo incompatível com a dignidade da Câmara ou faltar com o decoro na sua conduta pública."*

[800] - Acerca deste crime de responsabilidade, item 27.4.

44.1. Como visto no item 43.2, apenas a Constituição Federal pode estabelecer exceções à norma que estabelece a prévia aprovação em concurso, como pressuposto para ingresso nos postos do serviço público, sendo ilícitos os atos de investidura em cargos e empregos públicos realizados com dispensa dessa condição proveniente de ato infra-constitucional.

Se o ato infra-constitucional que traçar a exceção à norma de obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, for infra-legal, além da inconstitucionalidade deste ato e nulidade deste, haverá a imposição de todas as conseqüências mencionadas no item anterior, ou seja: nulidade do ato de investidura, ressarcimento dos danos eventualmente causados ao erário e punição da autoridade responsável nas esferas administrativa, criminal, por improbidade e política, na forma descrita no item 44.

Todavia, se o ato infra-constitucional que estabelecer a exceção não contida na Constituição da República, for uma lei a questão deve ser vista com mais cuidado.

Que esta lei é inconstitucional não se tem dúvida, até mesmo em razão do que foi concluído no item 43.2., pois haverá contrariedade ao inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal[801].

O ato de investidura efetivado nessas condições, em razão do disposto no § 2º, do artigo 37, da Carta Magna[802], é nulo, uma vez que uma lei não pode convalidar ato que a Constituição Federal diz que é nulo.

---

[801] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; "*

[802] - Constituição Federal de 1988, redação original: *" 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. ... "*

Contudo, quanto ao ressarcimento de danos e a punição da autoridade responsável é preciso cautela.

Apesar da Constituição Federal determinar a punição da autoridade responsável pelo ato de investidura de servidor público realizado com desrespeito à norma da necessidade de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso em cargo ou emprego público, é preciso não esquecer que, nesse caso, o administrador público estava seguindo a lei. E, como se sabe, enquanto não declaradas formalmente inconstitucionais as leis *"são presumidamente constitucionais até que, por meio de fórmulas previstas constitucionalmente, se obtenha a declaração de inconstitucionalidade e a retirada de eficácia daquele ato"*[803], pois a *"lei 'inconstitucional' é, até a sua anulação – ... –, uma lei válida"*[804]. Então, se não comprovada a má-fé na confecção da lei, não há como punir a autoridade responsável pelo ato de investidura e exigir-se o ressarcimento de danos, ficando as conseqüências restritas a inconstitucionalidade da lei e nulidade do ato de investidura praticado nessas condições. Mas, se demonstrada a má-fé na elaboração da lei, a autoridade que traçou a exceção legal, mas inconstitucional, deverá ser punida administrativa, criminal, por improbidade e politicamente, na forma descrita no item 44.

44.2. Como visto no item 43.3., não é possível que alguém ingressando num certo posto do serviço público, depois, sem aprovação em concurso público, e não sendo caso de exceção prevista na Constituição da República, venha a ingressar em outro posto do serviço público, que não faça parte da mesma carreira daquele que havia se investido anteriormente.

Destarte, a passagem de um cargo ou emprego público para outro, que não da mesma carreira, sem a prévia aprovação em concurso público, representa investidura ilícita neste novo cargo ou emprego, pois caracteriza violação à regra constitucional da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público.

---

[803] - MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 40.

[804] - HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 159.

Então, nessa hipótese, será o caso de imposição de todas as conseqüências mencionadas no item 44, ou seja: nulidade do ato de investidura no novo cargo ou emprego público, ressarcimento dos danos causados à Administração Pública e punição da autoridade responsável administrativa, criminal, por improbidade e politicamente, na maneira mencionada em tal tópico.

44.3. Dentre as formas de atos investidura praticados de modo ilícito, em afronta a necessidade de prévio êxito em concurso, como requisito de ingresso em cargo ou emprego público, a mais escancarada é a ***pura e simples investidura por prazo indeterminado sem prévia aprovação em concurso público***.

Em tal situação, o administrador público responsável não procura esconder a ilicitude de sua conduta, não justifica ou oculta o ato de investidura. Não há dissimulação. A admissão ilícita ocorre às escancaras, alguém simplesmente é investido em cargo ou emprego público, por prazo indeterminado, sem que tenha sido aprovado em concurso público para o preenchimento do respectivo posto do serviço público. Enfim, o administrador público age como se estivesse admitindo um empregado numa empresa privada, como se não houvessem regras próprias, peculiares ao regime jurídico administrativo, a nortear o ingresso de pessoal nos postos do serviço público.

Por incrível que pareça, e por mais que se duvide, este tipo de investidura ilícita grassou no serviço público por muito tempo, e ainda ocorre. A confiança na impunidade e na ineficiência dos controles era tanta, talvez ainda seja, que não havia com o que se preocupar. A cultura privatística acerca dos critérios de investidura nos postos do serviço público[805] também contribui para esta situação, pois em muitos casos o próprio administrador público agira, e age, na crença que não está fazendo nada de errado. Porém, ainda mais em se tratando de administrador público, o desconhecimento da lei não o exime de sofrer as conseqüências do ato praticado, até porque, o dolo não é caracterizado pela vontade de violar a lei, mas pela intenção de praticar o ato que a lei considera ilícito.

---

[805] - Sobre esta cultura privatística, item 21.

No caso suposto, de tão clara a ilicitude, não há muito que comentar. Apenas registrar que é ilícito o ato de investidura de servidor público por prazo indeterminado, sem que este tenha sido aprovado em concurso para o cargo ou emprego público respectivo, não sendo a hipótese de exceção constitucional à norma que impõe a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público. O ato de admissão praticado nessas condições é nulo, será causa de ressarcimento de danos e a autoridade responsável estará sujeita às punições administrativas, criminais, por improbidade e políticas, na forma descrita no item 44.

44.4. Semelhante a anterior é a ***investidura sem qualquer formalidade***, onde não há qualquer ato registrando o ingresso do servidor público.

Embora cause espécie, investiduras sem qualquer documento formal, onde o *trabalhador* recebe sua remuneração ao final de um determinado período, dia, semana ou mês, simplesmente contra recibo do ente estatal que o admitiu, realmente acontecem, e com maior freqüência do que se imagina. As pessoas investidas nessas condições são vulgarmente chamados de ***recibados***.

Nesta hipótese, como na anterior, também não é necessário muita argumentação para concluir pela ilicitude do ato de investidura, até porque, como observa Adilson Abreu Dallari, *"não havia, como não há, possibilidade de existência de pessoal trabalhando apenas em troca de uma remuneração pecuniária, a título precário, como recibado, sem um regime jurídico (um conjunto equilibrado de direitos e deveres) perfeitamente definido"* [806].

Este tipo de investidura, por óbvio, burla a norma constitucional que impõe a imprescindibilidade de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público. Nesse caso, há uma dissimulação relativamente simples. Procura-se, através da falta de documentação, ocultar a própria existência do ato de investidura do trabalhador.

---

[806] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 123.

Não se pense em alegar que este ato seria um contrato de prestação de serviços, sem vínculo funcional. Primeiro, porque o artigo 60, e seu parágrafo único, da Lei nº 8.666/93[807], não admitem contrato verbal com a Administração Pública, a não ser para compras de pronto pagamento o que, por óbvio, não é o caso. Segundo, porque nessas hipóteses sempre existe vínculo de subordinação entre o pretenso *contratado* e algum agente da Administração Pública que dá ordens ao *recibado*.

Destarte, este tipo de ato é nulo, impõe a obrigação de restituir os dos danos causados à Administração Pública por quem lhe deu causa a *contratação*, bem como desencadeia a punições administrativas, criminais, por improbidade e políticas, da autoridade responsável, na mesma forma descrita no item 44.

44.5. Outra modalidade de burla às normas que regulam a investidura nos postos do serviço público é a ***contratação por interposta pessoa***.

Depois que se iniciou algum tipo de controle sobre o ingresso de pessoal no serviço público, alguns maus administradores públicos, desejosos de manter a situação de uso particular dos cargos, funções e empregos públicos, procuram dissimular atos de investidura sem o cumprimento do requisito de prévia aprovação em concurso, como pressuposto de ingresso nos postos do serviço público. Para tanto, ao invés de admitir diretamente um servidor, simulam que este seria empregado de alguma pessoa jurídica de direito privado.

---

[807] - Lei nº 8.666/93: *"Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem. Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea 'a' desta Lei, feitas em regime de adiantamento."*

Assim, na aparência, a entidade contratante é uma pessoa jurídica de direito privado, estranha a Administração Pública. Mas, na verdade, os trabalhadores laboram para um ente estatal, sendo *repassados* pela pessoa jurídica de direito privado à Administração Pública, enquanto esta, por alguma forma, *repassa* para a entidade privada os recursos necessários ao pagamento dos salários dos trabalhadores.

Portanto, nessa modalidade ilícita, a tal pessoa jurídica de direito privado serve apenas como um *escudo*, uma *cortina de fumaça*, para encobrir um ato de investidura no serviço público, que é praticado de maneira ilícita. Por isso chama-se esta modalidade de investidura por interposta pessoa, pois, na realidade, quem admite o servidor é a própria Administração Pública, sendo a pessoa jurídica de direito privado apenas uma *interposta pessoa*, um disfarce.

Para tal simulação normalmente utiliza-se associações sem fins lucrativos, com certa dependência do Poder Público, tais como associações de servidores públicos, associações de moradores de bairro, cooperativas de trabalhadores, associações de proteção à maternidade e infância, *etc.*

Não é preciso muita argumentação para concluir pela completa ilicitude deste tipo de investidura[808]. A questão é apenas de prova, demonstrar que os trabalhadores *contratados* pela pessoa jurídica de direito privado laboram para a Administração Pública, demonstrar que a pessoa jurídica de direito privado, em verdade, não passa de *fachada*, é somente uma *interposta pessoa*. Constatado que os trabalhadores *supostamente contratados* por pessoas jurídicas de direito privado, na realidade, trabalham no serviço público, fica patente que houve ato de i*nvestidura de servidores públicos, praticados por interposta pessoa*, com o fim de burlar a norma constitucional que impõe a prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, e, consequentemente, a ilicitude do procedimento.

---

[808] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 522.

Como há violação da norma constitucional que prescreve a necessidade de precedente êxito em concurso, como pressuposto de ingresso de servidores públicos, este tipo de investidura é ato nulo, impõe o ressarcimento dos danos por quem lhe deu causa a nulidade e a autoridade responsável, na forma descrita no item 44.

44.6. Um fenômeno muito parecido com a investidura por interposta pessoa é a chamada ***terceirização***.

Como definido pela doutrina, a *terceirização* seria a contratação de *terceiros* para realização de serviços que correspondem a atividades-meio do tomador[809].

Este instituto é utilizado sob o argumento de que a vocação do contratante é a realização de sua *atividade-fim*, não das *atividades-meio* que, repassadas para outra empresa, especializada no mister respectivo, seriam melhor desempenhadas e por um custo mais baixo ao tomador dos serviços.

Atualmente, diante de acontecimentos político-sociais como a *globalização* e o *neoliberalismo*, sob alegação de maior *flexibilidade* e *desengessamento* da Administração Pública, ou ainda para uma *reengenharia da Administração Pública*, tem sido importadas para o setor público algumas técnicas do setor privado, até porque *"ao argumento de que o Estado do Bem-Estar Social gerou uma burocracia gigantesca, pesada, ineficiente e cara, distante do próprio cidadão e, portanto, dos objetivos da política do interesse público, propõe-se um figurino de sociedade política pensada segundo o dito Estado Mínimo"* [810].

Assim, o § 7º, do artigo 10, do Decreto-lei nº 200/67, prevê que:

---

[809] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 518. JOSELITA CARDOSO LEÃO, *op. cit.*, p. 28.

[810] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 505. Ver também: CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 503 e 518. JOSELITA CARDOSO LEÃO, *A Terceirização como Instrumento de Flexibilização do Mercado de Trabalho*, p. 28-32.

" *Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.*

...

§ 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução."

(grifou-se)

O que o Decreto-lei em questão menciona como *tarefas executivas*, deve ser interpretado como *atividades-meio*, sob pena da violação à legislação trabalhista.

O parágrafo único, do artigo 3º, da Lei nº 5.645/70, posteriormente revogado pela Lei nº 9.527/97, enumerava as atividades relacionadas a *transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas*, como objeto dos contratos referidos no § 7º, do artigo 10, do Decreto-lei nº 200/67, acima citado.

Eder Sousa, em razão da *terceirização* não ter sido expressamente autorizada pela Constituição Federal, conclui que este tipo de contrato não poderia ela ser utilizado pela Administração Pública brasileira, face ao princípio da estrita legalidade[811].

Contudo, tal posição não é aceitável. A uma, porque o fato da Constituição não ter previsto esta possibilidade não significa que a lei não possa prevê-la, uma vez que a legislação infra-constitucional, como é cediço, tem caráter complementar da Carta Magna, é de sua própria gênese ir além do Texto Constitucional, só não pode contrariá-lo, e, no caso em tela, se a Constituição não

---

[811] - EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 36. Sobre o princípio da estrita legalidade, item 33.

permite expressamente a *terceirização*, também não a proíbe, razão pela qual, em tese, pode a lei contemplar este tipo de contratação, desde que sua previsão não tenha o desiderato de burlar outras normas constitucionais. A duas, porque há hipóteses legais prevendo a *terceirização*, não só o § 7º, do artigo 10, do Decreto-lei nº 200/67, como a Lei nº 6.019/74 e a Lei nº 7.102/83. A três, porque a Administração Pública pode contratar os serviços de que necessita, sem que o tipo de contrato venha explicitado na legislação, uma vez que, pelo princípio da estrita legalidade[812] deve ter a permissão legal, não necessariamente constitucional, para a execução de tal ou qual serviço ou obra, e, nesta hipótese, em tese, pode utilizar qualquer forma de contratação, inclusive *terceirização*, pois este instituto não deixa de ser um contrato, e, seria impossível e desarrazoado que a lei tivesse de prever todos os tipos de contratos possíveis de serem celebrados pela Administração Pública.

Todavia, embora a *terceirização* não seja proibida pela Constituição Federal, não se depreenda daí que tal instituto pode livremente utilizado pela Administração Pública. A conclusão é exatamente a oposta, pois o ordenamento jurídico impõe restrições para o uso da *terceirização*. Mesmo no setor privado este instituto tem tido sua validade negada pelo Poder Judiciário para contratação de mão-de-obra, sendo possível apenas para contratação de bens e serviços, pois a intermediação de mão-de-obra ocasionaria burlas aos direitos sociais dos trabalhadores[813].

Assim, deve-se examinar quando a *terceirização* seria possível e quando não seria permitida.

A regra geral é a proibição da *terceirização* de mão-de-obra, até porque o ser humano não pode ser objeto de mercancia. Cada trabalhador deve ter vínculo laborativo diretamente com o tomador do serviço. Portanto, a *terceirização* representa uma *exceção* à regra geral. Como exceção, só é permita quando expressamente prevista.

---

[812] - Sobre o princípio da estrita legalidade, item 33.

[813] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 518.

A legislação pátria traça algumas destas exceções, permitindo a *intermediação* de mão-de-obra. O Decreto-lei nº 200/67 fala em *serviços executivos*. A Lei nº 5.645/70 (revogada nessa parte) falava em *atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outros assemelhados*. Os Decretos nº 1.212 e 1.216 possibilitam a locação de *serviços de segurança bancária*. A Lei nº 6.019/74 permite a contratação de empresa para cessão de *pessoal temporário*. A Lei nº 7.102/83 cuida da contratação de empresas especializadas em *segurança*.

Sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho chegou a emitir o Enunciado nº 256, com a seguinte redação:

> *" salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços."*

Assim, a Justiça do Trabalho vinha reconhecendo vínculo direto com o *tomador* dos serviços, mesmo quando o contratante era uma entidade público. Por vezes, reconhecia, inclusive, a condição de *empregado público* do trabalhador. Ocorre, porém, que diante do previsto no § 2º, do artigo 37, da Carta Magna[814], que considera nula qualquer investidura de servidor público decorrente de ofensa à regra da obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público, bem como de outros dissídios jurisprudenciais, respondendo a consulta formulada pelo Ministério Público do Trabalho, o TST reviu o Enunciado nº 256, que passou a ter a seguinte redação:

---

[814] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; ... § 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."*

" 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Revisão do Enunciado nº 256.

I - a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

II - a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III - não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participação da relação processual e conste também do título executivo judicial."
(grifou-se)

O *trabalho temporário*, como definido pela lei, é aquele destinado a atender uma *necessidade transitória* ou um *acréscimo extraordinário de serviço* [815]. Enfim, é aquele trabalho que se destina a uma necessidade sazonal, que existe apenas num período depois desaparece.

---

[815] - JOSELITA CARDOSO LEÃO, *A Terceirização como Instrumento de Flexibilização do Mercado de Trabalho*, p. 35.

Portanto, em razão do exposto, percebe-se que **a *terceirização* no setor público somente é possível nas hipóteses de trabalho temporário e realização de *atividades-meio* da Administração Pública, que sejam secundárias ou especializadas,** (chamadas *tarefas executivas* pelo Decreto-lei nº 200/67), **desde que inexistente a pessoalidade e vínculo de subordinação**.

Explica Joselita Cardoso Leão que:

> " *Ao contrário, havendo subordinação e cumprindo o suposto empreiteiro ou seus prepostos tarefas incluídas nas atividades normais do contratante, caracteriza-se a fraude, considerando-se formada a relação de emprego diretamente com a beneficiária do trabalho.*
>
> *O mesmo ocorre quando a forma usada é o contrato de prestação de serviços, seja quando envolve empresa prestadora de serviços, seja quando firmado com trabalhadores autônomos. Fora das hipóteses que justifiquem (atividades-meio), secundárias, como transporte, fornecimento de alimentação, limpeza; ou especializados, como informática, processamento de dados, consultoria, etc.; ou, em qualquer caso, quando os empregados da empresa locadora de serviços ou trabalhadores autônomos e a empresa locatária existirem os elementos configuradores da relação de emprego, tem-se como incidente a regra do art. 9º da CLT, nulo o contrato e caracterizada a relação de trabalho diretamente com a tomadora.*
>
> *Portanto, o que deve balizar o intérprete na identificação dos casos concretos é a existência ou não de poder de comando e subordinação jurídica entre a tomadora ou locatária e os executores diretos dos serviços, dando-se, assim, primazia ao princípio da realidade, tendo em vista os conceitos estatuídos nos arts. 2º e 3º da CLT."* [816]
> (grifou-se)

---

[816] - JOSELITA CARDOSO LEÃO, *A Terceirização como Instrumento de Flexibilização do Mercado de Trabalho*, p. 35-36

Também, Cármen Lúcia Antunes Rocha que:

> " *A vedação aparece nítida, contudo, quando se busca contornar exigências jurídicas postas no sistema quanto à Administração Pública, mediante os instrumentos que compõe a via da terceirização. Assim, quando se cuida de contratar recursos humanos para o desempenho de tarefas que nem são de necessidade temporária, mas permanente, que dizem com as atividades-fim do Estado ou que se revelem atividades-meio vinculadas e vinculantes daquelas (contratação de secretárias, datilógrafas, bibliotecárias, etc.).* " [817]

Desvirtuando-se o instituto, a *terceirização* tem sido usada para *atividades-fim* da Administração Pública [818] e que nada tem de temporárias.

Contudo, quando a *terceirização* é usada sem que se destine a cumprir serviços temporários ou atividades-meio secundárias ou especializadas da Administração Pública e, em qualquer destas hipóteses, existindo vínculo de subordinação entre o executor do serviço e qualquer agente estatal, será ilícito e nulo o contrato de *terceirização*, pois o mesmo implica em burla à norma que impõe a obrigatoriedade de antecedente êxito em concurso, para investidura de servidores públicos, bem como em violação ao direito dos trabalhadores.

Assim, constitui ato ilícito, que visa burlar a norma de obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como pressuposto de investidura nos postos do serviço público, o uso da *terceirização* em hipóteses cujo trabalho não seja temporário ou não constitua atividade-meio da Administração Pública de natureza secundária ou especializada, e, em qualquer hipótese, quando exista a vínculo de subordinação entre o prestador do serviço e algum agente público.

---

[817] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos* , p. 519 e 521.

[818] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 519 e 521.

Nestas hipóteses, como há violação da norma constitucional que prescreve a necessidade de precedente sucesso em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, este tipo de contrato é ato nulo, impõe o ressarcimento dos danos por quem lhe deu causa, bem como a autoridade responsável estará sujeita às punições administrativas, criminais, por improbidade e políticas, na forma descrita no item 44.

Sobre a questão, dispositivo interessante é o insculpido no artigo 39 da Constituição do Estado do Paraná, que reza:

> " *Art. 39. É vedada a contratação de serviços de terceiros para realização de atividades que possam ser regularmente exercidas por servidores públicos."*

Destarte, em função deste dispositivo, no âmbito do Estado do Paraná, também não se pode utilizar a *terceirização* sempre que os serviços contratados puderem ser desempenhados por servidores públicos, fato que pode atingir diversos serviços temporários e atividades-meio da Administração Pública, inclusive, os serviços de vigilância e limpeza, desde que o quadro de pessoal possua *cargos* ou *empregos* com tais atribuições.

44.7. A ***contratação de prestação de serviços*** **para a Administração Pública**, por evidente, não é uma modalidade de investidura de servidores públicos. Porém, deve ser comentada, tendo em vista que é um dos meios utilizados para violar a norma que prescreve a necessidade de êxito em concurso, como condição para investidura nos postos do serviço público.

Com efeito, em muitas ocasiões, têm-se visto que administradores públicos procuram mascarar um ato de investidura no serviço público, disfarçando-o de *contratação para prestação de serviços*. Desejando *dar um emprego para alguém*, para *driblar* a necessidade de prévia aprovação em concurso público, *contrata-se a pessoa como prestadora de serviços*.

Por isso, é necessário apartar claramente a *contratação de prestação de serviços* da investidura em cargo ou emprego público. É preciso ficar bem caracterizado o que é *contrato de prestação de serviços* e o que é um ato investidura de servidor público, para saber quando é possível a *contratação para prestação de serviços* e quando esta pretende mascarar um ato de investidura em cargo ou emprego público, pois a escolha entre admitir um servidor público e contratar alguém para prestar serviços não constitui um faculdade do administrador público. Se assim fosse a norma constitucional que determina a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, seria facilmente contornada.

Para ser possível a *contratação de prestação de serviços* é necessário que estejam presentes alguns pressupostos que a apartam da investidura de servidor público.

O primeiro, e principal, elemento caracterizador da *prestação de serviços* é que, esse tipo de contrato não admite a existência de vínculo de subordinação e dependência entre o contratado e agentes da Administração Pública, pois a subordinação e a dependência caracterizam uma relação de trabalho[819]. Se houver a presença desses elementos haverá uma relação *funcional* ou *empregatícia*, e, assim, por imposição constitucional, se faz necessário a anterior sucesso em concurso público para *contratação do trabalhador*.

O segundo requisito identificador da *contratação de prestação de serviços* é que o serviço a ser desempenhado pelo contratado seja determinado, preciso, delimitado. Se não houver a determinação do serviço haverá necessidade de que alguém ordene qual a tarefa a ser executada e, nesta hipótese, é imprescindível *subordinação*, o que caracteriza uma relação *funcional* ou *empregatícia*, não mais um *contrato de prestação de serviços*, exigindo-se, então, a prévia aprovação em concurso público para *contratação do trabalhador*.

---

[819] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 66.

O terceiro elemento necessário para uma *contratação de prestação de serviços* é que o serviço seja temporário, sazonal, que exista numa determinada época, depois desapareça. Se o serviço for permanente não haverá determinação deste, razão pela qual haverá necessidade de ordem de qual tarefa será executada, o que conduzirá à imprescindibilidade de subordinação, caracterizando uma relação funcional ou empregatícia, exigindo-se, então, o anterior êxito em concurso público para *contratação do trabalhador.*

Um exemplo deixa a situação mais clara. Se a Administração Pública necessita fazer a pintura de um determinado prédio pode utilizar-se do *contrato de prestação de serviços.* Nesta hipótese, o serviço é *determinado*, é *temporário* e *não haverá necessidade de vínculo de subordinação e dependência* do contratado com a Administração Pública, bastará que cumpra as condições especificadas no contrato, que pinte o prédio com o material definido, no tempo avençado, e pronto, se fizer a pintura sozinho ou se tiver ajudantes, sócios ou empregados não importa. Nesse caso, o *contrato de prestação de serviço* será mais econômico que a investidura de um pintor em seus quadros, portanto a *contração desta prestação de serviços* estará de acordo com os princípios da eficiência e economicidade[820]. Porém, bem distinta é a situação quando a Administração Pública necessita permanentemente de um pintor, que esteja à sua disposição oito horas por dia, para executar qualquer serviço de pintura que aparecer. Nesse caso não há um serviço determinado, o profissional fica *à disposição* da Administração Pública durante certo horário e executará os serviços de pintura que lhe *ordenarem*, o que induz relação de *subordinação* e, portanto, vínculo *funcional* ou *empregatício*, descaracterizando uma mera *prestação de serviços.*

Destarte, **o que caracteriza a *contratação de serviços* pela Administração Pública, distinguindo-a da investidura de pessoal no serviço público, é a necessidade que o serviço seja determinado, temporário e que não exista vínculo de *subordinação* do contratado com agentes públicos**[821].

---

[820] - Sobre tais princípios, itens 32 e 36.

[821] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 125.

O uso do *contrato de prestação de serviços* sem as características que o apartam da relação funcional tem sido comum em relação a profissionais de saúde. Em certas situações a Administração Pública precisando *permanentemente* destes profissionais, para serviços *indeterminados*, ao invés de promover concurso público para investidura de servidores com tal formação, utiliza *contratos de prestação de serviços*. Não que um médico não possa ser *contratado para prestar serviços à Administração Pública*. Poder pode, mas, como dito, para ser possível esta *contratação* sem vínculo funcional é necessário que o serviço seja temporário, determinado e que não exista relação de subordinação do contratado com qualquer agente público. Observe-se que uma coisa é contratar um médico para fazer duzentos exames, um serviço *determinado*, *temporário* e que não exige *subordinação*, mas, muito diferente, é contratar um médico para estar à disposição da Administração Pública durante tantas horas por dia, tendo a obrigação de atender qualquer paciente que adentre ao consultório naquele período. Na primeira hipótese o serviço é *determinado* e *temporário*, bem como não exige *subordinação* do profissional com a Administração Pública, basta que o profissional realize a tarefa objeto do contrato no modo avençado, e pronto. No segundo caso a questão é diferente, pois o médico estará à disposição da Administração Pública num certo horário e, neste período, executará os serviços que lhe forem *ordenados*, trabalhará no ambiente que lhe seja destinado e receberá, numa periodicidade certa, remuneração para fazer *qualquer* serviço de sua profissão, que *nem o contratado, nem a Administração Pública, sabe de antemão qual é*.

Portanto, quando não houver um serviço *determinado* ou quando a necessidade desta tarefa não for *temporária* ou, ainda, quando houver vínculo de *subordinação* entre o prestador e agentes públicos, a *contratação de serviços* estará encobrindo um ato de investidura de servidor público, portanto estará frustrando a regra que exige prévio êxito em concurso, como condição de ingresso de nos postos do serviço público, e, via de conseqüência, estará atentando contra os princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[822], razão pela qual constitui um ato ilícito.

---

[822] - Sobre esses princípios, itens 29 a 34, 36 e 37. Sobre o concurso público como meio de realização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, itens 13 e 43.

Como há violação à norma que prevê a necessidade de anterior aprovação em concurso, como condição de investidura em cargos e empregos públicos, a *contratação de prestação de serviços* sem vínculo funcional fora das hipóteses que a distinguem do ato de investidura de servidor público é um ato nulo, até porque há ofensa aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, o que afeta a essência do ato administrativo, como consignado no item 25.

Como a nulidade implica no desfazimento do ato com efeitos *ex tunc*, as despesas dele decorrentes representam prejuízo ao erário, motivo pelo qual não devem ser suportadas pela Administração Pública, mas por quem deu causa ao vício, como examinado nos itens 25 e 26. Portanto, na hipótese ora tratada, haverá ressarcimento dos danos sofridos pela Administração Pública. Se o contratado estiver de boa-fé, ou seja, se a nulidade não lhe for imputável, terá direito de receber pelos serviços prestados até a declaração da mesma e ser ressarcido por outros prejuízos comprovados, conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 59, da Lei nº 8.666/93[823], e, o artigo 54 da Lei nº 9.784/99[824].

Além disso, como há violação da norma que impõe a prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, a autoridade responsável pela *contratação* estará sujeita às punições administrativas, criminais, por improbidade e políticas, na forma descrita no item 44.

---

[823] - Lei nº 8.666/93: *"Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa."*

[824] - Lei nº 9.784/99: *"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. "*

Importante destacar que a *contratação de prestação de serviços* não se confunde com a contratação de pessoal por prazo determinado para realização atividade temporária de excepcional interesse público[825], prevista no inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal[826].

É que, enquanto na *contratação de prestação de serviços* se contrata o serviço, na contratação por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público contrata-se a pessoa[827]. A contração de pessoal por prazo determinado serve apenas para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, ao passo que a *contratação de prestação de serviços* pode abranger qualquer necessidade da Administração Pública, que não precisa ser de excepcional interesse público, embora precise ser *temporária*. Na *contratação de prestação serviços*, o serviço deve ser determinado, uma tarefa definida, enquanto na contratação de pessoal por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, embora a necessidade temporária precise ser delimitada, o serviço a ser realizado pela pessoa contratada não precisa - por exemplo: a necessidade pode ser uma enchente, mas não se sabe exatamente quais os serviços necessários para combater a enchente.

45. Visto que a prévia aprovação em concurso constitui, como regra, pressuposto indispensável para a investidura nos postos do serviço público, somente podendo ser dispensada nas hipóteses expressamente ressalvadas na Constituição Federal, necessita-se analisar os requisitos traçados na Carta Magna para este modo de seleção dos agentes públicos[828].

45.1. ***O concurso precisa ser público***.

---

[825] - Sobre contratação por prazo determinado para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público, item 47.

[826] - 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;"*

[827] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 246.

[828] - Sobre concurso público, itens 13 e 43.

No inciso II, do artigo 37, a Constituição da República[829], grafou o vocábulo *público*, após a expressão *concurso*, enfatizando que o certame de seleção dos servidores públicos deve, necessariamente, ser aberto a todos os interessados que satisfaçam os pressupostos legais.

A inserção do termo *público* fez-se necessária, pois a ausência desta palavra possibilitava realização de concursos abertos só a quem já era servidor, *concursos internos*, cuja participação algumas vezes era franqueada apenas aos *interinos*. Isto impedia que outras pessoas que satisfaziam os requisitos para o exercício da função disputassem o certame, em violação à norma da acessibilidade universal aos postos do serviço público[830]. Para que o concurso atinja seu escopo de meio de realização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, precisa ser aberto a todos os interessados que preencham os pressupostos previstos em lei para ocupar o posto do serviço público em disputa, sendo vedados os *concursos internos* ou reservados apenas a certas pessoas[831].

Porém, o fato da inscrição no certame ser franqueada a todos os que preencham os requisitos legais, não basta para garantir o livre acesso aos postos do serviço público, bem como a realização concreta dos princípios retro-mencionados, pois a participação no concurso pode ser liberada a todos, mas sua realização ser desconhecida dos eventuais interessados. Desta forma, para efetiva concretização dos princípios citados, o concurso não pode ser realizado às escondidas, deve ser conhecido do maior número possível de pretendentes.

---

[829] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; "*

[830] - CLÁUDIO PACHECO, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, p. 52-53. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 203. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 133. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 247.

[831] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 36. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *op. cit.*, p. 133. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 128. O concurso como meio de realização destes princípio, itens 13 e 43.

Por isso, quando a Constituição Federal menciona que o concurso é público, além do fato de ser a inscrição aberta a qualquer interessado que preencha os requisitos legais para exercício da função em disputa, exige que a realização do certame tenha ampla divulgação, pois só assim se estará garantindo o acesso universal aos postos do serviço público, e via de conseqüência, como efetivação dos princípios referidos[832]. Com efeito, de nada adianta ser a inscrição franqueada a todos os interessados que preencham as condições legais se o certame não é divulgado, se os possíveis candidatos não tomam conhecimento que se realizará um concurso público. Se tal situação ocorrer apenas àqueles que, por informações privilegiadas, tenham ciência do concurso é que irão concorrer, frustrando o desiderato do certame, que é a concretização dos princípios citados.

A divulgação dos atos relativos ao concurso deve obedecer o previsto na legislação do ente federado que o promove. Como observado por José Eduardo Martins Cardozo, a publicidade dos atos administrativos é realizada através de publicação de editais na imprensa oficial ou particular, bem como pela afixação dos editais no prédio do ente público respectivo ou mesmo de comunicação ao interessado[833].

Além da participação no concurso ser aberta a todos os pretendentes que preencham os pressupostos legais para o desempenho das funções do cargo ou emprego público em disputa e da ampla divulgação da realização do certame, Adilson Abreu Dallari lembra que *"é incompatível com a idéia de concurso público a utilização de critérios subjetivos, secretos, meramente opinativos, de foro íntimo, que de qualquer forma possam afetar a publicidade do certame e a rigorosa igualdade de tratamento entre os candidatos"* [834].

---

[832] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 132. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 247.

[833] - JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de Acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 16-162.

[834] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 37.

Destarte, a *publicidade* do concurso deve atingir não apenas a divulgação da existência do certame, mas todas suas fases. Os critérios de avaliação, os resultados e a classificação dos candidatos devem ser publicados, pois não se teria garantia de julgamentos objetivos caso os seus critérios e a classificação dos candidatos fossem sigilosos e apoiados em motivos secretos[835].

Portanto, **o concurso deve, necessariamente, ser *público*. A publicidade do certame compreende a possibilidade de participação de todos os interessados que preencham os requisitos previstos em lei para ingressar no posto do serviço público em disputa, a divulgação da realização do concurso, de seus critérios de avaliação, do seu resultado e da classificação dos candidatos**.

As conseqüências da não observância destas regras dependerão do caso concreto[836]. Porém, estão elas ligadas a boa ou má-fé que inspirou a violação das normas citadas. Assim, os efeitos são, a princípio, os mesmos mencionados no item 42.

Mas, além daquelas conseqüências, **sendo a autoridade responsável Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores de Estado ou Secretários de Estado, estará também caracterizado, em tese, o *crime de responsabilidade*, descrito no artigo 9º, 1., da Lei nº 1.079/50[837], caso estas autoridades vierem a omitir ou retardar, dolosamente, a publicação de atos referentes ao concurso**, ao passo que, **quando a autoridade responsável for Prefeito Municipal configurar-se-á, em tese, o crime de responsabilidade tipificado no artigo 4º, IV, do Decreto-lei nº 201/67[838]**.

---

[835] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 47.

[836] - Ver item 24.

[837] - Lei nº 1.079/50: *"Art. 9º. São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: 1. omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; "*

[838] - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 4º. São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas a julgamento pela Câmara dos Vereadores com a cassação do mandato: ... IV - Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade; "*

45.2. Para generalidade dos cargos e empregos públicos, ***o concurso público há de ser de provas ou de provas e títulos***. Não é permitido concurso apenas de títulos ou de outra modalidade[839].

Contudo, para as carreiras de Magistrado, membros do Ministério Público, da Advocacia Geral da União, de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, da Defensoria Pública e do Magistério, a Constituição Federal impõe que o concurso público seja, necessariamente, de *provas* ***e*** *títulos*[840]. Destarte, para o ingresso em tais carreiras existe a obrigação das duas modalidades de avaliação[841].

---

[839] - MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 247. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 371.

[840] - Constituição Federal: *"Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; ... Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: ... § 3º. O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações a ordem de classificação. ... Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. ... § 2º. O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. ... Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. ... Art. 134. A Defensoria Púbica é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. ... Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: ... V - valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos. "*

[841] - CARLOS AYRES BRITTO, *Concurso Público Requisitos de Inscrição*, p. 65-66.

O concurso de provas cifra-se em testes de conhecimentos, aptidões e/ou experiências. Estes exames podem ser escritos, orais ou práticos. Os orais podem ser em forma de teste de conhecimentos, como em forma de entrevista competitiva. Este último modo consiste no fato da banca examinadora argüir do candidato um relatório de seus conhecimentos e experiências[842].

Saliente-se, porém, que os critérios de avaliação devem ser objetivos e serem possíveis de constatação, não sendo tolerável a entrevista baseada em elementos subjetivos de julgamento e que não se pode conferir, *a posteriori*, sua correção, como será exposto no item seguinte.

Por sua vez, *"o concurso de títulos consiste na apresentação de documentos que provem a habilitação do candidato ..."* [843].

Evidentemente, para ser assegurada a competitividade do certame, o conteúdo das provas, a análise dos títulos e os critérios de avaliação devem guardar proporcionalidade com a natureza e complexidade da função relativa ao cargo ou emprego público em disputa. Não teria sentido, *v.g.*, exigir título de bacharel para candidatos a vaga de motorista, como não teria coerência argüir destes candidatos questões de geometria analítica, pois tais conhecimentos não são indispensáveis ao exercício das funções do cargo ou emprego em tela. Aliás, a desproporcionalidade entre a exigência dos títulos, o conteúdo das provas ou os critérios de avaliação com a complexidade das funções inerentes ao cargo ou emprego podem consistir em direcionamento, fraude, visando beneficiar ou prejudicar alguém. Embora esta obrigação de proporcionalidade e razoabilidade já fosse implícita na redação original da Constituição, pois se desrespeitada configurar-se-ia ofensa aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[844], a Emenda Constitucional nº 19/98, mesmo sendo redundante, resolveu deixar a situação clara, fixando, expressamente, que o concurso de provas ou de provas e títulos deve estar *"de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego."*

---

[842] - PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 370.

[843] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 184.

[844] - Sobre tais princípios, itens 29 a 37.

Deve ser observada relação adequada quanto aos pesos atribuídos a *provas* e a *títulos*. O fato de já ser servidor público, *v.g.*, não pode importar em valoração que venha a desvirtuar a competitividade e igualdade do concurso[845]. Observe-se que a Carta Magna considera as *provas* mais importantes que os *títulos*, a não ser, obviamente, aqueles *títulos* que se constituem requisitos indispensáveis para o próprio exercício do cargo ou emprego público, tanto que admite concurso apenas de *provas*, mas não admite concurso apenas de *títulos*. Assim, não pode ser atribuído aos *títulos* um peso superior que às *provas*.

Portanto, **para investidura na generalidade dos cargos e empregos públicos o concurso precisa ser de *provas* ou de *provas e títulos*. Para ingresso nas carreiras de Magistrado, membros do Ministério Público, da Advocacia Geral da União, de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, da Defensoria Pública e do Magistério, a Constituição Federal impõe que o concurso público seja, necessariamente, de *provas e títulos*. Em nenhuma hipótese é possível concurso sem avaliação em forma de *provas*. A exigência dos *títulos*, o conteúdo das *provas* e os critérios de avaliação devem ser proporcionais à complexidade das funções a serem desempenhadas pelo ocupante do cargo ou emprego em disputa. O peso atribuído às *provas* não pode ser inferior ao conferido aos *títulos***.

O concurso que não tenha avaliação em forma de provas, ou que, para as carreiras acima mencionadas não tenha avaliação em forma de provas e títulos, que as títulos tenham peso superior às provas, ou, que a exigência dos *títulos*, o conteúdo das *provas* e os critérios de avaliação não sejam proporcionais à complexidade das funções a serem exercidas pelo ocupante do cargo ou emprego em disputa, constitui ato que viola o inciso II, do artigo 37, da Carta Magna[846].

---

[845] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 46.

[846] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; "*

Estas irregularidades representam desobediências à forma prescrita em *lei*[847], considerada essencial para validade do concurso e, portanto, para validade dos atos de investidura que daí decorrerem. Assim, em acontecendo as ilicitudes acima nominadas, haverá, também, violação aos princípios da eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[848], na medida em que não se conseguirá avaliar objetivamente os candidatos, perdendo o concurso seu desiderato constitucional, ficando a Administração Pública, ao menos potencialmente, privada da oportunidade de contar com os melhores servidores, o que implicaria em otimização do serviço público e melhor relação custo/benefício para o erário, situações que viriam ao encontro do interesse público. Outrossim, poderá ocorrer atentado aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativa, pois estas ilicitudes podem ter por finalidade beneficiar ou prejudicar algum dos candidatos[849]. Quando os *títulos* exigidos, o conteúdo dos *provas* ou os critérios de avaliação forem desproporcionais à complexidade das funções inerentes ao cargo ou emprego objeto do concurso, haverá violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade[850]. Estes defeitos conduzirão a uma quebra da norma constitucional que prevê a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como pressuposto de investidura nos postos do serviço público.

Portanto, todo ato de investidura de servidor público que for derivado de concurso que não contenha avaliação por meio de *provas*, ou por *provas* e *títulos* se for para ingresso nas carreiras retro-mencionadas; que a exigência dos *títulos*, o conteúdo das *provas* ou os critérios de avaliação não sejam proporcionais à complexidade das funções a serem exercidas pelo titular do cargo ou emprego em tela; ou, que seja atribuído aos *títulos* peso superior às *provas*; será um ato nulo, pois derivado de concurso nulo, celebrado sem obediência de seus requisitos intrínsecos, portanto de um não concurso.

---

847 - Sobre tais princípios, item 35.

848 - Acerca de tais princípios, itens 32, 36 e 37.

849 - Acerca de tais princípios, itens 29 a 31.

850 - Sobre o princípio da legalidade, item 33. Acerca do requisito de forma, para validade dos atos administrativos, item 25.

A nulidade provém não apenas da inobservância da norma que prevê a prévia aprovação em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público, o que é conseqüência prevista no § 2º, do artigo 37, da Carta Magna[851], como do desrespeito aos princípios da Administração Pública, o que afeta a essência do ato administrativo[852].

Em razão desta nulidade, que implica no desfazimento dos atos dela originados, com efeitos *ex tunc*, preservando-se apenas alguns direitos de pessoas de boa-fé[853], as despesas advindas de tais atos caracterizam dano ao patrimônio público, razão pela qual não devem ser suportadas pelo erário, mas por quem deu causa ao vício. Destarte, as verbas que a Administração Pública tenha despendido em conseqüência do ato de investidura de servidor público, originado de concurso público realizado com os defeitos mencionados, inclusive com remuneração de terceiros de boa-fé, hão de ser ressarcidas pelos causadores da nulidade[854].

Tendo em vista que os vícios referidos importam em violação à norma da prévia aprovação em concurso, como pressuposto de investidura nos postos do serviço público, impõe-se, inclusive por força do § 2º, do artigo 37, da Constituição Federal[855], a punição da autoridade responsável administrativa, criminal, por improbidade e politicamente, do mesmo modo explicado no item 44[856].

---

851 - Constituição Federal: *" 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. ... "*

852 - Sobre a nulidade dos atos de investidura realizados com ofensa à ordem jurídica, item 25. Mais especificamente sobre nulidade dos atos de investidura praticados com desrespeito à norma constitucional que exige a prévia aprovação em concurso, como requisito para o ingresso nos postos do serviço público, item 44.

853 - Sobre a nulidade do ato de investidura com desrespeito ao ordenamento jurídico, item 25.

854 - Sobre ressarcimento de danos decorrentes de atos de investidura ilícita no serviço público, Item 26. Especificamente sobre atos de investidura que violam as normas relativas a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso público, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, item 44.

855 - Transcrito em nota acima.

856 - Sobre punição da autoridade responsável, item 27.

Além das conseqüências comentadas no item 44, **também poderá ser caracterizado o ato de improbidade administrativa descrito no artigo 11, V, da Lei nº 8.429/92**[857], pois a realização de concurso público com os vícios comentados pode ter por desiderato frustrar a licitude do certame, favorecendo ou prejudicando um ou alguns dos candidatos.

45.3. Para estar em consonância com os princípios da moralidade, igualdade, impessoalidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[858], atingindo seu escopo constitucional, **o concurso público deve estar apoiado em *critérios objetivos e imparciais de avaliação***[859].

É que, sendo o concurso público um certame competitivo, onde os candidatos disputam um cargo ou emprego público demostrando suas aptidões físicas e intelectuais, bem como suas experiências, se esta avaliação não estiver baseada em *critérios objetivos e imparciais*, não haverá justiça, imparcialidade e isonomia entre os candidatos, havendo privilégio de um, ou alguns, em detrimento de outro, ou outros, concorrentes.

Portanto, o concurso público onde os *critérios de avaliação* não forem *objetivos e imparciais* será nulo, pois contaminado por violação da norma que determina a prévia aprovação nesse certame, como requisito dos atos de ingresso nos postos do serviço público, bem como por atentado aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência, economicidade, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público, pelos motivos comentados no item anterior. Assim, por serem derivados de um concurso público nulo, os atos de investidura que estejam alicerçados em certame realizado com esses vícios também serão atos nulos.

---

857 - Lei nº 8.429/92: *"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa ... V - frustrar a licitude de concurso público."*

858 - Sobre estes princípios, itens 29 a 32, 36 e 37.

859 - MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 247.

Como se trata de atos nulos, praticados com desrespeito da norma constitucional que fixa a indispensabilidade da prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, bem como aos princípios acima citados, haverá, também, necessidade de ressarcimento dos danos eventualmente causados à Administração Pública e punição do responsável pelos vícios nos mesmos termos narrados no item 44, bem como poderá ser configurado o ato de improbidade administrativa previsto no inciso V, do artigo 11, da Lei nº 8.429/92[860], como descrito no item anterior.

45.4. ***O concurso público precisa ser isento de fraudes***. Do contrário, por evidente, esse certame não consegue atingir sua finalidade constitucional de materialização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público[861].

Entretanto, algumas vezes há utilização de *meios fraudulentos*, visando o *favorecer* determinado candidato, como fornecendo-lhe antecipadamente os conteúdos de provas, ou beneficiando-o na avaliação.

Não é preciso dizer que estas condutas são ilícitas. Na hipótese ora aventada, a dificuldade não é a análise jurídica, mas a constatação da *fraude*, pois o ato em si tem aparência de legal: houve a investidura de alguém previamente aprovado em concurso público.

Em ocorrendo *fraude* no concurso público, haverá vilipêndio da norma constitucional que prescreve a aprovação nesse certame, como indispensável para o ingresso nos postos do serviço público, bem como ofensa aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público[862], pelos motivos expostos nos itens 44 e 45.2.

---

860 - Transcrito em nota pouco acima.

861 - Sobre o concurso como instrumento de materialização desses princípios, itens 13 e 43.

862 - Sobre estes princípios, itens 29 a 33, 36 e 37.

Assim, quando houver *fraude* em concurso público haverá nulidade dos atos de investidura das pessoas beneficiadas pela *fraude*, bem como necessidade de ressarcimento dos danos causados à Administração Pública e punição da autoridade responsável, tudo na forma mencionada no item 44. Na mesma hipótese, configurar-se-á, em tese, também, o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, V, da Lei nº 8.429/92[863], pois sempre haverá frustração da licitude do concurso. Este ato de improbidade administrativa consuma-se independentemente do ato de investidura do eventual beneficiado pela *fraude*.

Ainda no mesmo caso, cabe observar que não são nulos todos os atos de investidura decorrentes desse concurso público, mas somente os atos de investidura das pessoas beneficiadas pela *fraude*, pois não seria razoável, proporcional e acorde com o interesse público anular os atos de investidura das pessoas de boa-fé, que não se tenham beneficiado com a *fraude*[864].

45.5. Depois de avaliadas as provas e os títulos, segundo critérios objetivos, justos e imparciais, bem como isentos de fraude, deve ser elaborada uma ***lista de classificação dos candidatos***, segundo a pontuação que tiverem obtido no concurso público.

Por evidente, **a investidura dos candidatos aprovados deve obedecer a *ordem de classificação no concurso***[865]. Se assim não fosse, não haveria sentido na exigência da prévia aprovação em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público, pois sendo possível escolher qualquer dos candidatos que lograram obter nota mínima, sem respeitar a *ordem de classificação*, não haveria isonomia entre os aprovados, uma vez que aqueles de melhor relacionamento com os administradores é que seriam escolhidos, o que importaria em desrespeito aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[866].

---

863 - Transcrito em nota pouco acima.

864 - A respeito, item 42. Sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, item 35.

865 - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 221.

866 - Sobre estes princípios, itens 29 a 32, 36 e 37. Acerca do concurso como meio de preservação desses princípios, itens 13 e 43.

Então, os atos de investidura feitos com inversão da *ordem de classificação* no concurso serão nulos, podendo gerar ressarcimento dos danos eventualmente causados à Administração Pública e punição da autoridade responsável, nos termos fixados no item 44, pois esta inobservância representa desrespeito da regra constitucional que determina a necessidade de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público e, via de conseqüência, a princípios acima citados.

Se a pessoa investida com violação da ordem de classificação estiver de má-fé não poderá mais ser ingressar no cargo ou emprego respectivo, nem mesmo quando chegar sua vez. Ao revés, se estiver de boa-fé, não saber do vício, poderá vir a ser investida quando chegar sua vez.

45.6. Diz o inciso III, do artigo 37, da Constituição Federal[867], que o ***prazo de validade do concurso*** é de até dois anos, prorrogável por igual período.

Então, **o *prazo mínimo* para a validade do concurso público é a sua imediata realização, e, o *prazo máximo* é de quatro anos. Este prazo fica a critério da Administração Pública, a menos que venha previsto em lei local, hipótese que o *prazo* será o fixado na lei**, pois o constituinte conferiu esta discricionariedade ao administrador público[868].

A expressão *igual período* gravada no dispositivo em questão significa *prazo* idêntico ao fixado pela da primeira vez, não igual a mais dois anos. Assim, se o prazo inicialmente fixado foi de um ano, o *prazo de validade* do concurso pode ser prorrogado uma vez, por mais um ano, e não por mais dois anos. A Constituição diz, *igual período* e, por evidente, igual significa o mesmo, idêntico[869].

---

[867] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 37. ... III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;"*

[868] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 52-53.

[869] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 53-55.

Outra indagação que se põe é saber qual o *prazo de validade* do concurso na ausência de sua fixação pela lei ou por ato administrativo. Em tal situação, poder-se-ia imaginar apenas duas soluções: a) o *prazo de validade* seria tão somente o da expiração do concurso público, com a imediata investidura dos aprovados; b) o *prazo de validade* seria de dois anos. Qualquer outra hipótese seria mera adivinhação. A doutrina nacional, de um modo geral, tem preferido a segunda opção, pois é o *prazo* fixado pela Constituição Federal como sendo, em regra, o ideal[870].

Porém, discorda-se da opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello quando, optando pela segunda posição, sustenta a impossibilidade da prorrogação do prazo[871]. Ora, se na ausência de fixação o *prazo de validade* é de dois anos, ele pode ser prorrogado por *igual período*, ou seja, mais dois anos. É que, do contrário haveria contra-senso, pois considera-se o *prazo* como de dois anos e não se admite a prorrogação por *igual período*, como prevê a Constituição da República. Não se pode ignorar a expressão *"prorrogável uma vez, por igual período"*, constante da Carta Magna, sob pena de não conferir eficácia jurídica a tal locução e não se fazer uma interpretação que represente aquela que confere maior efetividade ao dispositivo constitucional[872].

No § 2º, do artigo 37[873], a Constituição Federal equipara o desrespeito ao *prazo de validade* à ofensa à regra que impõe a prévia aprovação em concurso, como requisito necessário de investidura nos postos do serviço público.

---

[870] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 55.

[871] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 55.

[872] - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130 e 235, inclusive nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100. Sobre a lei não conter palavras inúteis ou supérfluas, também CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

[873] - 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."*

Então, se é a própria Carta Magna quem faz esta equiparação, os atos de investidura realizados com violação do *prazo de validade do concurso público* devem ter as mesmas conseqüências que os atos de investidura decorrentes da inobservância à regra da prévia aprovação em concurso, como condição de investidura em cargos e empregos públicos, ou seja: nulidade do ato, ressarcimento de danos eventualmente causados à Administração Pública e punição da autoridade responsável, tudo conforme descrito no item 44.

Como o concurso público tem *prazo de validade*, os candidatos disputam não só as vagas existentes no momento da abertura do certame, mas, também, aquelas que venham a abrir durante o *prazo de validade* do concurso[874].

Na fluência do *prazo de validade* do concurso, os aprovados em certame precedente, terão preferência de investidura sobre os aprovados em concursos públicos posteriores, como enfatiza o inciso IV, do artigo 37, da Lei Maior[875]. Ou seja: enquanto houver candidatos aprovados no certame anterior, dentro de seu *prazo de validade*, estes terão ser chamados para investidura antes dos aprovados concurso público realizado depois[876].

A violação desta norma equivale a inversão da *ordem de classificação* do concurso, o que representa violação da norma que determina a obrigação de prévia aprovação nesse certame, como condição para ingresso nos postos do serviço público, de forma que as conseqüências para o ato de investidura efetivado sem observar a preferência de investidura dos candidatos aprovados em concurso público anterior, durante o *prazo de validade* deste, pode trazer as

---

[874] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 56.

[875] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 37. ... IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;"*

[876] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 163. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 130. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 130. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 397.

mesmas conseqüências mencionadas no item anterior, isto é: nulidade do ato, ressarcimento dos danos eventualmente causados à Administração Pública e punição da autoridade responsável, nos termos fixados no item 44.

Como mencionado no tópico antecedente, em relação a desobediência à *ordem de classificação* do concurso público, se o indivíduo investido sem ter sido dado preferência a candidato aprovado em concurso público anterior, durante o prazo de validade deste, estiver de má-fé não poderá mais ingressar no cargo ou emprego respectivo, nem mesmo quando chegar sua vez. Mas, se estiver de boa-fé, se o vício não lhe for imputável, poderá vir a ser investido quando chegar sua vez.

Outra questão a ser levantada é a seguinte: pode ocorrer a hipótese de mesmo a Administração Pública necessitando do ingresso dos aprovados em um concurso público que esteja dentro do *prazo de validade*, mas o administrador público não se interessando pela investidura de nenhum dos aprovados naquele certame, deixe, propositadamente, escoar seu *prazo de validade*, para realizar outro concurso ou para chamar candidatos aprovados em concurso público posterior.

Como observado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

> " *Além disto, como o inciso IV tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certame subsequente. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias.*" [877]

---

[877] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 56.

Como no caso da fraude no concurso[878], a ilicitude é patente, não há dificuldades jurídicas. A questão está em demonstrar que havia necessidade do ingresso de aprovados no certame e que administrador público não fez as investiduras com intenção ilícita. Comprovado que a conduta do administrador público foi de, deliberadamente, deixar escoar o *prazo de validade* do concurso anterior para beneficiar ou prejudicar alguém, há violação da norma que obriga a prévia aprovação em concurso, como condição de investidura de servidores públicos, havendo, em conseqüência, ofensa aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, fundamentos básicos do concurso[879], sendo, então, o caso de punição da autoridade responsável nos termos vistos no item 44.

Porém, quanto ao ressarcimento dos danos causados em razão da investidura de aprovados em concurso posterior e a nulidade destes atos, como exposto no item 42, tudo dependerá da boa ou má-fé das pessoas investidas em decorrência da aprovação no concurso seguinte. Se a intenção do administrador público não foi beneficiar alguém, mas prejudicar um, ou alguns, dos aprovados no concurso público anterior, não há que se falar em nulidade dos atos de investidura dos aprovados no concurso seguinte, dada a boa-fé dos mesmos, bem como a falta de proporcionalidade e razoabilidade, bem como a divergência com o interesse público que representaria a anulação destes atos de investidura. No mesmo caso, isto é, de boa-fé dos investidos, quanto ao ressarcimento de danos, pode-se cogitar só dos dispêndios com a realização do novo concurso, caso isso não fosse necessário. Mas, se o escopo do administrador público foi beneficiar um, ou alguns, dos aprovados no concurso subseqüente, os atos de investidura dos beneficiados são nulos e os gastos com eles representam prejuízo ao patrimônio público, devendo ser ressarcidos por quem deu causa ao vício. Todavia, não são nulos os atos de investidura dos demais aprovados, cuja manobra não visou favorecer-lhes. Estando as pessoas beneficiadas de má-fé, cientes da manobra ilícita, além da nulidade do seu ato de investidura também estarão passíveis de punição e solidariedade no ressarcimento dos danos causados à Administração Pública.

---

[878] - Item 46.4.

[879] - Sobre os princípios mencionado, itens 29 a 32, 36 e 37. Acerca do concurso público como meio de concretização desses princípios, itens 13 e 43.

46. Conforme observado, a investidura em ***cargos e empregos de provimento em comissão*** constitui uma exceção à norma que estabelece a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito investidura nos postos do serviço público[880]. Como se trata de uma exceção, a situação que a enseja deve estar bem caracterizada e obedecer aos pressupostos previstos constitucionalmente, os quais, então, devem ser analisados.

46.1. **O primeiro requisito para que um *cargo seja considerado de provimento em comissão* é sua *previsão em lei local*** como cargo dessa natureza. Com efeito, dispõe a parte final do inciso II, do artigo 37, da Carta Magna[881], que *"ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"* (grifou-se). Assim, nota-se que o preceito constitucional citado está, expressamente, pedindo legislação ordinária integradora, a qual deverá definir quais serão os *cargos de provimento em comissão*, sendo, portanto, uma norma de eficácia limitada de princípio institutivo, que são descritas por José Afonso da Silva:

> *" A caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. ...*
>
> *...*
>
> *O legislador constituinte reconhece a conveniência de disciplinar certa matéria relativamente à organização de instituições constitucionais, mas, ao mesmo tempo, por razões várias, e até de pressão, limita-se a traçar esquemas gerais (princípios, como começo) sobre o assunto, incumbindo ao legislador ordinário a complementação do que foi iniciado, segundo a forma, os critérios, os requisitos, as condições e as circunstâncias previstas na norma mesma. ...*

---

880 - Item 43.

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

São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei." [882]
(grifou-se)

Portanto, percebe-se que, embora a parte inicial do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal[883], que prevê a necessidade de anterior êxito em concurso, como condição de investidura de servidores públicos, seja norma constitucional de eficácia plena, a parte final do mesmo dispositivo, que fixa a exceção relativa aos *cargos em comissão*, é norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo. De fato, na previsão dos *cargos em comissão* a Carta Magna reconheceu a necessidade de disciplinar certo instituto, definir *cargos em comissão*, mas, por razões de ordem lógica e prática, não os fixou desde logo quais seriam esses cargos, deixou a tarefa a cargo legislador ordinário. Assim, no preceito citado, indicou legislação futura, que lhe venha completar o conteúdo.

Sobre a aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia limitada, esclarece José Afonso da Silva, que:

"... . Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

..., enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, ..."[884] (grifou-se)

---

[882] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 123, 125 e 126.

[883] - Citado em nota logo acima.

[884] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 82-83.

Então, a parte final do inciso II, do artigo 37, da Carta Magna[885], como norma constitucional de eficácia limitada, tem aplicabilidade mediata e indireta, não produzindo todos os seus efeitos com a simples entrada em vigor da Constituição, mas só com a edição da lei integradora solicitada. Aliás, salienta-se que antes desta lei não se sabe quais são os *cargos em comissão*, uma vez que *"só é cargo ou emprego em comissão aquele que a lei assim declarar"*[886].

A lei pedida no citado preceito constitucional não é nacional, mas local, de cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)[887]. Primeiro, em face da autonomia dos entes federados para organizarem-se política e administrativamente, pois fixar normas sobre seu funcionalismo está no âmbito de competência de cada ente federado, uma vez que se assim não fosse o mesmo não seria autônomo[888]. Segundo, porque o mencionado preceito refere-se a *lei* e não a *lei federal*, de modo que não estando a matéria incluída nas competências privativas da União, não há razão para prevalecer o entendimento que a lei seria federal, pois o tema em questão refere-se a organização administrativa de entes políticos.

Destarte, **somente poderá, juridicamente, haver investidura em *cargo de provimento em comissão* depois da edição da legislação infra-constitucional integradora requerida na parte final do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal[889], definindo quais são os cargos dessa natureza[890].**

---

885 - Transcrito em nota anterior.

886 - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 130. No mesmo sentido CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 50.

887 - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 35 e 50, bem como *Curso de direito administrativo*, p. 165. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 42 e 125. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *op. cit.*, p. 72. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 124. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 241.

888 - ADILSON ABREU DALLARI, *op. cit.*, p. 42. DIOGENES GASPARINI, *op. cit.*, p. 124.

889 - Grafado em nota logo acima.

890 - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 97, 101 e 104.

Se o ingresso em *cargo de provimento em comissão* é uma exceção à norma constitucional que prevê a necessidade de precedente sucesso em concurso, como requisito de ingresso de servidor público, e, se a investidura em *cargo em comissão* só é licitamente possível após a edição de lei local definindo que tal cargo é *de provimento em comissão*, quando não há essa lei o preenchimento do posto do serviço público em questão só pode ser realizado após a aprovação da pessoa investida em concurso público, uma vez que não se configurará a exceção constitucional para dispensar a regra geral de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público[891].

Então, o ato de ingresso de servidor público feito em cargo ou emprego alegado como *de provimento comissão*, em posto do serviço público que assim não esteja definido em lei local, é um ato que violenta a regra constitucional da obrigatoriedade de anterior êxito em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público. E, como o concurso público é meio de concretização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[892], a violação à citada disposição constitucional atenta contra esses princípios, bem como contra o princípio da legalidade na medida em que esta norma é desobedecida[893].

Nesta hipótese, os princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativa são desrespeitados porque a pessoa investida no posto do serviço público alegado como *cargo de provimento em comissão* não se submeteu ao concurso público, sendo livremente escolhida pelo agente público responsável pelo ato de investidura. Assim, o atentado à norma da necessidade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura de servidores públicos, caracteriza um benefício, um privilégio à pessoa investida e um prejuízo aos eventuais interessados em ingressar nesse cargo ou emprego público. Os princípios da eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público

---

[891] - Sobre o requisito da prévia aprovação em concurso, como regra para investidura nos postos do serviço público, item 43.

[892] - Itens 13 e 43.

[893] - Sobre esses princípios, itens 29 a 33, 36 e 37.

são desobedecidos porque a Administração Pública, ao menos potencialmente, estará privada de contar com o melhor servidor. A disputa objetiva do concurso público é substituída por uma escolha subjetiva do administrador público. Obviamente, o fato da Administração Pública contar com o melhor servidor implica em otimização dos serviços públicos e numa melhor relação custo/benefício para a erário, o que atende o interesse público.

Nessa hipótese, como há ofensa à norma da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como pressuposto de investidura de servidores públicos, bem como vulneração à princípios da Administração Pública, inclusive pelo comando previsto no § 2º, do artigo 37, da Carta Magna[894], o ato de investidura de servidor público em posto do serviço público alegado como *de provimento em comissão*, mas que assim não esteja previsto em lei local, é ato nulo[895]. E, como este ato está contaminado de nulidade prevista na Constituição Federal, este tipo de ato deve ser desmanchado com efeitos *ex tunc*. Assim, não pode gerar efeitos lícitos, preservando-se apenas alguns direitos de terceiros de boa-fé. Destarte, as despesas que a Administração Pública tiver, em decorrência de tal ato, inclusive a remuneração das pessoas ilicitamente investidas em *falsos cargos de provimento em comissão*, constituem prejuízo ao patrimônio público, não devendo ser suportadas pelo erário, mas por quem deu causa ao vício, de modo que, nessa hipótese, impõe-se o ressarcimento de danos[896]. Tratando-se de violação à norma constitucional que impõe a necessidade de aprovação em concurso, como condição de investidura de servidores públicos, o ingresso de alguém em posto do serviço público alegado como *de provimento em comissão*, mas que assim não esteja previsto em lei local, enseja a punição do responsável, nos termos vistos no item 44.

---

[894] - 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."*

[895] - Sobre nulidade dos atos de investidura de servidores públicos efetivados com violação do ordenamento jurídico, item 25. Especificamente acerca da nulidade dos atos que ofendem a norma de obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, item 44.

[896] - Sobre o assunto, item 26.

46.2. Se lei local pode estabelecer que alguns cargos ou empregos públicos sejam considerados como de *provimento em comissão*, e, se o concurso público constitui um meio de realização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[897], há de se perquirir ***por quê a Constituição Federal permitiu tal exceção à norma da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como condição de investidura nos cargos e empregos públicos?***

Alguma razão há de ter para que certos cargos e empregos públicos não se submetam à regra geral da investidura mediante prévia aprovação em concurso público, pois *"o texto constitucional, ao falar em cargo em comissão, 'declarado em lei de livre provimento e livre exoneração', está a pressupor a existência de necessidade administrativa de tal cargo"* [898].

Menciona-se que o motivo destes cargos ou empregos públicos serem de livre nomeação e exoneração estaria no fato de serem *cargos de confiança*, onde seu titular só pode permanecer enquanto gozar da *confiança* do superior que o nomeia[899].

Contudo, os princípios democrático e republicano não podem agasalhar privilégios pessoais para determinados agentes públicos, de modo que, numa Constituição regida por tais princípios, não se pode conceber que certos agentes públicos tenham direito de escolher livremente servidores públicos apenas baseado no fato destes serem indivíduos de sua *confiança pessoal*. Então, em razão desses princípios constitucionais, conclui-se que a mera *confiança pessoal* da autoridade nomeante não pode ser a justificativa da existência de cargos e empregos públicos de livre nomeação e exoneração, que fogem à regra geral da investidura precedida de aprovação em concurso público.

---

[897] - Itens 13 e 43.

[898] - LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 363.

[899] - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 479. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 209.

Para saber a razão da previsão destes cargos e empregos públicos de livre nomeação e exoneração, deve-se lembrar que embora a Administração Pública seja permanente, é dirigida por agentes políticos que, segundo os princípios democrático e republicano, alternam-se nos postos de comando, realizando as finalidades do Estado e as necessidades públicas, segundo metas e diretrizes que foram submetidas a eleitores através de sufrágio. Vitoriosos num pleito, os agentes políticos que ocupam postos de comando, calcados numa série de decisões e programas, começam a colocar em prática as metas e diretrizes que foram chanceladas pelo eleitorado. Porém, esses agentes políticos não conseguem, sozinhos, tomar todas as decisões políticas necessárias à execução das metas e diretrizes de seu plano de ação. Para tanto, necessitam de assessores. Além dos servidores comuns, de carreira, precisam de servidores que ocupem cargos de assessoria direta, que tenham dentre suas funções a t*omada de decisões políticas* ou *a influência na tomada de decisões políticas*, isto é, de decisões diretamente ligadas com a execução das metas e diretrizes do plano de ação governamental. Então, há necessidade de *cargos* e *empregos com funções de planejamento, direção, chefia* e *assessoramento superior*, os quais são ocupados por esses assessores diretos. E, para a execução do programa governamental, é imperioso que os ocupantes destes cargos ou empregos públicos *com atribuições de planejamento*, *direção*, *chefia* e *assessoramento superior*, enfim, *com funções que envolvam tomada de decisões políticas* ou *influência a decisões políticas*, estejam afinados com as metas e diretrizes que sustentam o programa de ação governamental definido pelos agentes políticos, o que se denominada *confiança política*. Portanto, os ocupantes destes cargos ou empregos devem ser pessoas da *confiança* dos agentes políticos, mas não uma *confiança pessoal*, sim uma *confiança política*, um comprometimento com as diretrizes e programas governamentais. Então, *é a confiança política*, o comprometimento com diretrizes e programas governamentais, a razão pela qual agentes públicos que ocupam cargos de *chefia, direção e assessoramento superior*, *cargos com atribuições de tomada de decisões políticas* ou *com influência na tomada de decisões políticas*, devem ser nomeados e demitidos livremente pelos agentes políticos que estabelecem as diretrizes e metas consubstanciadas no programa de ação governamental a ser posto em prática pelos ocupantes destes cargos ou empregos públicos.

Para se ter idéia da necessidade da previsão de tais cargos e empregos públicos, imagine-se, por exemplo, um Governador de Estado que deseje implantar um programa de saúde baseado na construção de hospitais públicos. Obviamente, este Governador não poderia ter como Secretário de Saúde alguém que pensasse em privatizar hospitais, que não acreditasse no programa de hospitais públicos. Por isso, para funções como a exemplificada, o Chefe do Poder Executivo Estadual, como outro agente político que ocupe postos de comando, deve ter a possibilidade de nomear alguém de sua *confiança política*. Por isso, a nomeação desse agente público há de ser livre, não submetida a prévia aprovação em concurso público, pois se assim fosse correr-se-ia o risco do posto ser ocupado por um indivíduo que não se afinasse com a diretriz política traçada para certo programa de ação governamental.

Então, percebe-se que há cargos ou empregos que devem ser preenchidos por pessoas da *confiança política* dos agentes políticos, afinadas com determinada plataforma política, sob risco de comprometimento da administração e sob pena não haver o correto exercício das funções inerentes a esses cargos ou empregos públicos.

Por isso, discorda-se da posição de Diogenes Gasparini, quando propugna que o fato de privar da intimidade da autoridade nomeante seria suficiente para caracterização de uma função como *de provimento em comissão*[900]. Ora, *de confiança* todo servidor público tem de ser, independente do cargo ou emprego que ocupe. Não revelar fatos que sabe através de seu ofício e que não possam ser divulgados, não é dever apenas do detentor de *cargos ou empregos de provimento em comissão*, mas de qualquer servidor público. Aliás, esse dever é previsto na Constituição da República e em vários Estatutos Funcionais[901].

---

[900] - DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 209.

[901] - 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: ... § 7º. A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas." Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União): "Art. 116. São deveres do servidor: II - ser leal às instituições a*

Destarte, a verdadeira razão de ser da existência de *cargos ou empregos públicos de provimento em comissão* é a necessidade de *confiança política*, a imprescindibilidade de que ocupante desses cargos ou empregos esteja afinado com determinadas diretrizes políticas e programas de ação, para o correto desempenho das funções inerentes a tais cargos ou empregos públicos[902].

46.3. Então, apesar de *cargo ou emprego de provimento em comissão* ser aquele que assim esteja definido em lei local[903], ***não é qualquer cargo ou emprego que pode ser previsto em lei como de provimento em comissão***, pois:

> *"... 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 o 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 esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se 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***

---

que servir; ... VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;". Lei Estadual nº 6.174/70 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Paraná: "Art. 279. São deveres do funcionário: ... IV - Discrição; V - Lealdade e respeito às instituições constitucionais e administrativas a que servir; ... XII - Guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenha conhecimento em razão do cargo ou função."

[902] - A propósito, ver ADILSON ABREU DALLARI, citando MÁRCIO CAMMAROSANO, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 41. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 132. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 177. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 247.

[903] - Item 46.1.

***político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos**, uma lealdade pessoal à autoridade superior."* [904]

(grifou-se e destacou-se)

Portanto, percebe-se que a lei apenas pode considerar como *em comissão* aquele cargo ou emprego público cujo seu correto exercício exija que seu ocupante goze da *confiança política* da autoridade nomeante, ou seja, que esteja afinado com diretrizes políticas e programas de ação governamental.

Não é, por evidente, todo e qualquer cargo ou emprego público que para seu correto desempenho exige-se que seu ocupante goze de *confiança política*, que esteja afinado com diretrizes e programas governamentais. Como visto no item anterior, apenas cargos ou empregos públicos que tenham algum *poder de decisão*, que tenham entre as suas atribuições a *tomada de decisões políticas ou a influência a decisões políticas*, ou seja, *cargos de chefia, direção ou assessoramento superior*[905], é que podem ser considerados pela lei local como cargos ou empregos de *provimento em comissão*.

Embora isso já fosse implícito, pela própria natureza e razão de ser destes cargos ou empregos públicos, a Emenda Constitucional nº 19/98, diante de algumas distorções que vinham ocorrendo, embora sendo redundante, resolveu deixar a situação extreme de dúvidas, gravando, no inciso V, do artigo 37, da Carta Magna[906], que os *cargos de provimento em comissão "destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento."*

---

[904] - MÁRCIO CAMMAROSANO, citado por ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 41; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 363, nota 5, e, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 176, inclusive nota 116.

[905] - DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 208. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 179.

[906] - Constituição Federal: *"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."*

À toda evidência, o *assessoramento*, que possibilita a definição de um cargo ou emprego público como *de provimento em comissão*, não é qualquer *assessoramento*, mas apenas o *assessoramento qualificado*, que se poderia denominar de *assessoramento superior*, o assessoramento que contém funções que envolvam *influência a decisões políticas* e, por isso, exige que seu ocupante tenha a *confiança política* do agente que por ele é assessorado.

É também preciso deixar claro que as *funções* de *direção*, *chefia* e *assessoramento superior*, possibilitadoras da definição de um cargo ou emprego público como *de provimento em comissão*, não se caracterizam apenas pelo nome. Devem ser funções onde realmente exista *direção de trabalhos e definição de metas*, onde existam atribuições de *tomada de decisões políticas* ou de *influência a tomada decisões políticas*. Enfim, funções que exijam *confiança política*. Para um cargo ou emprego público ser considerado de *chefia* é necessário que suas funções correspondam à nomenclatura. Como explica Hely Lopes Meirelles, o *cargo* de *chefia "é o que se destina à direção de serviços"*[907].

Então, cargos ou empregos públicos para desempenho de funções técnicas, com médico, dentista, advogado, engenheiro, *et coetera*, não se coadunam com a natureza do cargo ou emprego *de provimento em comissão*[908]. É que, para exercer corretamente as atribuições relativas a estes cargos ou empregos públicos não se exige qualquer *confiança política*, pois não é necessário fidelidade a uma determinada diretriz política ou a um certo programa de ação governamental, já que os ocupantes de cargos ou empregos dessa natureza não desempenham funções com atribuições de *decisões políticas* ou com *influência em decisões políticas*. Do titular destes cargos ou empregos públicos exige-se apenas a *confiança* e a lealdade comum a todos os servidores públicos, bem como que desempenhem suas atribuições segundo as técnicas de suas profissões, qualidades que podem, e devem, ser aferidas em concurso público.

---

907 - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 382.

908 - A propósito, ver ADILSON ABREU DALLARI, citando MÁRCIO CAMMAROSANO, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 41.

Cargos ou empregos públicos com funções burocráticas ou subalternas, como, *v.g.*, auxiliares administrativos, secretárias, motoristas ou zeladores, também não podem ser considerados como *de provimento em comissão*, por mais contato que os ocupantes destes postos do serviço público tenham com agentes políticos ou com assuntos sigilosos[909]. É que, o correto desempenho das atribuições de tais cargos ou empregos nada tem de *confiança política*, não necessita que seus titulares estejam afinados com diretrizes políticas ou programas de ação governamental, pois na realização dos seus misteres estes servidores não tomam *decisões políticas* ou exercem *influência em decisões políticas*.

46.4. Pelo fato das investiduras em cargos ou empregos públicos *de provimento em comissão* constituírem exceção à norma da necessidade de prévio êxito em concurso, como condição de ingresso de servidores públicos[910], muitas vezes tais cargos ou empregos são usados como *rota de fuga à tal norma*.

Cármen Lúcia Antunes Rocha, citando Victor Nunes Leal, observa que quando alguém ocupa um posto de comando na Administração Pública não é raro ver que grande número de conterrâneos, amigos e parentes dessa pessoa passam a ocupar *cargos de confiança* nessa administração[911]. Pode-se dizer, sem medo de errar, que os *cargos ou empregos em comissão* têm-se constituído num *câncer* a corroer a Administração Pública brasileira. Esses postos têm sido responsáveis pelas maiores mazelas do serviço público. Geralmente, é através deles que se promove o nepotismo, empreguismo, assistencialismo, trens da alegria e uso eleitoreiro dos postos do serviço públicos. Isto sem falar que têm sido fonte de grandes injustiças, pois servidores sem nenhum preparo, prevalecendo-se de relações com agentes políticos, por serem detentores de *cargos ou empregos em comissão*, percebem remuneração maior do que servidores de carreira, que se submeteram ao concurso público[912].

---

[909] - A propósito, ver ADILSON ABREU DALLARI, citando MÁRCIO CAMMAROSANO, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 41.

[910] - Itens 43 e 46.

[911] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 117.

[912] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 165, nota 110. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Fiscal*, p. 53.

Com efeito, têm-se constatado que, de maneira complemente ilícita, contrariando a razão de ser e a natureza do *provimento em comissão*, muitos cargos e empregos públicos, cujas funções não exigem, nem de longe, *confiança política*, têm sido considerados como *de provimento em comissão*. Vê-se cargos ou empregos públicos com *funções técnicas* (como médicos, dentistas, advogados, engenheiros), burocráticas (como agentes administrativos, fiscais, responsáveis por oficinas e almoxarifados) e subalternas (como motoristas, zeladores, vigias) serem considerados, em lei, como *de provimento em comissão*.

Esta situação não é uma mera irregularidade administrativa, mas uma afronta ao dispositivo constitucional que caracteriza o *provimento em comissão* como exceção à norma que prescreve a imprescindibilidade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura em cargos e empregos públicos.

Para justificar este descalabro, têm-se utilizado do falso argumento de que se tratam de funções *de confiança*. Todavia, como já observado, e reiterado, para caracterizar um cargo ou emprego como *de provimento em comissão* não basta uma *confiança pessoal*, exige-se uma *confiança política*.

Contudo, é nítido que a banalização da criação de cargos ou empregos públicos como *de provimento em comissão* não tem outra intenção que não fugir à aplicação da regra constitucional que prevê a necessidade de aprovação em concurso, como condição de investidura de servidor público, abrindo a porta ao nepotismo, empreguismo, favoritismo e uso eleitoreiro dos postos do serviço público.

Destarte, *"o legislador deve ter presente, sempre, a advertência e alerta do STF no sentido de que 'a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso"* [913].

---

[913] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 400.

Ora, se a criação de cargos ou empregos *de provimento em comissão*, cujas funções não exijam *confiança política* para o correto desempenho de suas atribuições, representa um modo de *driblar* a necessidade de sucesso em concurso, como condição de investidura de servidores públicos, e, como esta exigência representa materialização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[914], a criação de cargos ou empregos *de provimento em comissão*, cujo exercício de seus misteres prescinde de *confiança política*, é ato que atenta contra esses princípios, do modo referido nos itens 44 e 46.1.

Por isso, *"é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior"* [915].

Além da inconstitucionalidade da lei que cria cargos ou empregos públicos *de provimento em comissão* fora dos parâmetros juridicamente admitidos, o § 2º, do artigo 37, da Carta Magna[916], determina a *nulidade* do ato praticado com ofensa à norma da obrigação de prévio êxito em concurso, como requisito de ingresso de servidor público. A violação aos princípios da Administração Pública também conduz à *nulidade* deste tipo de ato de investidura[917]. Portanto, são nulos os atos de investidura em cargos ou empregos públicos *de provimento em comissão*, cujas funções não tenham entre suas atribuições a necessidade de *confiança política*, que não sejam para o desempenho de funções de *chefia, direção ou assessoramento superior*, mesmo quando esses cargos ou empregos públicos forem previstos em lei como *de provimento em comissão*.

---

914 - Sobre tais princípios, itens 29 a 32, 36 e 37. Sobre o concurso público como meio de materialização desses princípios, itens 13 e 43.

915 - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 41.

916 - 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."*

917 - Sobre nulidade do ato de investidura levado à efeito com violação do ordenamento jurídico, item 25. Sobre nulidade do ato de investidura que ofende a norma que impõe a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura no serviço público, item 44.

Todavia, apenas a análise do caso concreto, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é que definirá, tirante a nulidade, as outras conseqüências em tese possíveis de serem aplicadas em razão de tais atos de investidura, que podem ser ressarcimento de danos e punição da autoridade responsável[918]. É que, apesar de nulos e praticados com ofensa à Constituição Federal, não se pode esquecer que esses atos de investidura tiveram base em lei, portanto, obedeceram ao princípio da legalidade[919].

Apesar da dificuldade, algumas premissas podem ser cogitadas em abstrato.

Se não for comprovado que a lei prevendo como *de provimento em comissão* cargos ou empregos, cujas funções não contenham atribuições que necessitem de *confiança política*, decorreu de má-fé, de deliberada intenção de subtrair-se à aplicação da norma constitucional que determina a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, não haverá como, além da inconstitucionalidade da lei e da nulidade dos atos de investidura, impor-se o ressarcimento dos danos e a punição da autoridade responsável. É que, nessa hipótese, a ordem para despesas decorrentes desses atos de investidura, apesar da nulidade dos mesmos, seria lícitas, bem como a autoridade responsável por tais atos de ingresso nos postos do serviço público nada mais teria feito do que cumprir a lei, até porque as leis *"são presumidamente constitucionais até que, por meio de fórmulas previstas constitucionalmente, se obtenha a declaração de inconstitucionalidade e a retirada de eficácia daquele ato"*[920], pois a *"lei 'inconstitucional' é, até a sua anulação – ... –, uma lei válida"*[921]. E, nenhuma pessoa pode ser punida por ter, de boa-fé, cumprido a lei.

---

[918] - Sobre a necessidade da análise do caso concreto, itens 24 e 25. Sobre conseqüências dos atos de investidura realizados com desrespeito ao ordenamento jurídico, item 24. Acerca dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, item 35.

[919] - Acerca do princípio da legalidade, item 33.

[920] - MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 40.

[921] - HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 159.

Porém, se comprovada a má-fé, ou seja, se comprovado que a lei prevendo cargos ou empregos *de provimento em comissão* para funções que não exigem *confiança política*, decorreu de deliberada intenção de subtrair-se à aplicação da norma constitucional que prevê a necessidade de êxito em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, será o caso de ressarcimento dos danos e punição da autoridade responsável pelos atos de investidura dessa natureza, tudo nos moldes expostos no item 44.

Por fim, aponte-se que, se realmente se pretender reduzir os gastos com os servidores públicos deve-se, urgentemente, reduzir, em muito, os cargos *de provimento em comissão*, reservando-os, conforme espírito constitucional, apenas para aquelas funções que realmente exijam *confiança política*, não para distribuí-los entre parentes, amigos, correligionários e cabos eleitorais, como, infelizmente, se tem verificado em praticamente todos os rincões desse país.

47. Outro modo de investidura nos postos do serviço público é a ***contratação por prazo determinado para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público***, prevista no inciso IX, do artigo 37, da Constituição da República[922].

47.1. Entendem alguns que a *contratação por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público* não representa exceção à norma da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público. Fundamentam-se no fato do inciso II, do artigo 37, da Lei Maior[923], prever apenas uma exceção à citada regra: os cargos de provimento em comissão[924].

---

[922] - Constituição de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"*

[923] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; "*

[924] - MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, p. 249.

Outros têm posição mais branda. Entendem que a *contratação por prazo determinado* não dispensa a imprescindibilidade de anterior sucesso em concurso público, em qualquer situação, mas apenas em certos casos, quando a necessidade temporária de excepcional interesse público não puder ser prevista com a antecedência suficiente à realização do certame[925].

Uma terceira corrente chega a admitir que a *contratação por prazo determinado para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público* consubstancia uma exceção à norma da obrigatoriedade de prévio êxito em concurso público, como pressuposto de investidura de servidores público. Prega que, em tal hipótese, se está diante de investiduras provisórias, movidas por circunstâncias excepcionais, imprevistas e emergenciais, cuja natureza não se compatibiliza com as delongas de um concurso público[926].

Após uma análise percuciente, baseada na hermenêutica constitucional, inclusive revendo posição anterior[927], entende-se que **a *contratação por prazo determinado* não constitui exceção à norma que impõe a necessidade de precedente aprovação em concurso, como requisito para ingresso de servidores públicos, pois em nenhum momento a Constituição Federal autoriza a dispensa a obrigação de anterior êxito em concurso público para a *contratação de pessoal por prazo determinado***.

---

925 - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 103.

926 - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 161, nota 7, e 165 e 173, bem como em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 60-61 e 64. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 358 e 365. EDER SOUSA, *Admissão no Serviço Público*, p. 36. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 128, parece filiar-se a este entendimento, pois arrola a contratação por prazo determinado prevista no inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna, entre as exceções ao concurso público, mas sua posição é contraditória, pois pouco antes havia enfatizado que o concurso público *"é imprescindível para a investidura em cargo, emprego ou função, embora o inc. II desse artigo não se refira a função pública."*

927 - *Da admissão no Serviço Público*, p. 8.

No item 43.1., deixou-se consignado que o fato do inciso II, do artigo 37, da Carta Magna[928], não ter mencionado a expressão funções, ao lado das palavras cargos e empregos, não significa que o ingresso em funções não correspondentes a cargos ou empregos públicos sejam exceção à norma que exige a prévia aprovação em concurso, como pressuposto para investidura nos postos do serviço público, e, por isso, possam ser preenchidas livremente, possa o administrador público *contratar por prazo determinado* quem bem entender.

Em linhas gerais, chegou-se tal conclusão com base em regras de hermenêutica constitucional. Senão veja-se:

Considerando o elemento histórico de interpretação[929], perquirindo-se *occasio legis* da Constituição Federal, verifica-se que *"a manifestação inequívoca de vontade que emerge do texto constitucional é no sentido de que estão vedadas admissões, contratações ou nomeações livres, salvo nos casos expressamente previstos no próprio texto, ou de impossibilidade de processos seletivos"*[930]. (grifou-se)

A mesma constatação fundamenta que, segundo uma interpretação teleológica[931], a norma constitucional em tela deve ser interpretada de forma afastar, não a acolher, exceções à regra da obrigatoriedade de prévio sucesso em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público, pois o desiderato da Carta Magna é reforçar esse preceito, não afrouxá-lo, de maneira que não permite presunção contra o mesmo.

---

928 - Transcrito em nota logo acima.

929 - Como observado por: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 142-145: mesmo não sendo um elemento primordial de interpretação de normas jurídicas, não se pode desprezar a contribuição do *elemento histórico*, que aliado a outros elementos tem valor subsidiário, principalmente em se tratando de normas recentes.

930 - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 36 e 39.

931 - A norma jurídica deve ser entendida de acordo com seu desiderato, com a finalidade que desejou alcançar, de modo que atinja completamente o objetivo para o qual foi concebida, devendo ser interpretada a favor e não em prejuízo do interesse que visou proteger. Neste sentido: PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 402. CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 152 e 156.

Então, como a intenção da Constituição da República é fortalecer a norma que estabelece a necessidade de precedente êxito em concurso, como requisito de investidura em cargos e empregos públicos, e, como qualquer exceção a essa regra deve estar prevista expressamente na Carta Magna, resultar induvidosa, não podendo ser presumida, considerando que não há qualquer menção expressa no Texto Constitucional excepcionando a *contratação por prazo determinado para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público* da imprescindibilidade de anterior sucesso em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, concluí-se que esta modalidade de investidura de servidores públicos não pode ocorrer sem a que a pessoa a ser contratada tenha sido previamente aprovada em concurso público.

Considerando os princípios da inicialidade e da supremacia das normas constitucionais, os vocábulos constantes da Constituição, de regra, devem ser compreendidos de acordo com seus significados comuns, coloquiais, e não de no sentido técnico que lhes atribuído por ramos de direito infra-constitucional, a menos que resulte óbvio o contrário, quando devem ser tomados conforme a tradição, pois as normas constitucionais não podem ser interpretadas à luz do direito infra-constitucional e sim dela própria, pois é são as normas constitucionais que dão fundamento de validade para o direito infra-constitucional e não o contrário[932]. Assim, como segundo uma significação coloquial as expressões cargos e empregos públicos abrangem quaisquer postos do serviço público[933], a imprescindibilidade de prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, abrange, também, a *contratação por prazo determinado para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público.*

---

[932] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 103-105. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1106. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 127-128.

[933] - Sobre essa significância, item 43.1. Acerca dos empregos públicos compreenderem, também, os contratos por prazo determinado, para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público, veja-se CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal nas Empresas Públicas*, p. 40.

Levando-se em conta que os princípios desempenham importante papel na hermenêutica constitucional, funcionando como vetores de interpretação[934], bem como levando-se em conta que o concurso público é meio escolhido pela Carta Magna para materializar os princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[935], qualquer possibilidade de ingresso em postos do serviço público sem prévia aprovação em concurso deve estar prevista expressamente na Constituição Federal, sem margem a dúvidas, não podendo ser presumida por interpretação extensiva. E, como não há regra constitucional expressa excepcionando a *contratação por prazo determinado* do cumprimento do requisito de precedente aprovação em concurso, para ingresso de servidores públicos, esta modalidade de investidura não representa exceção à tal norma.

Finalmente, considerando o elemento sistemático[936], percebe-se que o inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal[937], não inclui a *contratação por prazo determinado* dentre as exceções à norma da obrigatoriedade de prévio sucesso em concurso, como pressuposto para investidura nos postos do serviço público, mas tão somente a nomeação para cargos de provimento em comissão. Continuando a interpretação sistemática, constata-se que, em nenhum outro ponto a Carta Magna possibilita que a *contratação de pessoal por prazo determinado* seja efetivada sem que o contratado tenha sido anteriormente aprovado em concurso público.

---

934 - LUÍS ROBERTO BARROSO, inclusive citando Celso Antônio Bandeira de Mello, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 147, 148-149 e 194-195. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p.138. MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO, *Hermenêutica Constitucional*, p. 57.

935 - Sobre esta conclusão, itens 13 e 43. Acerca desses princípios, itens 29 a 32, 36 e 37.

936 - O ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, de forma que o verdadeiro sentido de cada norma somente pode ser obtido analisando-a no contexto deste sistema, nunca isoladamente. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

937 - Citado em nota acima.

Cristina Del Pilar Busquets e Maria Beatriz Prata, apesar de entenderem, acertadamente, que a expressão *emprego*, constante do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal[938], abrange os *contratados por prazo determinado*, de forma contraditória, ressalvam os *contratados por prazo determinado* da obrigação de prévia aprovação em concurso, como condição de ingresso em emprego público, ao argumento de que o inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna[939], estaria a depender de lei para sua regulamentação[940]. Ora, como será visto no item seguinte, o inciso IX, do artigo 37, da Lei Maior[941], realmente é norma constitucional de eficácia limitada, carecendo de regulamentação para produzir todos os seus efeitos, mas tal fato não autoriza a conclusão que chegaram as autoras nominadas. Esqueceram-se que a obrigatoriedade de prévio sucesso em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, não está prevista no inciso IX, mas no inciso II, do artigo 37, da Carta Magna[942], o qual, na parte que prevê tal regra é norma constitucional de eficácia plena[943]. Então, este pressuposto para investidura nos postos do serviço público, em qualquer cargo ou emprego que seja, não está a depender de regulamentação infra-constitucional. O inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal[944], depende de regulação infra-constitucional para disciplinar as hipóteses de *contratação por prazo determinado*, definindo as necessidades temporárias de excepcional interesse público, mas não para impor a obrigação de prévia aprovação em concurso, como requisito da *contratação por prazo determinado*, pois, como dito, essa condição é prevista no inciso II, e não no inciso IX, do artigo 37, da Lei Maior.

---

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

939 - Constituição de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"*

940 - CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal nas Empresas Pública*, p. 40.

941 - Citado em nota logo acima.

942 - Transcrito em nota anterior.

943 - Como visto no item 46.1.

944 - Copiado em nota logo acima.

Então, tendo em consideração a hermenêutica constitucional, não há como dizer que a *contratação por prazo determinado*, prevista no inciso IX, do artigo 37, da Constituição da República[945], é uma exceção à norma da imprescindibilidade de êxito em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público.

Alegar que no caso da *contratação por prazo determinado* se está diante de situações de investiduras provisórias, movidas por circunstâncias excepcionais, imprevistas e emergenciais, que devem ser socorridas de imediato, cuja natureza não se compatibiliza com as delongas de um concurso público[946], com o devido respeito, não serve para afastar a exigência de anterior aprovação nesse certame, para essa modalidade de investidura nos postos do serviço público. A uma, porque se trata de argumentação exclusivamente de ordem prática, divorciada de qualquer sustentação jurídica, e, como observam Cristina Del Pilar Busquets e Maria Beatriz Prata, o direito não pode curvar-se a meras conveniências práticas, sem consistência jurídica[947]. A duas, porque dizer que a *contratação por prazo determinado* não se compatibiliza com as delongas do concurso público é pura presunção, é avaliação subjetiva, sem embasamento seguro, até porque há muitas situações de *contratação por prazo determinado* que podem ser previstas com bastante antecedência, razão pela qual não há uma incompatibilidade de raiz entre a *contratação por prazo determinado* e o concurso público. A três, porque para situações de calamidade pública o ordenamento jurídico possibilita ao Estado outros

---

945 - Citado em nota acima.

946 - Opinião de: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 161, nota 7, e 165 e 173, bem como em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 60-61 e 64. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 358 e 365.

947 - CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal nas Empresas Pública*, p. 40: *"Sem razão pois, os que procuram informar a ótica jurídica mediante critérios eminentemente de eficiência tendo em vista apenas a perspectiva pragmática que extrema de uma visualização da unidade orgânica, posto que o aplicador do Direito não pode dissociar a realidade fática da realidade normativa pelo conteúdo ético que traduz. Vale dizer, a Lei Maior, ontologicamente considerada, não pode ser maculada nem se converter em instrumentos pragmáticos e utilitaristas a serviço dos detentores temporários do poder político, ou seja, a permanência ou substancialidade não pode ficar adstrita a esta transitoriedade fugaz."* (grifou-se)

meios de solução, como a requisição de serviços[948] e a contratação de prestação de serviços, não sendo necessário recorrer-se a *contratação de pessoal por prazo determinado* sem prévia aprovação do contratado em concurso público.

Destarte, **como não há base jurídica a sustentar que a *contratação por prazo determinado* constitui exceção à norma da necessidade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, o êxito nesse certame competitivo é condição indispensável para que alguém seja *contratado por prazo determinado***.

Então, a *contratação por prazo determinado* sem que a pessoa contratada tenha sido anteriormente aprovada em concurso público é um ato que violenta a regra constitucional da necessidade de sucesso em concurso, como pressuposto de investidura de servidores públicos. E, como o concurso público é meio de concretização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[949], a violação dessa regra constitucional atenta contra esses princípios, bem como contra o princípio da legalidade[950], pelos mesmos motivos expostos nos itens 44 e 46.1.

Como há ofensa à regra constitucional da necessidade de prévio êxito em concurso, como requisito de ingresso de servidores públicos, bem como violação à princípios da Administração Pública, inclusive pelo comando previsto no § 2º, do artigo 37, da Carta Magna[951], a *contratação por prazo determinado*, feita sem que o contratado tenha sido anteriormente aprovado em concurso, é ato nulo[952].

---

948 - Sobre possibilidade de requisição de serviços: HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed. p. 576-578. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 554-555. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 112.

949 - Itens 13 e 43.

950 - Sobre esses princípios, itens 29 a 33, 36 e 37.

951 - 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."*

952 - Sobre nulidade dos atos de investidura de servidores públicos efetivados com violação da ordem jurídica, item 25. Especificamente sobre a nulidade dos atos que ofendem a norma de necessidade de prévio êxito em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, item 44.

Como está contaminado de nulidade, prevista na Constituição Federal, a *contratação por prazo determinado* realizada sem a prévia aprovação do contrato em concurso, é ato deve ser desfeito com efeitos *ex tunc*. Assim, não pode gerar conseqüências lícitas, preservando-se apenas alguns direitos de terceiros de boa-fé. Portanto, os gastos que a Administração Pública tiver em decorrência desse ato ilícito, inclusive a remuneração das pessoas contratadas, constituem dano ao patrimônio público, não devendo ser suportados pelo erário, mas por quem deu causa ao vício, de modo que se impõe o ressarcimento de danos[953].

Tratando-se de violação à norma constitucional que estabelece a obrigatoriedade de precedente sucesso em concurso, como condição de investidura de nos postos do serviço público, a *contratação por prazo determinado para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público* levada a efeito sem que a pessoa contratada tenha tido prévio êxito em concurso público enseja, em tese, a punição do responsável, nos termos vistos no item 44.

47.2. Tal qual a parte final do inciso II, do artigo 37, da Constituição da República[954], a regra prevista no inciso IX, do mesmo artigo[955], é norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo[956], razão pela qual **a *contratação por prazo determinado* somente pode ocorrer licitamente depois de editada a legislação infra-constitucional local pedida pelo mencionado inciso IX**[957].

---

953 - Sobre o assunto, item 26.

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

955 - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"*

956 - Item 46.1.

957 - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 104. ALVACIR CORREA DOS SANTOS, *Contratação Temporária na Administração Pública*, p. 51-52.

A exigência de lei integradora, para que se possa contratar alguém por *prazo determinado*, deflui do próprio preceito constitucional. De fato, reza o inciso IX, do artigo 37, da Lei Maior *"a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público."* (grifou-se). Ora, como já ressaltado[958], José Afonso da Silva refere-se às normas de eficácia limitada de princípio institutivo como aquelas que indicam uma legislação futura que venha a lhes conferir efetiva aplicação, pois em tais hipóteses a Constituição limita-se a traçar esquemas gerais sobre determinado instituto, deixando sua estruturação definitiva à cargo da legislação infra-constitucional[959]. É precisamente o que ocorre com o inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna[960]. Nota-se que, em tal dispositivo a Constituição Federal reconheceu a necessidade de disciplinar a *contratação por prazo determinado*, mas, por razões de ordem lógica e prática, deixou a incumbência a cargo da lei ordinária, indicando uma lei futura que venha completar-lhe o regramento, estabelecendo, dentre outras normas, os casos de *necessidades temporárias de excepcional interesse público*, que ensejarão a *contratação por prazo determinado*, estruturando o instituto de forma definitiva.

Por isso, discorda-se de Ivan Barbosa Rigolin quando diz que esta regra é a um só tempo norma constitucional de eficácia contida e plena[961]. Diz o citado autor que é de eficácia contida na parte que pede legislação integradora[962]. Há, porém, equívoco neste raciocínio. Segundo José Afonso da Silva, são normas constitucionais de eficácia contida *"aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados"*[963]

---

[958] - Item 46.1.

[959] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 123, 125 e 126.

[960] - Escrito em nota logo acima.

[961] - Também discordando do entendimento de Ivan Barbosa Rigolin, e considerando a norma prevista no inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna, como norma de eficácia limitada: ALVACIR CORREA DOS SANTOS, *Contratação Temporária na Administração Pública*, p. 51.

[962] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 94.

[963] - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 116.

(grifou-se). Nota-se, então, que a diferença entre normas constitucionais de eficácia contida e de eficácia limitada reside no ponto em que, enquanto nas de eficácia limitada a Constituição pede a interferência do legislador para completar-lhes o sentido, dando plena aplicabilidade à norma, nas de eficácia contida, ao contrário, a Constituição regulou suficientemente a matéria, mas permite que sua aplicabilidade seja restringida pela lei ou por conceitos jurídicos. Ou seja, enquanto nas normas de eficácia limitada a legislação futura visa ampliar sua aplicação, munindo-a de todos os elementos para que tenha plena aplicabilidade, nas de eficácia contida a legislação futura visa restringir o seu alcance. Destarte, não há como considerar o inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna[964], como norma de eficácia plena ou de eficácia contida, pois ela não tem os elementos para, por si só, produzir todos os seus efeitos, necessita da legislação infra-constitucional para, definindo casos de *contratação por prazo determinado*, permitir a investidura nestes postos do serviço público. Assim, vê-se que a lei pedida pelo inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal não visa restringir o alcance do preceito, mas completar-lhe o sentido, pois não tenciona reduzir a possibilidade dos *casos de contratação por prazo determinado*, mas definir as hipóteses em que isto será possível, de modo que se está diante de norma constitucional de eficácia limitada.

Como observado[965] por José Afonso da Silva as normas de eficácia limitada não produzem todos os seus efeitos com a entrada em vigor da Constituição, carecendo, para tanto, de um ato infra-constitucional que lhes complete a eficácia[966]. Portanto, mais uma vez, percebe-se o equívoco de Ivan Barbosa Rigolin em considerar a regra prevista no inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal[967], como norma de eficácia plena e contida. Veja-se que o referido autor, contradizendo-se, afirma que as *contratações por prazo determinado* somente podem ocorrer nas hipóteses previstas em lei local, se existente[968]. Ora,

---

964 - Citado em nota anterior.

965 - Item 46.1.

966 - JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 82-83.

967 - Citado em nota anterior.

968 - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 102.

fosse a norma prevista no inciso IX, do artigo 37, da Lei Maior[969], de eficácia plena e/ou contida poderia haver a *contratação por prazo determinado* independentemente da lei ali citada, pois o dispositivo constitucional teria aplicabilidade imediata. Se a lei é indispensável para ser possível a *contratação por prazo determinado* é porque tal preceito é de eficácia limitada, pois apenas as normas de eficácia limitada necessitam da legislação infra-constitucional para ter aplicabilidade imediata.

Assim, conclui-se que o dispositivo previsto no inciso IX, do artigo 37, da Constituição da República[970], é norma constitucional de eficácia limitada, e, portanto, tem aplicabilidade mediata e indireta, não produzindo todos os seus efeitos senão após a edição da legislação integradora solicitada. Até porque, antes de tal lei não se sabe quais são as hipóteses de *contratação por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público*, uma vez que só será caso de *necessidade temporária de excepcional interesse público* aquele que assim estiver previsto em lei.

Portanto, também não se pode concordar com Celso Antônio Bandeira de Mello, quando entende possível a *contratação por prazo determinado* na ausência de legislação integradora do inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna[971]. Ao admitir a *contratação por prazo determinado* na ausência da lei integradora do inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal[972], Celso Antônio Bandeira de Mello não considerou a natureza desta norma constitucional quanto a sua eficácia e aplicabilidade, não levou em conta, como demonstrado, que se trata de uma norma constitucional de eficácia limitada, a qual só pode produzir todos os seus efeitos após a edição da lei requerida para completar sua normatividade.

Mais consentânea a opinião de Celso Ribeiro Bastos:

---

969 - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"*

970 - Grafado em nota acima.

971 - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 63-64.

972 - Citado notas acima.

" *Trata-se de norma tipicamente de eficácia limitada, na classificação de José Afonso da Silva, complementável na de Carlos Ayres Brito e mesmo na nossa, expendida em* Interpretação e aplicação das normas constitucionais, *Saraiva, 1982. Assim sendo, só a superveniência da norma integradora pode conferir-lhe plena eficácia. O permitir que a Administração atue livremente na espécie é postergar a exigência constitucional de que seja a lei a traçar essas hipóteses excepcionadoras.*

Nem se diga que o preceito já os traga embutidos. Ora, se fora assim, necessidade alguma haveria da lei. Nem hoje, nem no futuro. A sua ausência torna o inciso inoperante, mesmo porque, se inércia legislativa houver, muito provavelmente ela será da responsabilidade própria do Executivo a quem cabe propor leis sobre o assunto, requerendo, inclusive, que a sua tramitação se dê pelo prazo privilegiado do Chefe do Executivo." [973]

Tal qual a lei pedida na parte final do inciso II, do artigo 37, da Carta Magna, e pelos mesmos motivos lá expostos[974], a lei requerida pelo inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal[975], não é nacional, mas local, de cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)[976].

---

[973] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 104. No mesmo sentido: ALVACIR CORREA DOS SANTOS, *Contratação Temporária na Administração Pública*, p. 51-52.

[974] - Item 46.1.

[975] - Dispositivos constitucionais transcritos em notas acima.

[976] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 61, bem como *Curso de direito administrativo*, p. 165. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 42 e 125. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 72. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 124. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 355. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 241. ALVACIR CORRÊA DOS SANTOS e LUIZ RENATO BIGARELLI, *Contratação por Prazo Determinado, art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, in*: Revista Gênesis 17, p. 467. ALVACIR CORREA DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 52-54. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 101.

Destarte, **somente poderá, juridicamente, haver *contratação por prazo determinado*, após a edição da lei local integradora do inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal**[977]**, definindo quais são os casos de *necessidade temporária de excepcional interesse público a serem atendidos pela contratação por prazo determinado* e suas condições**[978].

Contudo, tem sido comum a definição dos casos de *necessidade temporária de excepcional interesse público* por atos infra-legais, o que vem ocorrendo, basicamente, em duas hipóteses: a) na inexistência de lei disciplinando a matéria; b) pelo fato de que algumas leis, ao invés de estabelecerem os casos de *necessidade temporária de excepcional interesse público*, que permitiriam a *contratação por prazo determinado*, limitam-se a autorizar a *contratação por prazo determinado* nas situações a serem definidas pela própria Administração Pública.

A previsão dos casos de *necessidade temporária de excepcional interesse público* é ilícita, mesmo nas situações referidas, implicando na ilicitude de todas as *contratações por prazo determinado* realizadas com supedâneo em atos infra-legais desta natureza[979].

Como enfatizado, a Carta Magna, textualmente, dispõe que *"a lei estabelecerá os casos de contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público"* (grifou-se). Ora, se a Constituição Federal diz que é a *lei* que definirá os casos de *necessidade temporária de excepcional interesse público*, apenas lei em sentido formal e material é que pode dizer quais são esses casos, sendo vedado aos atos infra-legais usurpar esta competência legislativa, mesmo se o legislador autorizar, pois esta competência é

---

977 - Transcrito em nota anterior.

978 - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 97, 101 e 104. ALVACIR CORRÊA DOS SANTOS e LUIZ RENATO BIGARELLI, *Contratação por Prazo Determinado, art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988,* p. 464/480. ALVACIR CORREA DOS SANTOS, *Contratação Temporária na Administração Pública*, p. 50-52.

979 - A respeito do tema: MARISA TIEMANN, Procuradora do Ministério Público do Trabalho, em *Proposta nº 06/96,* aprovada pela CODIN-PRT, 9ª Região.

privativa da lei[980]. É que, como se sabe não pode haver invasão ou delegação de competências entre os Poderes, a menos que expressamente prevista no Texto Constitucional, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, inserto no artigo 2º da Constituição Federal[981]. Portanto, não se admite que um Poder abra mão, em favor de outro, das competências que recebe da Carta Magna. O Poder Legislativo somente pode delegar suas competências ao Poder Executivo nas situações disciplinadas no artigo 68 da Carta Magna[982], e, de acordo com a forma ali determinada. Ademais, não se pode esquecer que a Administração Pública está sujeita ao princípio da estrita legalidade[983], e que, em razão de tal princípio, o administrador público somente pode fazer o que a lei expressamente autoriza[984]. No ordenamento jurídico brasileiro os atos legislativos secundários, infra-legais, apenas podem ser expedidos para execução da lei ou para explicar a lei, nunca podem ir

---

980 - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 125-126. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 241.

981 - Constituição Federal de 1988: *"Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."*

982 - Constituição Federal de 1988: *"Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: ... § 2º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º. Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda."*

983 - Sobre esse princípio, item 33.

984 - A respeito: citação de HANS KELSEN, feita pelo Ministro BILAC PINTO no relatório do Recurso Extraordinário nº 79.102, publicado na RDA nº 128, p. 184. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed. p. 82. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 36, 37, 59-60 e 63. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 61. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 6. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31-32. MIGUEL REALE, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, p. 29. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 362. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 25-26 e 32. ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 288. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 153.

além da lei, não podem criar direito novo, anteriormente não previsto[985]. Por isso, o artigo 84, IV, da Constituição Federal[986], permite ao Presidente da República a expedição de atos administrativos infra-legais (como o decreto e o regulamento) apenas para execução da lei, não lhe facultando a edição de atos administrativo autônomos, que extrapolem o ordenamento jurídico vigente, criando situações novas, anteriormente não previstas. Então, não pode um ato administrativo definir quais são as hipóteses de *necessidade temporária de excepcional interesse público*, autorizadoras da *contratação por prazo determinado*, pois isto é criar direito novo e não mera explicitação ou especificação de direito existente.

Destarte, **os casos de *necessidade temporária de excepcional interesse público*, que autorizam a *contratação por prazo determinado*, bem como as condições que esta se dará, devem, necessariamente, ser definidos em lei formal, ato legislativo primário de nível imediatamente infra-constitucional[987], não podendo ser previstos em decretos, portarias, resoluções ou quaisquer atos infra-legais**.

Os atos infra-legais que, pretendendo integrar o inciso IX, do artigo 37, da Constituição da República[988], definam, por si sós, os casos de *necessidade temporária de excepcional interesse público*, que autorizam a *contratação por prazo determinado*, bem como disciplinem as condições desta, são inconstitucionais, de nenhuma valia, pois comando constitucional expresso e o princípio da legalidade[989].

---

985 - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 200. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 74-75.

986 - Constituição Federal de 1988: *"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: ... IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução."*

987 - MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 129, conceitua lei como sendo o *"ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional"*

988 - Transcrito acima.

989 - MARISA TIEMANN, *Proposta nº 06/96,* aprovada pela CODIN-PRT, 9ª Região.

Destarte, são ilícitas e nulas as *contratações por prazo determinado* feitas na ausência de lei local integradora do inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal, definindo quais são os casos de *necessidade temporária de excepcional interesse público*, que autorizam a *contratação por prazo determinado*, mesmo que essa definição exista em ato infra-legal.

Se a *contratação por prazo determinado* for efetivada sem prévia aprovação em concurso público da pessoa contratada haverá ofensa à norma que impõe a obrigatoriedade de sucesso nesse certame, como requisito de investidura no serviço público, e as conseqüências para tal hipótese serão as mencionadas no item anterior, independentemente de haver, ou não, lei local regulando a matéria, como já foi apontado no item anterior.

Neste item interessa analisar o caso em que a *contratação por prazo determinado* efetiva-se sem que a definição das hipóteses de *necessidade temporária de excepcional interesse público*, que podem dar ensejo a esta modalidade de investidura de servidores públicos, esteja expressa em lei local, independentemente da questão do concurso público.

Como comentado no item 42, as conseqüências estarão na dependência da boa ou má-fé.

As pessoas que, de boa-fé, prestaram concurso público, foram aprovadas, e, em razão dessa aprovação foram *contratadas por prazo determinado*, tem direito de ser indenizadas pelos serviços prestado, nos moldes do já citado artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93[990].

---

[990] - Lei nº 8.666/93: *"Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa."*

Mas, quais as conseqüências para a pessoa responsável pela *contratação por prazo determinado* sem a definição dos casos de *excepcional interesse público* em lei local? Se não agiu de má-fé, mas laborou em culpa, terá obrigação de restituir os prejuízos que sua conduta causar à Administração Pública, como, por exemplo, gastos com a realização de novo concurso público e pagamento de eventuais indenizações aos prejudicados. Se agiu de má-fé, além de suportar o ressarcimento dos danos eventualmente sofridos pela Administração Pública porventura sofrer, estará sujeita a punições na órbita administrativa, criminal, por improbidade e política.

Se a autoridade responsável for Prefeito Municipal, estará, em tese, caracterizado o crime tipificado no inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67[991], pois a *contratação por prazo determinado* violou o ordenamento jurídico, uma vez que, como exposto, não é permitida tal modalidade de investidura nos postos do serviço público sem que a lei local tenha definido as hipóteses de *necessidade temporária de excepcional interesse público*, que autorizam a *contratação por prazo determinado*[992].

Como houve violação ao princípio da legalidade, estará caracterizado, em tese, o ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública[993] e, se houver dano econômico, o ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário[994].

---

991 - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: ... XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei."*

992 - Em relação a este crime, item 27.2.

993 - Lei nº 8.429/92: *"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: "*

994 - Lei nº 8.429/92: *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:"*

Sendo a autoridade responsável Prefeito Municipal configurar-se-á, em tese, o *crime de responsabilidade* previsto no artigo 4º, VII, do Decreto-lei nº 201/67[995], uma vez que este agente público terá praticado ato de sua competência contra expressa disposição de lei[996].

Ainda na mesma situação, toda vez que a autoridade responsável for um Vereador, inclusive o Presidente da Câmara Municipal, caracterizar-se-á, em tese, os *crimes de responsabilidade* previstos nos incisos I e III, do artigo 7º do Decreto-lei nº 201/67[997], pois o Edil em tela terá utilizado o mandato para prática de atos de improbidade administrativa, bem como terá procedido de modo incompatível com a dignidade da Câmara Municipal e faltado com o decoro em sua conduta pública[998].

47.3. Então, como ficou patenteado, o administrador público não é livre para, em qualquer situação, fazer *contratações por prazo determinado*. Deve, necessariamente, submeter-se a alguns ***requisitos ditados pela lei local***, pois somente esse ato normativo primário é que definirá quais são as hipóteses quais as situações de *necessidade temporária de excepcional interesse público* e quais as condições que poderá ocorrer a *contratação por prazo determinado*.

Por sua vez, a lei também não é livre para estabelecer qualquer hipótese como passível de *contratação por prazo determinado*, bem como não é livre para prever quaisquer condições para tal contratação. Deve obedecer às balizas traçadas pela Constituição Federal, pois somente assim será válida e eficaz.

---

995 - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 4º. São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas a julgamento pela Câmara dos Vereadores com a cassação do mandato: ... VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;"*

996 - Em relação a este crime de responsabilidade, item 27.4.

997 - Decreto-lei nº 201/00: *"Art. 7º. A Câmara poderá cassar o mandato de Vereador, quando: I - Utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa. II - ... III - Proceder de modo incompatível com a dignidade da Câmara ou faltar com o decoro na sua conduta pública."*

998 - Acerca deste crime de responsabilidade, item 27.4.

Nos regimes anteriores à Constituição Federal de 1988 já existia *contratação temporária*. O instituto era utilizado para funções menos complexas, para funções técnicas e para substituições de titulares de cargos efetivos, sendo os contratados temporários denominados de extranumerários e interinos[999].

A Constituição Federal de 1988 mudou o perfil da *contratação por prazo determinado*. Agora, ela pode ser utilizada para qualquer função pública, mas apenas visando atender uma *necessidade temporária de excepcional interesse público*. Assim, percebe-se que não é mais a natureza da função que autoriza a *contratação por prazo determinado*, sim a *temporariedade da necessidade* a ser atendida e a *excepcionalidade do interesse público* desta necessidade temporária.

Então, para respeitar as balizas traçadas pela Constituição da República, **a lei somente poderá prever a *contratação por prazo determinado* mediante os seguintes requisitos: a) a contratação deve *ser por prazo determinado,* ou seja, *certo, definido*; b) a *necessidade* a ser atendida deve ser *temporária*, ou isto é, sazonal, que existe em certo tempo depois desaparece; c) a *necessidade temporária* deve ser de *interesse público excepcional*, ou seja, realmente importante, imprescindível**[1000].

Prazo determinado significa prazo certo, onde é precisada com exatidão a data de sua vigência, com perfeita indicação do dia do início e do dia do fim do contrato, não sendo possível a *contratação por prazo determinado* sem fixação prazo certo ou com prazo indeterminado[1001]. Por isso, Sérgio Luiz Barbosa Neves apontou que *"o contrato a ser firmado entre o particular e o Poder Público terá necessariamente que estar sujeito a um termo final*", e que, *"como a prévia*

---

[999] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 355.

[1000] - Ver: JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, vol. IV, p. 2203. ALVACIR CORRÊA DOS SANTOS e LUIZ RENATO BIGARELLI, *Contratação por Prazo determinado, art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988,* p. 464/480.

[1001] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 63. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 242-243. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 101.

determinação do prazo é exigência decorrente da Constituição da República, o contrato que porventura vier a ser celebrado sem uma cláusula que estipule a data do seu término será inexoravelmente nulo"[1002].

Assim, discorda-se da posição isolada de Telmo Candiota, para quem *"as leis estaduais e municipais, ao regularem o prazo da contratação temporária, preverão hipóteses de termo final incerto"*[1003]. Argumenta, este autor, que a *necessidade temporária* não se coaduna com a previsão de tempo exato, pois não se pode medir quanto ela pode durar, e, que a *contratação por prazo determinado* nunca poderia ser aquém ou além do tempo da *necessidade temporária*. Ora, não se pode esquecer que no inciso IX, do artigo 37[1004], da Constituição Federal, menciona que para atender *necessidade temporária de excepcional interesse público*, a lei estabelecerá os casos de *contratação por prazo determinado*. E, como todas as palavras insertas no texto constitucional têm algum efeito a produzir, não havendo na Lei Maior expressões inúteis ou supérfluas, devendo ser-lhes atribuído o sentido que mais efetividade confira ao dispositivo constitucional[1005], a expressão *prazo determinado* tem de produzir algum efeito, não é inútil. Então, *prazo determinado* só pode significar prazo certo, jamais prazo incerto. Por óbvio, avença sem fixação de seus termos inicial e final não será um *contrato por prazo determinado*, mas um contrato por prazo indeterminado.

[1002] - SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES, *apud* TELMO CANDIOTA, *O Servidor Público - Contratação Temporária (regime jurídico previsto no art. 37, IX, da CF)*, p. 170.

[1003] - TELMO CANDIOTA, *O Servidor Público - Contratação Temporária (regime jurídico previsto no art. 37, IX, da CF)*, p. 171.

[1004] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *" Art. 37. ... IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"*

[1005] - Sobre o princípio da máxima efetividade: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130 e 235, inclusive nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100. Sobre a lei não conter palavras inúteis ou supérfluas, também CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

Ademais, o argumento de Telmo Candiota, além de ser exclusivamente de ordem prática, sem base jurídica, é facilmente contornável. Se a *necessidade temporária* persistir, faz-se nova *contratação por prazo determinado*[1006].

Então, fica certo que não se admite *contratação por prazo determinado* sem a fixação exata dos dias do início e do fim do contrato. Muito menos na absurda hipótese em que se pretendia fossem por prazo determinado, contratos com cláusula apontando que terminado o prazo fixado na avença: *"... o contrato prorroga-se por prazo indeterminado"*, pois aí haveria contrato por prazo indeterminado com período de experiência e não contrato por prazo determinado.

Destarte, para obedecer a determinação constitucional a contratação ancorada no inciso IX, do artigo 37[1007], da Constituição Federal, deve ter prazo certo, definido, tem, necessariamente, de prever o dia de seu início e de seu final. O tempo da *contratação por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público*, tem de ser definido em limite razoável de duração, o estritamente requerido para o atendimento da necessidade temporária, pois embora a Constituição Federal não limite a vigência deste tipo de contratação, não se pode admitir *contratos por prazo determinado* com duração por demais prolongada, além do requerido para o suprir a necessidade temporária, pois aí estaria desnaturada a *temporariedade* da necessidade, característica deste tipo de contratação[1008].

[1006] - Com observado por CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, Admissão de Pessoal nas Empresas Pública, p. 40, "... a Lei Maior, ontologicamente considerada, não pode ser maculada nem se converter em instrumentos pragmáticos e utilitaristas a serviço dos detentores temporários do poder político, ou seja, a permanência ou substancialidade não pode ficar adstrita a esta transitoriedade fugaz."

[1007] - Escrito em nota logo acima.

[1008] - A propósito, ver ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 126. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 63. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O servidor Público na Constituição de 1988*, p. 125 e 127. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 101.

A *Necessidade temporária*, autorizadora da *contratação por prazo determinado*, prevista no inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal[1009], é aquela *passageira*, *sazonal*, que se verifica em certo momento e depois desaparece, que não existe sempre, mas apenas durante algum período de tempo relativamente curto[1010].

Pode ocorrer que a função seja permanente, mas que exista a necessidade de uma *contratação temporária* para suprir uma *lacuna transitória*, em razão de vacância ou afastamento do titular do cargo ou emprego, pois isto não desnatura *temporariedade* da necessidade[1011]. O que não pode ocorrer é a contratação por prazo determinado para suprir uma necessidade permanente, que sempre existe.

Porém, em completa violação ao comando constitucional, tem sido comum a utilização de *contratação por prazo determinado* para atender necessidades permanentes da Administração Pública. Algumas vezes sob as justificativas de que seriam para suprir deficiência dos quadros de pessoal e para realização de atividades cuja complexidade seria muito elevada ou muito baixa.

Ora, se o serviço público precisar de servidor por estar com número deficiente ou com acúmulo de serviço a necessidade não será *temporária*, pois não irá desaparecer sem uma ação da própria Administração Pública, existirá até que se efetivem servidores em número suficiente. Então, se não existe *provisoriedade da necessidade*, não é a *contratação por prazo determinado* o meio jurídico adequado para suprir esta necessidade, pois a mesma não é *passageira*[1012]. Nesta hipótese, apenas a investidura de servidores *permanentes*, feita pelos caminhos constitucionais e legais, será o meio correto de prover a necessidade do serviço público, completando-se ou ampliando-se o quadro de servidores.

[1009] - Escrito em nota logo acima.

[1010] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 241 e 242. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 165.

[1011] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *op. cit.*, p. 242.

[1012] - MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 249.

A *complexidade do serviço*, seja ela imensa ou ínfima, também não caracteriza, nem autoriza, a *contratação por prazo determinado*, pois o Estado pode precisar *permanentemente* - e efetivamente precisa - de servidores tanto para desempenhar funções de elevada, quanto de baixa, complexidade. Contudo, sob este pretexto, tem sido comum, por exemplo, a *contratação por prazo determinado* de varredores de rua para manter as cidades limpas. Entretanto, isso é completamente irregular, pois a necessidade dos serviços de varrição de ruas não é *temporária*, é *permanente*, uma vez não é sazonal, pois *sempre existe*.

O *interesse público* é característica de qualquer ato administrativo. Todo ato administrativo destituído de interesse público será nulo, pois eivado de desvio de finalidade[1013]. No caso da *contratação por prazo determinado*, além do requisito do interesse público, comum a todos os atos administrativos, a Constituição da República agregou mais uma qualidade a este interesse público: *que ele seja excepcional*. Então, o interesse público que caracteriza, e autoriza, a *contratação por prazo determinado* é um *interesse público* diverso do interesse público comum. Do contrário não haveria necessidade da expressão *excepcional*, grafada no inciso IX, da artigo 37, da Constituição Federal[1014]. E, como já foi enfatizado, a Constituição não contém palavras inúteis, supérfluas, sem efeito jurídico a produzir[1015], razão pela qual a palavra *excepcional* deve produzir efeitos jurídicos, de modo que, o interesse público que caracteriza, e autoriza, a *contratação por prazo determinado* não é um interesse público comum.

[1013] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 276. Sobre nulidade dos atos de investidura de servidores públicos, item 25.

[1014] - Escrito em nota logo acima.

[1015] - Sobre o princípio da máxima efetividade: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130 e 235, inclusive nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100. Sobre a lei não conter palavras inúteis ou supérfluas, também CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

Mas, o que é um *excepcional interesse público*? na tradução cotidiana[1016], *excepcional* tanto pode ser aquilo que foge do comum, que é atípico, como aquilo que é muito importante, que é relevante. No caso do *excepcional interesse público* caracterizador da *contratação por determinado*, em qual destes sentidos a Constituição Federal teria usado o termo *excepcional*?[1017] Cármen Lúcia Antunes Rocha parece adotar, alternativamente, os dois significados, entende possível a *contratação por prazo determinado* tanto para uma *situação temporária importante*, quanto para uma *situação temporária inédita*, fora do comum, mas não chega a sustentar o porque ambas as situações poderiam ser contempladas[1018]. Celso Antônio Bandeira de Mello, embora veja perigos e possibilidade de burlas, entende que a expressão *excepcional* foi utilizada na Constituição da República no sentido de *inédita*, fora do comum, justificando tal posicionamento por razões de ordem prática da Administração Pública, que não poderia ficar sem esta possibilidade diante de situações emergenciais[1019]. Todavia, essas interpretações não podem ser aceitas, uma vez que resultam apenas de meras conveniências práticas da Administração Pública, sem um alicerce jurídico sólido[1020].

Então, deve-se recorrer a critérios científicos para desvendar o sentido com que foi utilizado o termo *excepcional*.

[1016] - Pelos caracteres de inicialidade e supremacia das normas constitucionais, os termos insertos na Carta Magna devem ser tomados em sentido comum, a menos que resulte claro que a Constituição desejou referir-se a termo técnico. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 103-105. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1106. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 127-128.

[1017] - Esta dúvida, também é lançada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 61.

[1018] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 244.

[1019] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 62.

[1020] - Com observado por CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, Admissão de Pessoal nas Empresas Pública, p. 40, "... a Lei Maior, ontologicamente considerada, não pode ser maculada nem se converter em instrumentos pragmáticos e utilitaristas a serviço dos detentores temporários do poder político, ou seja, a permanência ou substancialidade não pode ficar adstrita a esta transitoriedade fugaz."

O vocábulo *excepcional* previsto no inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna[1021], foi usado no sentido de importante. É que, se a Constituição não contém palavras inúteis, tendo todos os termos constantes de seu texto algum efeito a produzir, devendo ser interpretadas de acordo com o sentido que mais efetividade confira ao dispositivo constitucional[1022], o termo *excepcional* deve produzir alguma conseqüência jurídica. Ora, se o termo *excepcional* for entendido no sentido de incomum não haveria necessidade de ser incluído na Carta Magna, pois esta peculiaridade do interesse público já está abrangida pela expressão *necessidade temporária*. De fato, se a *contratação por prazo determinado* visa atender *necessidade temporária* é porque não objetiva atender uma necessidade que sempre ocorre, comum, usual e, via de conseqüência, permanente. Nesse sentido a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, observando que *"o art. 37, IX, da Constituição, que serviu de fundamento para esse dispositivo, teve em vista o atendimento de situações que, por serem temporárias, apresentam caráter de exceção em relação a serviços permanentes a cargo da Administração Pública"*[1023].

O próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, apesar de sua opinião contrária, admite que sua interpretação, dentre as duas possíveis, não é a que melhor se adapta a redação do preceito constitucional. Todavia, apesar de admitir que sua interpretação não é a melhor, a defende por dois motivos: a) porque interpretação contrária levaria o preceito a inutilidade, pois mesmo sem ele caberia a contratação direta para enfrentar necessidades extremas; b) porque a interpretação mais lógica conduziria a absurdo, e é princípio de hermenêutica jurídica que a interpretação não pode levar a absurdo, ineficácia ou inconveniência[1024].

[1021] - Transcrito em nota anterior.

[1022] - Sobre o princípio da máxima efetividade: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 130 e 235, inclusive nota 230. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99-100. Sobre a lei não conter palavras inúteis ou supérfluas, também CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 110.

[1023] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Contratação de Professores Estrangeiros Perante a Constituição Federal de 1988*, *in* RDP 97, p. 78.

[1024] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 64-65.

Contudo, estes argumentos não se sustentam. O primeiro porque, como visto no item anterior, a norma constitucional exige lei local disciplinando as hipóteses e condições da contratação por prazo determinado para, aí sim, ela ser possível, de modo que não é juridicamente admissível a *contratação por prazo determinado* na ausência de lei local regulamentando as hipóteses de *necessidade temporária de excepcional interesse público* e as condições da *contratação por prazo determinado*. Ademais, como também já foi consignado, o ordenamento jurídico possibilita outras soluções para o enfrentamento de necessidades emergenciais por parte do Estado, como a requisição de serviços e a contratação de prestação de serviços. Destarte, com qualquer interpretação que se dê para o termo *excepcional*, constante do inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna[1025], dito preceito não é inútil, a *contratação por prazo determinado* não seria permitida diante de qualquer situação inusitada. O segundo é derrubado pelo próprio Celso Antônio Bandeira de Mello que, em outra passagem, admite que sua interpretação pode conduzir ao fato do próprio administrador público criar a situação *excepcional*, bastando que não realize concurso público e assim crie a *necessidade excepcional*[1026]. Ora, como se percebe pelo argumento do próprio autor, a interpretação que conduz a absurdo e inconveniência é a que ele propugna, pois é a que permite a manipulação da Constituição Federal e não a interpretação oposta, que veda a distorção da Carta Magna e, como dito pelo próprio doutrinador, não se admite interpretação que conduza a absurdo ou inconveniência[1027].

Então, o *excepcional interesse público*, caracterizador da *necessidade temporária* que autoriza a *contratação por prazo determinado*, é um *interesse público importante*, diverso do interesse público comum, um interesse público vital, que a Administração Pública não possa dele prescindir sob pena de sacrificar um interesse de grande relevância[1028].

[1025] - Citado notas acima.

[1026] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 62.

[1027] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

[1028] - Considerando o interesse público excepcional, mencionado no artigo 37, IX, da Carta Magna, como um interesse público importante: ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 124.

Destarte, é ilícita a *contratação por prazo determinado* para atender situações de interesse público comum, para atender necessidades corriqueiras e normais da Administração Pública, como, por exemplo, a sua rotina burocrática e funções de mero expediente, como auxiliares administrativos.

Outra situação que deve ser analisada é a criação da *necessidade temporária de excepcional interesse público* pela própria Administração Pública, pois, como observado por Marisa Tiemann:

> " *A Circunstância de excepcional interesse público, por igual, não pode ser decorrência de inércia administrativa, não se justificando pois, nas hipóteses em que a própria administração pública omite-se em prover os seus quadros efetivos com pessoal regularmente admitido mediante concursos públicos, realizados com a habitualidade necessária a não permitir o decréscimo dos serviços e o esvaziamento dos quadros abaixo do indispensável a prestação de serviços públicos essenciais à comunidade."*[1029]

É que, se assim fosse estaria aberta a porta para que o administrador público, não desejando a investidura de servidores *efetivos*, viesse a contratar apenas servidores *temporários*.

A inércia da Administração Pública pode ser verificada não apenas pela ausência de nomeação de aprovados em concurso público, como também pela demissão em massa, muitas vezes injusta, de servidores *adversários*.

Porém, o importante é definir que também não se caracteriza a *necessidade temporária de excepcional interesse público*, autorizadora da *contratação por prazo determinado*, quando a situação é causada por conduta da própria Administração Pública.

[1029] - MARISA TIEMANN, *Proposta nº 06/96,* aprovada pela CODIN-PRT, 9ª Região.

Concluindo, define-se que **é ilícita a *contratação por prazo determinado* que não obedecer as hipóteses e condições previstas na lei local integradora do inciso IX, do artigo 37, da Constituição da República[1030], que não fixe prazo certo para o início e término da avença, que tenha como fundamento necessidade que não seja temporária ou que não tenha como alicerce um interesse público realmente importante, imprescindível para setores vitais da Administração Pública**.

Como especificado no item anterior, se a *contratação por prazo determinado para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público* for levada a efeito sem anterior aprovação em concurso público da pessoa contratada haverá ofensa à norma que impõe a obrigatoriedade de sucesso em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, e as conseqüências para esta hipótese ilícita serão as mesmas mencionadas no item 46.1.

Neste item a preocupação é com o caso em que a *contratação por prazo determinado* efetiva-se sem a observância de seus pressupostos autorizadores, como também a hipótese em que há violação dos requisitos previstos na lei local para efetivação deste tipo de investidura nos postos do serviço público, independentemente da questão do concurso público.

Em princípio, as conseqüências para tal ato de investidura de servidores públicos, praticada em desconformidade com o ordenamento jurídico, serão as mesmas narradas no item anterior.

Outra situação que pode ocorrer é a própria lei local prever como hipóteses de *contratação por prazo determinado* situações que não obedeçam os requisitos constitucionais autorizadores da *contratação por prazo determinado.*

Em tal hipótese, é claro que, havendo uma contrariedade com a Carta Magna, a lei local que assim disciplinar padecerá do vício de inconstitucionalidade.

[1030] - Citado notas acima.

Quanto à nulidade das *contratações por prazo determinado*, a situação será a mesma descrita no item anterior.

Do mesmo modo que a situação comentada no item 46.4., somente uma avaliação do caso concreto, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é que definirá a possibilidade de ressarcimento de danos e punição da autoridade responsável[1031], pois deve-se lembrar que, apesar de praticadas com ofensa à Constituição Federal, as *contratações por prazo determinado* tiveram alicerce em lei, obedeceram ao princípio da legalidade[1032].

Apesar da dificuldade, algumas premissas podem ser cogitadas em abstrato. Se não for comprovado que a lei decorreu de má-fé não haverá como impor o ressarcimento dos danos e a punição da autoridade responsável, pelos mesmos motivos referidos no item 46.4. Porém, se comprovada a má-fé na elaboração da lei será o caso ressarcimento dos danos que a Administração Pública porventura sofrer, bem como de punição da autoridade responsável pelo ato de investidura. Nessa hipótese, a conduta do responsável caracterizará, em tese, ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública e, se houver dano econômico, ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, como também configurará, em tese, crime de responsabilidade[1033]. Ainda no caso de má-fé, sendo a autoridade responsável Prefeito Municipal estará, em tese, tipificado o crime tipificado no inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67[1034], pois haverá admissão de servidor público contra expressa disposição de lei.

[1031] - Sobre a necessidade da análise do caso concreto, itens 24 e 25. Sobre conseqüências dos atos de investidura realizados com desrespeito ao ordenamento jurídico, item 24. Acerca dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, item 35.

[1032] - Acerca do princípio da legalidade, item 33.

[1033] - Sobre ressarcimento de danos, improbidade administrativa e crimes de responsabilidade, itens 26, 27.3. e 27.4.

[1034] - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: ... XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei."*

48. Os servidores só podem ingressar nos postos do serviço público ***se houver vacância de cargo ou emprego público antecipadamente previsto em lei***.

48.1. Como já observado, o ingresso no serviço público possui regras diferentes do setor privado[1035]. A investidura dos servidores públicos é regulada por um conjunto de normas constitucionais e legais, que fazem parte de um regime jurídico administrativo, o qual deve observar os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência, economicidade, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público[1036].

Dentre os princípios informadores do regime jurídico administrativo, que o apartam do direito privado, está ***o princípio legalidade***[1037], que no Estado de Direito constitui um dos pilares de sustentação do direito público[1038].

Conforme visto, pelo princípio da estrita legalidade os agentes públicos somente podem fazer aquilo que esteja expressamente autorizado em lei, somente podem agir em consonância com a lei[1039]. Se pelo *princípio da estrita legalidade* o administrador público só pode fazer aquilo que a lei expressamente o autorizado, ele apenas pode investir alguém na condição de funcionário público se existir um *cargo público previamente definido em lei*, de maneira que apenas ao Poder Legislativo é dada a prerrogativa de criar cargos públicos.

Ivan Barbosa Rigolin é expresso no sentido de vincular a prévia criação de cargos públicos à lei e ao princípio da estrita legalidade, ao dizer que:

[1035] - Item 23.

[1036] - THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, p. 49. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 453. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 56, 70, 126, 128, 129 e 199.

[1037] - Sobre esse princípio, item 33.

[1038] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 58.

[1039] - Item 33.

" *Com referência ao pessoal do serviço público, o princípio da legalidade está a significar, objetivamente, que precisa estar especificada e expressamente autorizada em lei (local) toda instituição de cargo, emprego ou função pública; seu número; sua carga horária; sua remuneração; os requisitos para seu preenchimento; as regras gerais para o acesso e a investidura; a discriminação da sua natureza: se permanente, se em comissão; ...; as hipóteses de contratações extraordinárias por tempo determinado ...*" [1040]

Esta *obrigatoriedade da criação de cargos públicos apenas por ato legislativo primário*, ou seja, ato legislativo imediatamente infra-constitucional, produzido de acordo com o procedimento estabelecido na Carta Magna[1041], é corroborada pelos artigos 48, X; 51, IV; 52, XIII; 61, § 1º, II, *a*; 96, II, *b* e II, *b*; e, 127, § 2º, da Constituição Federal[1042] [1043].

[1040] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O servidor público na Constituição de 1988*, p. 72.

[1041] - MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 129, conceitua lei como sendo o *"ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional"*

[1042] - Constituição Federal: "*Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: ... X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas; ... Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: ... IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; ... Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: ... XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; ... Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição: § 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: ... II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; ... Art. 96. Compete privativamente: ... II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: ... b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forme vinculados, bem como a fixação do subsídio*

Os dispositivos constitucionais mencionados deixam evidenciada a situação de que os Poderes Executivo e Judiciário, como o Ministério Público, têm a prerrogativa apenas da iniciativa da lei que disponha sobre a criação, transformação e extinção de cargos públicos. Então, se tais entes tem somente o poder de iniciativa de lei é porque, sozinhos, independentemente da manifestação do Poder Legislativo, não podem criar, transformar ou extinguir seus cargos públicos.

Destarte, **apenas o Poder Legislativo, mediante atos legislativos primários, de nível imediatamente infra-constitucional, é que pode criar, transformar ou extinguir cargos públicos**.

48.2. Se os cargos públicos somente podem ser *criados por lei*, ninguém pode ser investido num cargo público que não tenha sido *criado por lei.* Se isso fosse possível, além de tornar *letra morta* os dispositivos constitucionais que conferem ao Poder Executivo, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público apenas a *iniciativa* do projeto de lei destinado a criar, modificar, transformar ou extinguir cargos públicos, ofende o princípio da legalidade, na medida em que a Administração Pública estaria fazendo algo que não está expressamente previsto em lei.

Por isso, no direito brasileiro a noção de funcionário público é dependente da noção de cargo público. Funcionário público é a pessoa legalmente

---

de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, ressalvado o disposto no art. 48, XV; ... Art. 127. ... § 2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento."

[1043] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 16-17, bem como *Curso de Direito Administrativo*, p. 160. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 355-356. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 379 e 383.

investida em um cargo público *previamente definido em lei*[1044]. Ora, se funcionário público é a pessoa legalmente investida num cargo público *previamente definido em lei*, obviamente que para alguém ser legalmente considerado funcionário público deve prover um cargo público *previsto em lei*.

Ademais, é necessário que este cargo esteja *vago*, pois o cargo é a mais simples e indivisível unidade estatal, *criada por lei*[1045], *em número certo*, a ser exercida por um agente público[1046]. Se não houver a necessidade da vacância não há razão para a prévia criação legal *em número certo*.

Destarte, **para validade do ato de investidura de funcionário público é requisito indispensável não só que o cargo público *tenha sido previamente criado por lei*, como também que *esteja vago***.

48.3. Se o requisito da *vacância* de cargo público *criado por lei* é indiscutível em relação aos funcionários públicos - ocupantes de cargos públicos -, quanto às duas outras espécies de servidores públicos, empregados públicos e contratados por prazo determinado, que não titularizam cargos públicos, mas empregos públicos[1047], a questão não é tão simples.

Adilson Abreu Dallari defende a posição de que toda e qualquer investidura em postos do serviço público está vinculada a um cargo ou emprego público previsto anteriormente em lei. Não admite a existência de função que não esteja atribuída a um cargo ou emprego público certo e previsto em lei:

[1044] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 15. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, 1992, p. 15.

[1045] - Salvo os cargos do Legislativo, que são criadas por resolução. Mas, neste caso, e é o que importa, por ato legislativo primário, de nível imediatamente infra-constitucional, equivalente a lei.

[1046] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 16-17, bem como em *Curso de Direito Administrativo*, p. 155.

[1047] - Sobre o fato dos contratados por prazo determinado ocuparem empregos públicos, itens 43.1. e 47.1.

"... fica também perfeitamente claro que não mais é possível a criação de funções não correspondentes a cargos ou empregos, ou, pelo menos, não relacionados a cargos ou empregos existentes. ...

...

Em resumo: a inerência do servidor ao serviço público doravante somente pode ocorrer mediante a vinculação a dois elementos: ou cargo, ou emprego; terceiro excluído.

Fique perfeitamente claro que não é lícito o ingresso de pessoal na administração direta ou indireta, em caráter permanente, sem a prévia criação do cargo ou emprego." [1048]

Ivan Barbosa Rigolin, num primeiro momento, parece comungar de tal idéia, no sentido de que a obrigatoriedade de *previsão legal em número certo* é exigida não apenas para os *cargos*, mas também para os *empregos públicos*:

" Com referência ao pessoal do serviço público, o princípio da legalidade está a significar, objetivamente, que precisa estar especificada e expressamente autorizada em lei (local) toda instituição de cargo, emprego ou função; ...

...

Emprego público é, como era, o vínculo profissional estabelecido entre o cidadão e a Administração pública por contrato de trabalho, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, CLT. Há de ser, tal qual o cargo o há, em número certo, com denominação específica, com atribuições definidas e descritas (em atos normativos), retribuído por salário, constituído em carreira ou não, de natureza permanente ou de confiança (ou 'em comissão'), conforme a lei criadora assim o estabeleça - e ela precisa fazê-lo.

[1048] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 39-40. Tem a mesma posição IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 98. HELY LOPES MEIRELLES, também parece ter a mesma opinião, quando, à p. 383, de seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 383 que *"A criação, transformação e extinção de cargos, funções ou empregos do Poder Executivo exige lei ..."*

Será criado por lei, com fulcro no art. 61, § 1º, II, a (Executivo), c/c o art. 61, caput; 48, X; 51, IV e 52, XIII (Legislativo), só por lei podendo ser extinto. ..." [1049]

Porém, este autor parece retroceder um pouco, entendendo que a necessidade de prévia *criação legal dos cargos e empregos públicos* refere-se tão somente à Administração direta e autárquica, mas não aos demais entes da Administração indireta, pois em nenhum lugar a Constituição Federal obrigaria que os quadros de pessoal de tais entidades fosse estabelecido por lei[1050].

Celso Antônio Bandeira de Mello exclui da obrigatoriedade de *vacância* de cargos *previstos em lei* os contratados por prazo determinado, pois em tal caso estar-se-ia diante de situações anômalas e especiais, nas quais não se poderia prever o número necessário de servidores para realizar tais funções[1051].

Embora delicada, a questão pode ser respondida com base nas regras de hermenêutica constitucional.

Em primeiro lugar, lembre-se que os princípios possuem, também, a função de serem vetores de interpretação, conduzindo a compreensão das normas constitucionais e legais[1052]. Recorde-se, também, que o *princípio da estrita legalidade* constitui em um dos pilares do regime jurídico administrativo brasileiro[1053] e que, por tal princípio, o administrador público só pode fazer aquilo que a lei expressamente o autoriza e não tudo que a lei não veda[1054]. Então, com fundamento nestas premissas, conclui-se que não pode o administrador público,

---

[1049] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 72 e 98.

[1050] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *op. cit.*, p. 190.

[1051] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 61.

[1052] - LUÍS ROBERTO BARROSO, inclusive citando Celso Antônio Bandeira de Mello, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 147, 148-149 e 194-195. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p.138. MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO, *Hermenêutica Constitucional*, p. 57.

[1053] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 58.

[1054] - Item 33.

mesmo na Administração indireta, admitir *empregados* sem a previsão legal do respectivo *emprego público*, pois se assim o fizer estará praticando um ato não expressamente permitido anteriormente em lei.

Em segundo lugar, saliente-se que não se pode fazer uma interpretação isolada de um preceito jurídico, seja ele legal ou constitucional, pois o direito não é um conglomerado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, cuja interpretação deve levar em conta suas relações de interdependência, como enfatiza o elemento sistemático[1055]. Destarte, não se pode analisar o artigo 61, § 1º, II, da Constituição Federal[1056], isoladamente, como se não fizesse parte de um sistema. Com auxílio do elemento sistemático, quando se investiga o artigo 61, § 1º, II, da Constituição da República, levando-se em conta sua relação com o artigo 48, X, da Carta Magna[1057], percebe-se que o fato de tal dispositivo ter mencionado apenas Administração direta e autárquica, não se referindo aos demais entes da Administração indireta, não pode ser motivo para sustentar que os *empregos* existentes nas outras entidades não necessitem, como requisito de investidura, da *prévia criação legal em número certo*. É que, o artigo 48, X, da Carta Magna, estabelece como competência do Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, funções e empregos públicos, não fazendo qualquer ressalva. Portanto, vê-se que o artigo 48, X, da Constituição Federal, atribui competência ao Congresso Nacional para aprovar lei que crie quaisquer cargos, funções e empregos públicos. Ora, se a Constituição da República fixou tal competência para o Congresso Nacional é porque a criação destes *empregos públicos* depende de lei. Assim, o argumento de que nos entes da Administração indireta e na contratação por prazo determinado não há como prever um número certo de servidores, é argumento que não convence, fundamentado apenas em conveniência administrativa. E, lembre-se novamente que não se pode interpretar normas jurídicas segundo meras conveniências administrativas, afastando-se a

---

[1055] - A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

[1056] - Transcrito em nota logo acima.

[1057] - Grafado em nota anterior.

aplicação de normas constitucionais por motivos pragmáticos. Então, eventual dificuldade na fixação de um número certo de *empregos* jamais pode servir de argumento para não exigência do requisito da previsão legal de *empregos públicos* como requisito de investidura nos empregos da Administração indireta[1058].

Destarte, **não apenas os *cargos*, como também os *empregos públicos*, exigem o requisito como requisito de investidura a *vacância do posto respectivo anteriormente previsto em lei*.**

48.4. Portanto, é ilícito o ato de investidura de servidor público realizado sem a *vacância de cargo ou emprego público previamente criado por lei*.

Como especificado no item 47.2., se o ato de investidura do servidor público ocorreu sem prévia aprovação em concurso público da pessoa investida, haverá ofensa à norma que exige êxito em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público, e as conseqüências para esta hipótese ilícita serão as mesmas mencionadas nos itens 44 e 46.1., exista ou não cargo ou emprego público vago previamente criado em lei.

Neste ponto, interessa analisar o caso em que o ato de investidura efetiva-se sem a vacância de cargo ou emprego público criado por lei, independentemente da aprovação em concurso público.

Se inexistir o cargo ou emprego público previsto em lei haverá nulidade do ato de investidura, pois não há como prover cargo ou emprego público inexistente, é uma questão de impossibilidade do objeto do ato administrativo[1059], como exposto no item 25.

[1058] - Com observado por CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, Admissão de Pessoal nas Empresas Pública, p. 40, *"... a Lei Maior, ontologicamente considerada, não pode ser maculada nem se converter em instrumentos pragmáticos e utilitaristas a serviço dos detentores temporários do poder político, ou seja, a permanência ou substancialidade não pode ficar adstrita a esta transitoriedade fugaz."*

[1059] - JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 223-224. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 199.

Nesta situação, em razão da nulidade, será o caso de prejuízo ao erário e, consequentemente, ressarcimento dos danos sofridos pela Administração Pública, uma vez que o ato nulo é apagado com efeitos *ex tunc*[1060].

Se o existir o cargo ou emprego público previamente criado em lei, mas ele não estiver vago, a pessoa investida terá de deixar o exercício do cargo ou emprego público, em razão da impossibilidade de ocupar posto que não esteja vago. Porém, como comentado no item 42, em razão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança[1061], ligados ao princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, bem como em função dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e economicidade[1062], devem ser preservados os direitos dos indivíduos de boa-fé que se submeteram ao concurso público. Nesta hipótese, a maneira de contornar a situação é não se decretar a nulidade do concurso público, mas apenas do ato de investidura, mas se, durante o prazo de validade do concurso público, houver vacância do cargo ou emprego público respectivo, o aprovado de boa-fé poderá ser investido novamente no cargo ou emprego público em questão.

Em ambas as situações, inexistência do cargo ou emprego criado em lei ou não vacância do cargo ou emprego público previsto em lei, se o responsável pelo ato de investidura não agiu de má-fé, mas laborou em culpa, terá obrigação de restituir os prejuízos que sua conduta causar a Administração Pública, como, por exemplo, a repetição da remuneração percebida pela pessoa irregularmente investida no serviço público e a devolução do valor gasto pela Administração Pública com o pagamento de eventuais indenizações aos prejudicados.

[1060] - Sobre a questão do prejuízo ao erário, item 26.

[1061] - A respeito desses princípios, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* p. 250 e 258.

[1062] - Sobre a existência de princípios implícitos no Texto Constitucional: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98)*, p. 150. Sobre estes princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade, itens 35 e 36.

Todavia, se agiu de má-fé, além do ressarcimento dos danos, o responsável pelo ato de investidura estará sujeito a sanções administrativas, criminais, por improbidade e políticas. Sua conduta, em tese, caracterizará ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública e, se houver dano econômico, que causa prejuízo ao erário, como também configurará, em tese, crime de responsabilidade[1063]. Caso seja Prefeito Municipal estará, em tese, tipificado o crime descrito no inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67[1064], pois haverá admissão de servidor público contra expressa disposição de lei.

49. Os ***requisitos de ordem econômico-financeira*** para investidura de servidores públicos começam por ser estabelecidos na Constituição Federal, em seus artigos 29-A e 169[1065], e são dissecados pela Lei Complementar nº 101/00, a *Lei de Responsabilidade Fiscal.*

[1063] - Sobre essas conseqüências, itens 26, 27.3. e 27.4.

[1064] - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: ... XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei."*

[1065] - Constituição Federal: *"Art. 29-A . O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: I - 8% (oito por cento) para os Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes; II - 7% (sete por cento) para os Municípios com população de entre 100.001 (cem mil e um) e 300.000 (trezentos mil) habitantes; III - 6% (seis por cento) para os Municípios com população de entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes; IV - 5% (cinco por cento) para os Municípios com população acima de entre 500.001 (quinhentos mil e um) habitantes; § 1º A Câmara Municipal não gastará mais de 70% (setenta por cento) de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores. ... Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. § 1º. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos ou funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista."*

O artigo 169 da Carta Magna[1066] traça algumas condições para a criação de cargos, funções e empregos públicos, bem como para investidura de pessoal, a qualquer título, nos órgãos da Administração direta e indireta. Estes requisitos são, basicamente, três: a) a despesa com pessoal não poderá exceder a limites estabelecidos em lei complementar; b) a existência de prévia dotação orçamentária, suficiente para atender às projeções de despesa com pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; e, c) existência de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, neste último caso ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Tais requisitos já constavam da redação original da Carta Magna, mas sofreram algumas alterações pela Emenda Constitucional nº 19/98. A maioria das mudanças diz respeito a redução da máquina administrativa e não propriamente em relação a investidura de servidores públicos, onde as regras permaneceram quase as mesmas.

Modificação houve na Lei Complementar. Atualmente, a matéria é regulada pela Lei Complementar nº 101/00, conhecida como *Lei de Responsabilidade Fiscal*.

O Brasil vive, talvez sempre tenha vivido, um descontrole de suas contas públicas. Embora os servidores públicos não sejam os culpados disso, a Lei Complementar nº 101/00 atingiu-os em cheio, limitando, em algumas circunstâncias, os atos de investiduras no serviço público, sem se importar com a qualidade dos serviços públicos, que ficaram em segundo plano, diante da necessidade de equilíbrio financeiro. De certa forma, estas normas eram necessárias para por um freio aos abusos que foram cometidos com cargos, funções e empregos públicos, não só com sua distribuição a parentes, amigos e correligionários, como na concessão de gratificações desmesuradas, promovendo-se os famosos *trens da alegria*. Contudo, a penalização recaiu sobre todos os servidores. Talvez pudessem ter sido adotadas medidas mais eficientes de redução

[1066] - Transcrito na nota anterior.

do uso privado dos postos do serviço público, como um limite rígido aos cargos de provimento em comissão[1067] e um aparelhamento dos órgãos de controle, para por fim às investiduras sem prévia aprovação em concurso público. Mas, optou-se pela solução mais simplista, e talvez mais conveniente politicamente.

Pois bem, em que pese as críticas, a Lei Complementar nº 101/00, integrando o artigo 169 da Constituição Federal[1068], traça normas que impactam diretamente sobre a investidura nos postos do serviço público, inclusive proibindo-as diante de certas situações. Resta analisá-las.

A filosofia da *Lei de Responsabilidade Fiscal* é impor limites à remunerações e investiduras de servidores públicos, quando o gasto com pessoal ultrapassar certa porcentagem da receita corrente líquida[1069].

[1067] - Como observado no item 46, a necessidade dos cargos de provimento em comissão foi distorcida, de modo que estes cargos constituem-se, mesmo, num *câncer* da Administração Pública. A esse respeito: CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 165, nota 110. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade fiscal*, p. 53.

[1068] - Transcrito em nota logo acima.

[1069] - A definição de receita corrente líquida é dada pelo artigo 2º, IV, da *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 2º. Para efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: ... IV - receita corrente líquida> somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição. § 1º. Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. § 2º. Não serão considerados na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do § 1º do art. 19. § 3º. A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades."*

No artigo 18[1070], a citada lei complementar começa por traçar um conceito bastante amplo do que considera *despesas com pessoal*. Esse conceito abarca toda e qualquer despesa que se relacione com servidores públicos, inclusive previdenciárias e decorrentes de terceirização de mão de obra.

Polêmica tem ocorrido em relação às despesas com terceirização de mão-de-obra. O § 1º, do mencionado artigo 18[1071], manda que estes gastos, quando tiverem desiderato de substituir servidores e empregados públicos deverão ser contabilizadas como *Outras Despesas com Pessoal*. Isto, à toda evidência, demostra a clara intenção da lei complementar em computar estes dispêndios nos gastos de pessoal, pois como dito por Flávio C. de Toledo Júnior e Sérgio Ciquera Rossi, *"o intuito do legislador, todavia, parece-nos claro: a terceirização de serviços públicos não mais pode servir como meio de evitar que as despesas de pessoal ultrapassem os limites a ela estabelecidos"* [1072].

Todavia, há reação contra esta interpretação que resulta evidente do dispositivo legal em questão.

[1070] - Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se por despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como os encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. § 1º. Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como 'Outras Despesas de Pessoal'. § 2º. A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência. "*

[1071] - Copiado em nota logo acima.

[1072] - FLÁVIO C. DE TOLEDO JÚNIOR e SÉRGIO CIQUERA ROSSI, *O Município e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 72-73. JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, *Reflexões sobre a Aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal à Administração Judiciária*, p. 193: em princípio, vai pelo mesmo caminho apontando, em relação as despesas com terceirizações, que: *"doravante, mercê do art. 18, § 1º, devem ser lançadas como 'outras despesas de pessoal', com a conseqüência de serem computadas nos limites fixados para as despesas com pessoal."*

Os próprios Flávio C. de Toledo Júnior e Sérgio Ciquera, apesar de admitirem que o escopo da lei é incluir as despesas com terceirização de mão-de-obra nos gastos com pessoal, procuram fazer atenuações do preceito legal. Assim, entendem que *"despesas operacionais estranhas aos conteúdos laborais do plano de cargos e salários não devem incorporar-se à despesa de pessoal; não serão classificadas na rubrica 'Outras Despesas de Pessoal"*, pois consideram que nestas hipóteses não se estaria substituindo servidores ou empregados públicos[1073].

Contudo, essa interpretação restritiva, visando suprimir certos gastos com terceirização das despesas de pessoal, não tem base científica. Primeiro, porque como admitido pelos próprios autores citados, a intenção da lei não foi essa. Segundo, porque na terceirização de mão de obra, mesmo que para contratar pessoal com funções que não correspondam às atribuições de qualquer cargo ou emprego previsto no Quadro de Pessoal, está havendo substituição de servidores e empregados públicos, na medida em que quando se contrata o serviço terceirizado deixa-se de criar novos cargos e empregos públicos, portanto substituindo servidores ou empregados. Terceiro, porque a terceirização tem hipóteses restritas de cabimento, reservando-se apenas para certas funções[1074].

Ao fazer a restrição pretendida pelos autores, a norma previsto no § 1º, do artigo 18, da Lei Complementar nº 101/00[1075], perderia sentido.

Jessé Torres Pereira Júnior, também admite que, em razão do disposto no artigo 18, § 1º, da Lei Complementar nº 101/00, as despesas com terceirizações teriam de estar computadas no total de gastos *com* pessoal[1076]. Mas, igualmente, pretende contornar o dispositivo legal, procurando transmudar as terceirizações para contratação de serviços[1077].

[1073] - FLÁVIO C. DE TOLEDO JÚNIOR e SÉRGIO CIQUERA ROSSI, *O Município e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 73-74.

[1074] - Sobre terceirização e contratação de serviços, itens 44.6. e 44.7.

[1075] - Copiado em nota logo acima.

[1076] - JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, *Reflexões sobre a Aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal à Administração Judiciária*, p. 193.

[1077] - JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 193-194.

Porém, como debatido no item 44.7., para que as contratações de prestação de serviços não signifiquem uma forma de *driblar* a norma constitucional que impõe a prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, exige-se que o serviço contratado seja determinado e temporário, bem como que não exista subordinação do contratado para com agentes da Administração Pública. Apenas na concorrência destes requisitos pode-se ter uma contratação de prestação de serviços, do contrário não.

Destarte, em razão do previsto no § 1º, do artigo 18, da Lei Complementar nº 101/00[1078], as despesas com terceirização devem, sim, ser incluídas em *Outras Despesas de Pessoal*, computando-se para perfazer o total a *despesa total com pessoal*, independentemente contemplar, ou não, serviços com funções paralelas à atribuições inerentes a cargos ou empregos com previsão no Quadro de Pessoal.

Entretanto, importante observar que as despesas com pessoal abrangem apenas as verbas de caráter remuneratório. As verbas de caráter indenizatório, como ajuda de custo, diárias, *etc.*, não devem ser levadas em conta para compor o chamado *total de despesas com pessoal*[1079].

Nos artigos 19 e 20[1080] a Lei Complementar nº 101/00 estabelece os limites aludidos no artigo 169 da Constituição Federal[1081].

[1078] - Copiado em nota logo acima.

[1079] - FLÁVIO DA CRUZ e OUTROS, *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*, p.72.

[1080] - Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada entende da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I - União: 50% (cinqüenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento). § 1º. Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas: I - de indenização por demissão de servidores ou empregados; II - relativas a incentivos à demissão voluntária; III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição; IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18; V - com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21*

Em tais preceitos, prevê a Lei Complementar nº 101/00 que as despesas com pessoal, em cada período de apuração, que pelo critério adotado no

---

da Constituição e do artigo 31 da Emenda Constitucional nº 19; VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes: a) da arrecadação de contribuições dos segurados; b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição; c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundos vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro; § 2º. Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20. Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os percentuais: I - na esfera federal: a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União; b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para das despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; d) 0,6% (seis décimos por centro) para o Ministério Público da União; II - na esfera estadual: 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo; d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados; III - na esfera municipal: a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; b) 54% (cinqüenta e quatro por cento) para o Executivo. § 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar. § 2º. Para efeito deste artigo entende-se como órgão: I - o Ministério Público; II - no Poder Legislativo: a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União; b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas; c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal; d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver; III - no Poder Judiciário: a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição; b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver. § 3º. Os limites para despesas com pessoal do Poder Judiciário, a cargo da União por força do inciso XIII do art. 21 da Constituição, serão estabelecidos mediante aplicação da regra do § 1º. § 4º. Nos Estados em que houver Tribunais de Contas dos Municípios, os percentuais definidos nas alíneas a e c do inciso II do caput serão, respectivamente, acrescidos e reduzidos em 0,4% (quatro décimos por cento). § 5º. Para os fins previstos no art. 168 da Constituição, a entrega dos recursos financeiros correspondentes à despesa total com pessoal por Poder e órgão será a resultante da aplicação dos percentuais definidos neste artigo, ou aqueles fixados na lei de diretrizes orçamentárias."

[1081] - Transcrito em nota no início desse item.

§ 2º, do artigo 18[1082], é de doze meses, incluindo-se o mês da verificação e mais os onze imediatamente anteriores, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais da receita corrente líquida:

a) para a União 50% (cinqüenta por cento), sendo 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Poder Executivo, 6% (seis porcento) para o Poder Judiciário, 2,5% (dois e meio por cento) para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas, e, 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público;

b) para os Estados 60% (sessenta por cento), sendo 49% (quarenta e nove por cento) para o Poder Executivo, 6% (seis por cento) para o Poder Judiciário, 3% (três por cento) para o Poder Legislativo, incluído os Tribunais de Contas, e, 2% (dois por cento) para o Ministério Público, com a peculiaridade de que nos Estados onde houver Tribunais de Contas dos Municípios, é retirado 0,4% (quatro décimos por cento) da cota do Poder Executivo e repassado ao Poder Legislativo;

c) para os Municípios 60% (sessenta por cento), sendo 54% (cinqüenta e quatro por cento) para o Poder Executivo e 6% (seis por cento) para o Poder Legislativo, incluindo Tribunais de Contas onde houver.

Quanto aos Municípios a questão é um pouco mais complexa. É que, em razão das disposições constantes no artigo 29-A da Constituição Federal[1083], introduzido pela Emenda Constitucional nº 25/00, a folha de pagamentos da Câmara Municipal de Vereadores, contando os subsídios dos Edis, não pode exceder a 70% (setenta por cento) de sua receita. Assim sendo, em cada Município o percentual de (seis por cento) estabelecido na Lei Complementar nº 101/00 para o Poder Legislativo, jamais poderá exceder o limite de 70% (setenta por cento) da receita da Câmara Municipal de Vereadores.

[1082] - Grafado em nota anterior.

[1083] - Copiado em nota no início desse item.

Diz o § 1º, do artigo 20[1084], da lei em questão, que nos Poderes Legislativo e Judiciário as cotas são divididas entre seus órgãos autônomos, de acordo com a média de gastos com pessoal nos últimos três anos.

O dispositivo não menciona o Poder Executivo. Porém, se na Administração direta o Executivo não tem órgãos autônomos, na Administração indireta os tem. Assim, à primeira vista, ter-se-ia a impressão de que os entes da Administração indireta não estariam submetidos aos limites fixados nos artigos 19 e 20 da Lei Complementar nº 101/00[1085], sendo os mesmos aplicáveis só à Administração direta. Contudo, por uma interpretação sistemática[1086], percebe-se que o § 1º, do artigo 169, da Carta Magna[1087], também impõe limites de despesas com pessoal aos órgãos da Administração indireta. Então, se é a própria Lei Maior que prevê a submissão da Administração indireta ao controle das *despesas com pessoal*, não teria sentido que estas não estivessem albergadas nos parâmetros previstos na lei complementar que regulamentou o artigo 169 da Constituição. Por isso, nos percentuais atribuídos ao Poder Executivo pela Lei Complementar nº 101/00 estão incluídos os gastos com pessoal da Administração indireta[1088].

Importante lembrar que, para efeito do calculo dos percentuais explicitados, do total de gastos com pessoal, previsto no artigo 18, devem ser subtraídos os dispêndios referidos § 1º, do artigo 19, à exceção dos mencionados no inciso IV, do mesmo artigo, os quais apenas são abatidos da porcentagem global fixada no artigo 19, mas são incluídos na cota do órgão respectivo[1089].

[1084] - Escrito em nota anterior.

[1085] - Transcrito em nota anterior.

[1086] - O ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, de forma que o verdadeiro sentido de cada norma somente pode ser obtido analisando-a no contexto deste sistema, nunca isoladamente. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

[1087] - Grafado em nota anterior.

[1088] - FLÁVIO DA CRUZ e OUTROS, *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*, p.79.

[1089] - Dispositivos da Lei Complementar nº 101/00 estão escritos em notas anteriores.

A repartição dos limites globais entre os diversos órgãos autônomos constitui uma inovação[1090]. O fato de cada órgão autônomo possuir uma cota, independente da fatia global do ente da Federação, é salutar, pois define-se com precisão a responsabilidade de cada administrador público e penaliza-se apenas o órgão infrator.

Todavia, o estabelecimento prévio dos percentuais que cabem a cada um dos órgãos autônomos nos Estados e Municípios tem gerado polêmica, pois a doutrina, de modo geral, tem considerado a disposição inconstitucional, por ferir a autonomia dos Estados e Municípios, interferindo em sua capacidade de auto-organização, o que ofende o pacto federativo[1091].

De fato, a norma realmente é inconstitucional, em razão dos motivos apontados pela doutrina. Como leciona Régis Fernandes de Oliveira, por se tratar de norma de Direito Financeiro, a matéria versada na Lei Complementar nº 101/00, a teor do artigo 24 da Constituição Federal[1092], está no âmbito da competência legislativa concorrente entre os entes federados, razão pela qual, em função do disposto no § 1º, do citado dispositivo constitucional[1093], a União teria competência apenas para a edição de normas gerais. Assim, como a fixação dos percentuais a serem repartidos entre os órgãos autônomos, no seio de cada unidade federativa, não é norma geral[1094], a conclusão só pode ser de que, de fato, a União invadiu esfera de competência legislativa de outros entes federados, interferindo na

---

[1090] - FLÁVIO DA CRUZ e OUTROS, *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*, p.78.

[1091] - FLÁVIO DA CRUZ e OUTROS, *op. cit.*, p.78. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Fiscal*, p. 46-48.

[1092] - Constituição Federal: *"Art. 24. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico:"*

[1093] - Constituição Federal: *"Art. 24. ... § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais."*

[1094] - Como diz Diogo de Figueiredo Moreira, citado pelo próprio Régis Fernandes de Oliveira: normas gerais, para efeito da fixação de competências, não podem descer à minúcias ou distinguir entre entes públicos, mas apenas estabelecer diretrizes para outras normas jurídicas, o que, obviamente, não é o caso da fixação dos citados percentuais. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 46-48.

autonomia destes, razão pela qual citada norma é inconstitucional[1095]. Sobre o tema, já houve a propositura de ações direta de inconstitucionalidade. Numa delas, o Supremo Tribunal Federal, embora por estreita margem, negou o pedido liminar de inconstitucionalidade, entendendo, ao menos a princípio, constitucional o citado preceito[1096].

Além da inconstitucionalidade do mencionado dispositivo da lei complementar em análise, a distribuição dos percentuais não leva em consideração as diferenças existentes entre os Estados e Municípios.

Ademais, a distribuição dos percentuais atribuídos a cada órgão autônomo não parece ser a mais adequada. É facilmente perceptível que os percentuais atribuídos aos Poderes Legislativos é exagerado. Este excesso da cota dos Poderes Legislativos propicia a continuidade do que se tem visto Brasil: um festival de cargos de provimento em comissão, distribuídos entre os gabinetes de parlamentares, normalmente para pessoas que não trabalham em funções relacionadas com legislação e fiscalização do Poder Executivo, mas nos ditos *serviços externos do gabinete*, que nada mais são do que a promoção pessoal do parlamentar. Se a lei tinha intenção de enxugar o serviço público, preservando apenas os postos necessários, perdeu excelente oportunidade de conter o desperdício onde ele é evidente. Bastava que o percentual do Poder Legislativo fosse enquadrado de acordo com o interesse público, pois considerando as funções constitucionais e as estruturas exigidas para manutenção delas, nada justifica que o percentual do Poder Legislativo seja superior ao do Ministério Público e a metade daquele atribuído ao Poder Judiciário. Porém, ao que parece, não se desejou mexer em alguns *problemas políticos*, preferindo-se, outra vez, o caminho mais simplista e cômodo[1097].

[1095] - RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Fiscal*, p. 46-48.

[1096] - RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 46-48. MARCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS, *A Lei de Responsabilidade Fiscal sob a Ótica do Tribunal de Contas*, p.254-259.

[1097] - Sobre excesso de pessoal no Poder Legislativo: FLÁVIO DA CRUZ e OUTROS, *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*, p.78.

Assim, embora discordando, como os limites estão colocados nestes percentuais e considerando que há decisão parcial do Supremo Tribunal Federal pela sua constitucionalidade, não resta outra alternativa senão analisar a questão enfocando os limites estabelecidos na Lei Complementar nº 101/00.

No artigo 22[1098], a Lei Complementar nº 101/00, prevê que o cumprimento destes limites deve ser verificado quadrimestralmente, ou seja: a cada quatro meses deve ser conferido se a despesa com pessoal, calculada na forma acima exposta, no mês de referência somado aos onze imediatamente anteriores, está adequada ao percentual da receita corrente líquida no mesmo período. Para os Municípios com população inferior a 50.000 (cinqüenta mil) habitantes esta verificação pode se dar a cada seis meses, conforme faculta o artigo 63, I, da Lei Complementar nº 101/00[1099].

Se os gastos com pessoal atingirem 95% (noventa e cinco por cento) do percentual previsto no artigo 20 da Lei Complementar nº 101/00[1100], tido

---

[1098] - Lei Complementar nº 101/00: *" Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre. Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso: I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição; II - a criação de cargo, emprego ou função; III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias. "*

[1099] - Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 63. É facultado aos Municípios com população inferior a 50.000 (cinqüenta mil) habitantes optar por: I - aplicar o disposto no art. 22 e no § 4º do art. 30 ao final do semestre; ... § 2º. Se ultrapassados os limites relativos à despesa total com pessoal ou à dívida consolidada, enquanto perdurar esta situação, o Município ficará sujeito aos mesmos prazos de verificação e de retorno ao limite definidos para os demais entes."*

[1100] - Transcrito em nota anterior.

este percentual como um *limite prudencial*[1101], a teor dos incisos II e IV, do artigo 22, da multi-citada lei complementar[1102], fica vedada a criação de cargos, funções e empregos públicos, bem como a investidura de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores nas áreas de educação, saúde e segurança.

Pela literalidade do dispositivo em tela, a exceção contemplada levou em conta apenas o Poder Executivo, pois é o único que tem a seu encargo áreas de educação, saúde e segurança. O preceito legal desprezou o fato de que os outros órgãos autônomos dependem, fundamentalmente, dos agentes públicos para o desempenho de suas atividades constitucionais. Nesses órgãos a elevação de pessoal é imprescindível para atender o aumento de demanda[1103]. Não atentou, também, que há órgãos que exigem um número certo de ocupantes, que existem entes com apenas um servidor e que há situações de provimento automático de cargos e empregos públicos, como exemplo: Câmaras dos Tribunais Judiciários[1104]. É absurdo entender que, em caso de vacância, de um cargo de Desembargador esse não possa ser preenchido. A mesma situação aplica-se a carreira do Ministério Público, a um cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas ou mesmo a um cargo de Secretário de Estado ou de parlamentar[1105]. É preciso compreender que não apenas o Poder Executivo tem funções essenciais, que os outros entes autônomos também as têm. É necessário perceber que existem órgãos com número certo de agentes públicos para funcionar, que há casos substituição automática e que existem entes em que só há um agente público. Estes casos também devem ser contemplados nas exceções.

[1101] - Pelo disposto no artigo 59, § 1º, II, da Lei Complementar nº 101/00, os Tribunais de Contas alertarão os órgãos respectivos quando o montante da despesa total com pessoal ultrapassar 90% (noventa por cento) do limite.

[1102] - Grafado em nota logo acima.

[1103] - Sobre este último aspecto JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, *Reflexões sobre a Aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal à Administração Judiciária*, p. 190 e 192.

[1104] - Neste exemplo, aposentando-se um Desembargador, evidentemente, a vaga será provida por um Juiz da Instância inferior, esta vaga por um da entrância inferior à dele e assim por diante, até chegar à entrância inicial, onde aquele Magistrado é o único ocupante.

[1105] - Se bem que os parlamentares são agentes políticos. Sobre quem são os agentes políticos, ver item 2.

Para demonstrar a imperfeição da literalidade do dispositivo analisado, deve-se, outrossim, lembrar que a exceção nele contemplada não cogitou da vacância de cargos e empregos públicos nas áreas de educação, saúde e segurança decorrentes de outros motivos que não aposentadoria ou falecimento de servidores. Não vislumbrou, como exceção, a demissão ou pedido de exoneração de servidor das áreas de saúde, educação e segurança pública. Ora, mesmo que esses motivos não estejam mencionados no preceito legal, como exceções, é evidente que nele se incluem, pois seria absurdo entender que pode haver substituição de pessoal nessas áreas especiais quando a vacância ocorresse por morte ou aposentadoria, mas não pode quando a vacância ocorre por exoneração. Essa interpretação é absurda. Veja-se que, nesse caso, o desiderato da lei foi, em razão do interesse público, traçar uma exceção para áreas consideradas vitais, por entender que tais setores não poderiam ficar desfalcados. Então, deve-se ir além da interpretação literal e, por uma interpretação teleológica[1106], concluir-se que sendo a saúde, educação e segurança pública áreas vitais, não podendo ficar desfalcadas quando a vacância em seus postos de serviço ocorrer por morte ou aposentadoria, também não podem ficar desfalcadas quando a vacância em seus postos de serviço ocorrer por outros motivos, como exoneração, por exemplo.

Viu-se, portanto, que a interpretação meramente literal do artigo 22, parágrafo único e inciso IV, da Lei Complementar nº 101/00[1107], conduz a absurdos e inconveniências. Como nenhuma interpretação jurídica pode conduzir a absurdos ou inconveniências[1108], é preciso ter calma antes de interpretar o artigo 22, parágrafo único e inciso IV, da Lei Complementar nº 101/00, apenas pelo elemento literal.

[1106] - A norma jurídica deve ser entendida de acordo com seu desiderato, com a finalidade que desejou alcançar, de modo que atinja completamente o objetivo para o qual foi concebida, devendo ser interpretada a favor e não em prejuízo do interesse que visou proteger. Neste sentido: PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 402. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 152 e 156.

[1107] - Copiado em nota anterior.

[1108] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

Destarte, por uma questão de lógica e coerência, deve-se fazer uma interpretação extensiva das exceções previstas no inciso IV, do artigo 22, da Lei Complementar nº 101/00[1109], de maneira a abranger, também, qualquer espécie de vacância em cargos ou empregos públicos já existentes nas áreas de saúde, educação e segurança, bem como a vacância em cargos e empregos públicos já existentes, que sejam de provimento automático, para órgãos que exigem número certo de participantes ou para entes que tenham apenas um agente público, pois *"o que se pretende é que não haja aumento na despesa. Mera reposição não atinge o erário"*[1110].

Se os gastos com pessoal ultrapassarem o limite estabelecido no artigo 20[1111], obviamente também está vedado qualquer ato de investidura no serviço público, a não ser nas exceções constantes no inciso IV, do artigo 22, como também nos casos apontados logo acima.

Na hipótese da cota prevista no artigo 20 da Lei Complementar nº 101/00 ser extrapolada, além de não poder efetuar atos de investidura, o órgão em questão terá de promover as medidas de corte previstas nos §§ 3º e 4º, do artigo 169, da Constituição Federal[1112], pela ordem: redução das despesas com cargos de provimento em comissão, exoneração de servidores não estáveis e, finalmente, exoneração de servidores estáveis[1113].

[1109] - Grafado em nota logo acima.

[1110] - RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Fiscal*, p. 52.

[1111] - Escrito em nota logo acima.

[1112] - Constituição Federal: *"Art. 169. ... § 3º. Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: I - redução em pelo menos 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; II - exoneração de servidores não estáveis. § 4º. Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perde o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou a unidade administrativa objeto da redução de pessoal."*

[1113] - Estas providências não interessam diretamente ao tema em questão, uma vez que se está tratando da investidura no serviço público, a qual está vedada desde o atingimento do *limite prudencial* de 95% (noventa e cinco por cento), como visto logo acima.

Nos casos em que o órgão em questão não tiver atingido o *limite prudencial* os atos de investidura também não estão completamente liberados quanto ao cumprimento de requisitos de ordem econômico-financeira. O artigo 71 da Lei Complementar nº 101/00[1114] impede que até o final do terceiro exercício subseqüente à sua entrada em vigor, ressalvada a hipótese do inciso X, do artigo 37, da Carta Magna[1115] (revisão anual da remuneração), haja um crescimento das despesas com pessoal superior a 10% (dez por cento) ao ano, em percentual da receita corrente líquida. Este requisito prejudica o órgão que tinha despesas de pessoal contidas[1116], bem como não contempla eventuais crescimentos de alguns entes, mas é o critério da lei. Entretanto, trata-se de uma disposição transitória, a vigorar apenas até o final do terceiro exercício financeiro após sua entrada em vigor, de modo que a situação resolver-se-á com o tempo.

Veja-se que sempre foi apontado o percentual em relação aos órgãos mencionados no artigo 20, não aos percentuais globais previstos no artigo 19 para cada unidade da Federação. É que, como comentado nesse tópico, o espírito da lei é a responsabilidade do administrador de cada órgão autônomo, de forma que o descumprimento da norma por um órgão autônomo não venha a prejudicar outro do mesmo ente federado. Assim, hipoteticamente: se o Poder Legislativo extrapolou a sua cota prevista no artigo 20, ou atingiu o *limite prudencial* previsto no artigo 22, estando vedado de investir servidores públicos, este fato não prejudicar o Poder Executivo, nem o Poder Judiciário, tampouco o Ministério Público ou o Tribunal de Contas, e assim por diante[1117].

[1114] - Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 71. Ressalvada a hipótese do inciso X do art. 37 da Constituição, até o terceiro exercício seguinte à entrada em vigor desta Lei Complementar, a despesa total com pessoal dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 não ultrapassará, em percentual da receita corrente líquida, a despesa verificada no exercício imediatamente anterior, acrescida de 10% (dez por cento), se esta for inferior a limite definido na forma do art. 20."*

[1115] - Constituição Federal: *"Art. 37. ... X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;"*

[1116] - FLÁVIO DA CRUZ e OUTROS, *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*, p. 89-90.

[1117] - Dispositivos da Lei Complementar nº 101/00, citados em notas anteriores.

Além das questões analisadas, os artigos 16 e 17 da Lei Complementar nº 101/00[1118] traçam requisitos para o aumento de despesas, o que traz impacto nos atos de investidura no serviço público.

[1118] - Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes; II - declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. § 1º. Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas condições. § 2º. A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas. § 3º. Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias. § 4º. ... Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem par ao ente a obrigação de sua execução por um período superior a dois exercícios. § 1º. Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio. § 2º. Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente da receita ou pela redução permanente de despesa. § 3º. Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação e tributo ou contribuição. § 4º. A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias. § 5º. A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar. § 6º. O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento da remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição. § 7º. Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado."*

Estes preceitos estabelecem que para o aumento de despesas, em especial as de caráter continuado, caso dos gastos com remuneração de servidores públicos, é necessário: a) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes; b) o aumento de despesa deve ter adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; c) declaração do ordenador de despesa do cumprimento do requisito anterior; d) comprovação de que a despesa não afetará as metas de resultados fiscais, devendo seus efeitos financeiros ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

Resumindo os requisitos de ordem econômico-finaneceira, descontando a questão da inconstitucionalidade dos percentuais fixados no artigo 20 da Lei Complementar nº 101/00[1119], pode-se dizer que constituem **são pressupostos para investidura nos postos do serviço público**:

a) existência de prévia dotação orçamentária, suficiente para atender às projeções de despesas com pessoal e aos acréscimos delas decorrentes;

b) existência de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, neste último caso ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista;

c) que exista estimativa do impacto orçamentário-financeiro decorrente dos atos de investidura no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

d) que o aumento de despesa proveniente dos atos de investidura tenha adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

[1119] - Escrito em nota logo acima.

e) que exista declaração do ordenador de despesa do cumprimento do requisito anterior;

f) que seja comprovado que as despesas decorrentes dos atos de investidura não afetarão as metas de resultados fiscais, devendo seus efeitos financeiros ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa;

g) até o final do terceiro exercício subseqüente à entrada em vigor da Lei Complementar nº 101/00, que o gasto com pessoal não cresça mais de 10% (dez por cento) do percentual da receita corrente líquida do ano anterior, ressalvados apenas os reajustes para fins do inciso X, do artigo 37, da Carta Magna[1120];

h) para atos de investidura no Poder Executivo da União, que os gastos com pessoal não tenham ultrapassado 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) da receita corrente líquida, ressalvadas as investiduras decorrentes de vacância de cargos ou empregos já existentes nas áreas de educação, saúde e segurança pública, bem como as investiduras provenientes de vacância em cargos ou empregos já existentes que sejam de provimento automático, para órgãos que exigem número certo de participantes ou para entes que tenham apenas um ocupante;

i) para atos de investidura no Poder Legislativo da União, que as despesas com pessoal não tenham superado 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 2,5% (dois e meio por cento) da receita corrente líquida, excepcionadas as investiduras oriundas de vacância de cargos já existentes de parlamentares e membros do Tribunal de Contas da União;

[1120] - Citado em nota acima.

j) para atos de investidura no Poder Judiciário da União, que os dispêndios com pessoal não tenham excedido 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 6% (seis por cento) da receita corrente líquida, tirante as investiduras em cargos já existentes de Juízes Federais e Ministros dos Tribunais Superiores;

k) para atos de investidura no Ministério Público da União, que os gastos com pessoal não tenham ultrapassado 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 0,6% (seis décimos por cento) da receita corrente líquida, fora as investiduras em cargos já existentes de Procuradores da República;

l) para atos de investidura no Poder Executivo dos Estados, que as despesas com pessoal não tenham superado 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 49% (quarenta e nove por cento) da receita corrente líquida, ressalvadas as investiduras decorrentes de vacância de cargos ou empregos já existentes nas áreas de educação, saúde e segurança, bem como excepcionas as investiduras provenientes de vacância em cargos já existentes que sejam de provimento automático, para órgãos que exigem número certo de participantes ou para entes que contam com apenas um componente;

m) para atos de investidura no Poder Legislativo dos Estados, que os dispêndios com pessoal não tenham excedido 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 3% (três por cento) da receita corrente líquida, tirante as investiduras oriundas de vacância de cargos já existentes de Deputados Estaduais e Conselheiros dos Tribunais de Contas do Estado e do Tribunal de Contas dos Municípios, onde houver, sendo que nesta última hipótese com um acréscimo de 0,4% (quatro décimos percentuais) retirados do Poder Executivo;

n) para atos de investidura no Poder Judiciário dos Estados, que os gastos com pessoal não tenham ultrapassado 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 6% (seis por cento) da receita corrente líquida, fora as investiduras em cargos já existentes de Juízes e Desembargadores;

o) para atos de investidura no Ministério Público dos Estados, que as despesas com pessoal não tenham superado 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 2% (dois por cento) da receita corrente líquida, ressalvadas as investiduras em cargos já existentes de Promotores e Procuradores de Justiça;

p) para atos de investidura no Poder Executivo dos Municípios, que os dispêndios com pessoal não tenham excedido 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 54% (cinqüenta e quatro por cento) da receita corrente líquida, excepcionadas as investiduras provenientes de vacância de cargos ou empregos públicos já existentes nas áreas de educação, saúde e segurança, bem como tirante as investiduras decorrentes de vacância em cargos ou empregos públicos já existentes que sejam de provimento automático, para órgãos que exigem número certo de participantes ou para entes que tenham apenas um integrante;

q) para atos de investidura no Poder Legislativo dos Municípios, que os gastos com pessoal não tenham ultrapassado 95% (noventa e cinco por cento) do percentual de 6% (seis por cento) da receita corrente líquida, excluídas as investiduras oriundas de vacância de cargos já existentes de Vereadores e Conselheiros Tribunais de Contas onde houver;

r) para atos de investidura no Poder Legislativo dos Municípios, que as despesas da folha de pagamentos, incluído o subsídio dos Edis, não ultrapasse a 70% (setenta por cento) das receitas da Câmara Municipal de Vereadores;

s) para atos de investidura no Poder Legislativo dos Municípios, que o total de dispêndios da Câmara Municipal de Vereadores, incluído o subsídio dos Edis, não supere o percentual estabelecido nos incisos I a IV, do artigo 29-A, da Constituição Federal[1121], que varia, dependendo da

[1121] - Citado em nota no início desse item.

população do Município, de 5% (cinco por cento) a 8% (oito por cento) do somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º, do artigo 153, e, nos artigos 158 e 159, todos da Carta Magna[1122].

Por evidente, somente pode ocorrer, juridicamente, um ato de investidura em postos do serviço público se obedecidos os *requisitos de ordem econômico-financeira* acima citados, razão pela qual constituem ilícitos os atos de investidura de servidores públicos praticados com violação dessas condições.

[1122] - Constituição Federal: *"Art. 153. ... § 5º. O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do* caput *deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos: I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou Território, conforme a origem; II - setenta por cento para o Município de origem. ... Art. 158. Pertencem aos Municípios: o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados; III - cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. ... Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma:* a) *vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;* b) *vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; II - do produto da arrecadação d imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. § 1º. Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I. § 2º. A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II. § 3º. Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II."*

Apesar da solução definitiva ocorrer apenas diante do caso concreto[1123], algumas premissas em abstrato podem ser mencionadas, quanto às conseqüências dos atos de investidura levados a termo com desrespeito das condições de ordem econômico-financeiras.

O artigo 4º, I, da Lei nº 4.717/65, *Lei de Ação Popular*[1124], dispõe que são nulos os atos de admissão no serviço público remunerado praticados com desobediência às normas legais. O artigo 21 da Lei Complementar nº 101/00[1125] prevê a nulidade do ato praticado com ofensa aos *requisitos de ordem econômico-financeira* que estipula. Destarte, por imposição legal, são nulos os atos de investidura nos postos do serviço público levados a efeito *com violação dos requisitos de ordem econômico-financeira*[1126].

Tendo em vista sua nulidade, pois em razão disso devem ser desfeitos com efeitos *ex tunc*, os atos de investidura de servidores públicos efetivados *com violação dos requisitos de ordem econômico-financeira* causam prejuízo ao patrimônio público, impondo-se, portanto, o ressarcimento dos danos causados à Administração Pública, os quais devem ser suportados por quem deu causa à nulidade[1127].

[1123] - Itens 23 e 24.

[1124] - Lei nº 4.717/65: *"Art. 4º. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer pessoas ou entidades referidas no art. 1º.: I - A admissão no serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais."*

[1125] - Lei Complementar nº 101/00: *" Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda: I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição; II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo. Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20."*

[1126] - Sobre nulidade dos atos de investidura praticados com ofensa ao ordenamento jurídico, item 25.

[1127] - Em relação a este tópico, itens 25 e 26.

Além da nulidade e do ressarcimento dos danos, estará o responsável por estes atos de investidura de servidores públicos, praticados com violação aos requisitos de ordem econômico-financeira, sujeito a punição nas esferas administrativa, criminal, por improbidade e política[1128].

Se a autoridade responsável for Prefeito Municipal estará, em tese, tipificado o crime previsto no inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67[1129], pois a violação dos *requisitos de ordem econômico-financeira* importa em nomear, admitir ou designar servidor contra expressa disposição de lei[1130].

Ainda quando o ato de investidura nos postos do serviço público for praticado com ofensa *aos requisitos de ordem econômico-financeira* configurar-se-á, em tese, o ato de improbidade previsto no artigo 11, *caput*[1131], da Lei nº 8.429/92, pois, em tal hipótese, há ofensa ao princípio e ao dever de legalidade[1132], uma vez que há violação requisitos previstos em lei como condição indispensável para atos de investidura nos postos do serviço público. Ainda na mesma situação, em tese, caracterizar-se-á, também, o ato de improbidade previsto no artigo 10, *caput*, da Lei nº 8.429/92[1133], pois, como já demonstrado, as despesas decorrentes de atos nulos geram prejuízo ao patrimônio público[1134]. Se a autoridade responsável vier a obter vantagem econômica em razão deste ato de investidura estará, em tese, também caracterizado o ato de improbidade previsto no artigo 9º, *caput*, da Lei nº

[1128] - Sobre punição da autoridade responsável por atos ilícito de investidura de servidores, item 27.

[1129] - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: ... XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei."*

[1130] - Sobre este crime e suas conseqüências, item 27.2.

[1131] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: "*

[1132] - Em relação a improbidade administrativa, item 27.3. Sobre o princípio da legalidade, item 33.

[1133] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:"*

[1134] - Em relação ao prejuízo ao erário causado pelo ato nulo, itens 25, 26 e 27.3. Sobre a improbidade administrativa, item 27.3.

8.429/92[1135]. A pessoa investida ilicitamente é beneficiária do ato de improbidade praticado pela autoridade responsável. Estando de má-fé, incorrerá no mesmo ato de improbidade administrativa praticado pela autoridade responsável pelo ato de investidura, por força do disposto em seu artigo 3º da Lei nº 8.429/2[1136].

Sempre que o ato de investidura nos postos do serviço público for praticado com ofensa *aos requisitos de ordem econômico-financeira*, sendo a autoridade responsável o Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores de Estado ou Secretários de Estado e o ato de ingresso se der em *cargo público*, estará caracterizado, em tese, o *crime de responsabilidade*, previsto no artigo 9º, 5., da Lei nº 1.079/50[1137], pois haverá infringência às normas que traçam requisitos para a investidura de *funcionários públicos*[1138]. Sendo a autoridade responsável Prefeito Municipal configurar-se-á, em tese, o *crime de responsabilidade* previsto no artigo 4º, VII, do Decreto-lei nº 201/67[1139], uma vez que nessa situação o Alcaide, em tese, terá praticado ato de sua competência contra expressa disposição de lei[1140]. Toda vez que o responsável for um Vereador, inclusive o Presidente da Câmara Municipal, caracterizar-se-á, em tese, os *crimes de responsabilidade* previstos nos incisos I e III, do artigo 7º do Decreto-lei nº 201/67[1141], pois o Edil terá utilizado o mandato para prática de atos de improbidade,

---

[1135] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente: "*

[1136] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 3º. As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."*

[1137] - Lei nº 1.079/00: *"Art. 9º. São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: .. 5. Infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais."*

[1138] - Sobre este crime de responsabilidade, item 27.4.

[1139] - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 4º. São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas a julgamento pela Câmara dos Vereadores com a cassação do mandato: ... VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;"*

[1140] - Em relação a este crime de responsabilidade, item 27.4.

[1141] - Decreto-lei nº 201/00: *"Art. 7º. A Câmara poderá cassar o mandato de Vereador, quando: I - Utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa. II - ... III*

bem como poderá ter procedido de modo incompatível com a dignidade da Casa Legislativa e faltado com o decoro em sua conduta pública[1142]. Se o Presidente da Câmara de Vereadores promover um ato de investidura no serviço público e, em razão disso, os gastos da Casa Legislativa Municipal com folha de pagamentos, incluído os subsídios dos Edis, superar 70% (setenta por cento) da receita, cometerá, em tese, o crime de responsabilidade capitulado no § 3º, do artigo 29-A, da Constituição da República[1143].

50. As condições dos atos de investidura nos postos do serviço público vistas até agora dizem respeito aos tempos normais. Há, contudo, algumas especificidades relativas a certos períodos, o que se pode chamar de ***requisitos especiais decorrentes de época***.

Uma limitação temporal já tradicional no direito brasileiro, objetivando a lisura dos pleitos, diz respeito ao impedimento de atos de investidura em *período eleitoral*. Atualmente, a matéria é regulada pelo inciso V, do artigo 73, da Lei nº 9.504/97[1144], o qual veda, sob pena de nulidade de pleno direito, atos de

---

- Proceder de modo incompatível com a dignidade da Câmara ou faltar com o decoro na sua conduta pública."

[1142] - Acerca deste crime de responsabilidade, item 27.4.

[1143] - Constituição Federal: *"Art. 29-A. ... § 1º. A Câmara Municipal não gastará mais de 70% (setenta por cento) de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio dos Vereadores. ... § 3º. Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo."* Sobre o assunto, item 27.4.

[1144] - Lei nº 9.504/97: *"Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: ... V - nomear, contratar, ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos 3 (três) meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de função de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais e Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa*

investidura nos postos do serviço público realizadas no período de três meses que antecedem as eleições até a posse dos eleitos, ressalvadas: a) nomeações para cargos em comissão e designações para funções de confiança; b) nomeações para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais e Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) nomeações de aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) nomeações ou contratações necessárias à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo.

Com mais rigor, mas com menos serenidade, uma vez que não contemplou exceções absolutamente necessárias, a matéria também é regulada pela Lei Complementar nº 101/00.

O parágrafo único, do artigo 21, da Lei Complementar nº 101/00[1145], proíbe que nos cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato do titular dos órgãos autônomos mencionados em seu artigo 20 (Poder Executivo, Casas Legislativas, Tribunais de Contas, Tribunais Judiciários e Ministério Público), haja ato de que resulte aumento de despesa com pessoal. Como os atos de investidura nos postos do serviço público, por evidente, implicam em aumento de despesa com pessoal, por uma interpretação meramente literal e isolada do citado dispositivo legal, estariam completamente vedados nos cento e oitenta dias imediatamente anteriores ao término do mandato dos dirigentes do Poder Executivo, das Casas Legislativas, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Judiciário e dos Ministérios Públicos, quaisquer atos de investidura de servidores.

Para contagem do período de proibição os dois dispositivos legais citados devem ser compatibilizados. Assim, a princípio, ficariam os atos de investidura no serviço público vedados nos seis meses anteriores ao término dos

---

autorização do Chefe do Poder Executivo; e) transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; "

[1145] - Lei Complementar nº 101/00: *" Art. 21. ... Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20."*

mandatos dos chefes dos órgãos autônomos referidos no artigo 20 da *Lei de Responsabilidade Fiscal*[1146] até a posse dos eleitos. Porém, no caso das eleições ocorrerem mais de três meses antes do término do mandato, quando se tratar de cargos e empregos nos Poderes Executivo e Legislativo, ressalvado o Tribunal de Contas, bem como nomeações para cargos em comissão e designações para funções de confiança, nomeações de aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo e nomeações ou contratações necessárias à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo, a vedação atingiria um período dos três meses que antecedem o pleito até a posse dos eleitos.

A Lei Complementar nº 101/00 não prescreveu exceção alguma à vedação de atos de investidura de servidores públicos no prazo de cento e oitenta dias antes do fim do mandato dos dirigentes dos órgãos autônomos, como havia feito, com mais equilíbrio e ponderação, a Lei nº 9.504/97.

A lei complementar em tela não percebeu que há órgãos públicos que exigem número certo de ocupantes, que existem entes com apenas um integrante e cargos públicos que são de provimento automático, como, *v.g.*, os cargos de uma Câmara de Tribunais Judiciários. Ora, não é razoável que o ordenamento jurídico esteja vedando a investidura de um Desembargador para completar o número de componentes de uma Câmara de um Tribunal de Justiça, ou, que esteja vedando a nomeação de um Secretário de Estado da Fazenda, quando os ocupantes anteriores destes cargos são exonerados, morrem ou aposentam-se nos cento e oitenta dias anteriores ao fim do mandato do Presidente do Tribunal ou do Governador do Estado. E, conforme ensinamento de Carlos Maximiliano, *"deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*[1147].

[1146] - Citado em nota no início desse item.

[1147] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

Por uma interpretação sistemática[1148], deve-se levar em conta o artigo 22, IV, da mesma lei complementar[1149]. Desta forma, com base nas mesmas considerações feitas no item anterior, quanto ao artigo 22, IV, da Lei Complementar nº 101/00, entende-se que o disposto no parágrafo único, do artigo 21, da mesma lei complementar[1150], comporta exceções, que são a vacância em cargos ou empregos já existentes nas áreas de saúde, educação e segurança, bem como a vacância em cargos já existentes que sejam de provimento automático, para órgãos que exigem número certo de participantes e para entes que sejam compostos apenas por um agente público, pois *"o que se pretende é que não haja aumento na despesa. Mera reposição não atinge o erário"*[1151].

Ademais, embora a vedação da lei complementar em tela dirija-se a todos os órgãos autônomos que, segundo o § 2º, de seu artigo 20[1152], são o Ministério Público, as Casas Legislativas, os Tribunais de Contas, os Tribunais Judiciários e o Poder Executivo, considerou apenas as peculiaridades deste último, onde o mandato de seu chefe é de quatro anos. Assim, como indagado pelo Grupo

---

[1148] - O ordenamento jurídico não é composto de compartimentos estanques, isolados entre si, não é um amontoado caótico de normas, mas um sistema harmônico e hierarquizado de regras e princípios, de forma que o verdadeiro sentido de cada norma somente pode ser obtido analisando-a no contexto deste sistema, nunca isoladamente. A propósito: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 128-130. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 134-136 e 189. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 321. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 405.

[1149] - Lei Complementar nº 101/00: *" Art. 22. .... Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso: ... IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; "*

[1150] - Transcrito em nota anterior.

[1151] - RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Fiscal*, p. 52.

[1152] - Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 20. .... § 2º. Para efeito deste artigo entende-se como órgão: I - o Ministério Público; II - no Poder Legislativo: a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União; b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas; c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal; d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver; III - no Poder Judiciário: a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição; b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver".*

de Trabalho do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado do Paraná sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: seria possível aos administradores do Tribunal de Contas, do Ministério Público e dos Tribunais Judiciários administrar adequadamente se em período correspondente à metade de seu mandato no primeiro caso e a um quarto dos mandatos nos demais, estivessem impedidos de praticar atos que importem aumento de despesa com pessoal? A resposta negativa impõe-se. Portanto, percebe-se que a interpretação literal do parágrafo único, do artigo 21, da Lei Complementar nº 101/00[1153], vedando quaisquer atos de investidura no serviço público, em quaisquer dos órgãos autônomos mencionados, nos cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato de seus dirigentes, sem qualquer exceção, não é razoável, conduz a absurdos e inconveniências, e não atende o interesse público. Então, a interpretação literal e isolada do parágrafo único, do artigo 21, da Lei Complementar nº 101/00 não pode ser aceita, pois, como diz Carlos Maximiliano, *"deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*[1154]. Ora, deve tal preceito legal ser interpretado de forma proporcional e razoável, de acordo com o elemento teleológico, sempre favorecendo e não prejudicando os interesses que a ordem jurídica visa proteger[1155].

Destarte, como exposto no item 27.4., concorda-se com a 2ª conclusão do Grupo de Trabalho do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado do Paraná sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, no sentido de que a vedação para atos que importem em aumento de despesa com pessoal antes do término do mandato deve ser interpretada proporcionalmente, de modo que cento e oitenta dias é aplicável apenas para um mandato de quatro anos ou mais, para um mandato de dois anos este prazo deve ser de noventa dias, para um mandato de um ano, de quarenta e cinco dias, e assim por diante.

[1153] - Citado em nota logo acima.

[1154] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

[1155] - Pelo elemento teleológico, na interpretação das normas jurídicas deve-se considerar sua finalidade, o espírito do texto. O sentido dado à norma deve ser de modo que esta atinja seu objetivo, devendo ser interpretada a favor e não em prejuízo do interesse que visou proteger. A respeito: PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 402. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 152 e 156.

Assim, em razão de uma interpretação razoável, proporcional e teleológica do disposto no parágrafo único, do artigo 21, da Lei Complementar nº 101/00, do previsto no inciso V, do artigo 73, da Lei nº 9.504/00, bem como do consignado no inciso IV, do parágrafo único, do artigo 22, da Lei Complementar nº 101/00[1156], conclui-se que **estão vedadas no período de cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato até a posse dos eleitos, os atos de investidura de servidores públicos nos órgãos autônomos cujos dirigentes tenham mandato de quatro anos, ressalvados os atos de investidura nos casos de vacância de cargos ou empregos públicos já existentes nas áreas de saúde, educação e segurança, bem como nos casos de vacância em cargos ou empregos públicos já existentes que sejam de provimento automático, para órgãos que exigem número certo de participantes e para entes compostos por apenas um agente público, sendo que nos órgãos autônomos cujo mandato dos dirigentes seja inferior a quatro anos deverá haver um abatimento proporcional do prazo de cento e oitenta dias. No caso de investidura de servidores nos Poderes Executivo e Legislativo, ressalvado o Tribunal de Contas, quando as eleições para cargos ocorrerem mais de três meses antes da posse dos eleitos estarão vedados os atos de investidura de servidores desde três meses antes do pleito, afora as exceções retro-citadas**.

Portanto, são ilícitos os atos de investidura de servidores públicos levados à efeito em *período proibido*, que não estejam excepcionados da vedação.

O artigo 4º, I, da Lei nº 4.717/65[1157], dispõe que são nulos os atos de admissão no serviço público remunerado praticados com desobediência das normas legais. O parágrafo único, do artigo 21 da *Lei de Responsabilidade*

[1156] - Dispositivos transcritos em notas acima.

[1157] - Lei nº 4.717/65: *"Art. 4º. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer pessoas ou entidades referidas no art. 1º.: I - A admissão no serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais."*

Fiscal[1158], considera nulos os atos de que importem aumento de despesa com pessoal realizados em período vedado, e atos de investidura de servidores públicos, por evidente, geram aumento de gastos com pessoal. Igualmente, o inciso V, do artigo 73[1159], da Lei nº 9.504/97, também prescreve a nulidade de atos de investidura efetivados em período eleitoral, que não estejam dentre as exceções que consigna. Destarte, por imposição legal, são nulos os atos de investidura nos postos do serviço público levados a efeito *em período vedado*[1160].

Tendo em vista a nulidade do ato, que deve ser desfeito com efeitos *ex tunc*, os atos de investidura de servidores públicos efetivados *em período proibido* causam dano ao patrimônio público, impondo-se, portanto, o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela Administração Pública, os quais devem ser suportados por quem deu causa à nulidade[1161].

Além da nulidade e do ressarcimento dos danos eventualmente causados ao erário, estará o responsável por estes atos ilícitos de investidura sujeito a punição nas esferas administrativa, criminal, por improbidade e política[1162].

[1158] - Lei Complementar nº 101/00: *"Art. 21. ... Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20."*

[1159] - Lei nº 9.504/97: *"Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: ... V - nomear, contratar, ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos 3 (três) meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de função de confiança; b) a nomeação para do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais e Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; "*

[1160] - Sobre nulidade dos atos de investidura praticados com ofensa ao ordenamento jurídico, item 25.

[1161] - Em relação a este tópico, itens 25 e 26.

[1162] - Sobre punição da autoridade responsável por atos ilícito de investidura de servidores, item 27.

Quando o ato de investidura nos postos do serviço público for levado a efeito *em período proibido imediatamente anterior ao término de mandato*, e não estiver abrangido por exceções agasalhadas pelo direito, tipifica-se, em tese, o crime descrito no artigo 359-G do Código Penal[1163], introduzido pela Lei nº 10.028/00, pois o ato de investidura de servidor público importa em executar ato que acarreta aumento de despesa com pessoal. Se a autoridade responsável for Prefeito Municipal estará, em tese, tipificado o crime previsto no inciso XIII, do artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67[1164], pois o ato de investidura de servidor público praticado em *período vedado* importa em nomear, admitir ou designar servidor contra expressa disposição de lei[1165].

Quando o ato de investidura nos postos do serviço público for praticado *em período vedado* e não estiver caracterizada uma exceção admitida pela ordem jurídica, configurar-se-ão, em tese, os mesmos atos de improbidade administrativa comentados no item anterior. Na mesma hipótese, também o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92[1166], poderá restar configurado, não só pelo atentado contra o princípio e o dever de legalidade[1167], como por violação aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[1168], caso o ato de investidura tenha em mira algum favor político ou benefício pessoal, o que levará a ofensa aos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições.

[1163] - Código Penal: *"Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."*

[1164] - Decreto-lei nº 201/67: *"Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: ... XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei."*

[1165] - Sobre este crime e suas conseqüências, item 27.2.

[1166] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: "*

[1167] - Em relação a improbidade administrativa, item 27.3. Sobre o princípio da legalidade, item 33.

[1168] - Sobre esses princípios, itens 29 a 32, 36 e 37.

Sempre que o ato de investidura nos postos do serviço público for praticado *em período vedado* e não estiver caracterizada uma exceção admitida pelo direito, restarão configurados, em tese, os mesmos crimes de responsabilidade citados no item anterior, com exceção do crime de responsabilidade previsto no § 3º, do artigo 29-A, da Carta Magna[1169].

51. Embora não diga, diretamente, respeito a investidura de servidores públicos em si, é importante comentar que a Constituição Federal veda a ***acumulação de cargos, funções ou empregos públicos remuneráveis***, a não ser nas exceções previstas no próprio Texto Maior.

Com efeito, reza a Carta Magna, nos incisos XVI e XII, do artigo 37:

" *Art. 37. ...*

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico.

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;"

[1169] - Constituição Federal: *"Art. 29-A. ... § 1º. A Câmara Municipal não gastará mais de 70% (setenta por cento) de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio dos Vereadores. ... § 3º. Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo."* Sobre o assunto, item 27.4.

Cargos de médico e professor não trazem dúvidas. Porém, o que são cargos técnicos pode gerar polêmica. Como explica Pinto Ferreira, "cargos técnicos *são 'aqueles para cujo desempenho é mister familiaridade com determinados métodos, sistematicamente organizados, que repousam no conhecimento científico, ministrado em determinada cátedra*"[1170].

Cargos privativos são os que só podem ser exercidos por pessoa com certa qualificação e por mais nenhuma outra. Assim, cargos privativos de médico são aqueles que contém atribuições que somente podem ser desempenhadas por profissional formado em curso superior de medicina.

Além das previstas no artigo 37, XVI, da Constituição Federal, existem outras exceções à norma da impossibilidade de acumular cargos, funções ou empregos públicos remunerados[1171]. Estas outras exceções estão estampadas nos artigos 38, III; 95, parágrafo único, I; e, 128, § 5º, II, *d*, da Carta Magna, bem como nos parágrafos do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Senão veja-se:

> " *Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:*
>
> ...
>
> *II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;*
>
> *III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;*
>
> ...

[1170] - PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 381.

[1171] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 371. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 123.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

...

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

...

Art. 128. O Ministério Público abrange:

...

§ 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

...

II - as seguintes vedações:

...

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

...

Art. 17. ...

§ 1º. É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta e indireta.

§ 2º. É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta."

Como apontado por Celso Ribeiro Bastos, a exceção prevista no § 2º, do artigo 17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, constitui rematado absurdo, tendo em vista que a acumulação de dois cargos remunerados de profissionais de saúde era proibida na Constituição anterior. Então, percebe-se que este preceito tornou válida situação que se instituiu de forma ilícita[1172].

Fora as mencionadas exceções, não se pode acumular dois postos remunerados do serviço público. Não importa a natureza dos postos do serviço público, ou seja: não se pode acumular dois cargos remunerados, dois empregos remunerados, duas funções remuneradas, um cargo remunerado e um emprego remunerado, um cargo remunerado e uma função remunerada, ou, um emprego remunerado e uma função remunerada. É que, os incisos XVI e XVII, do artigo 37, da Carta Magna, acima transcritos, devem ser analisados conjuntamente. À proibição ao acúmulo de cargos públicos remunerados, constante do inciso XVI, deve ser somada a vedação da somatória de remuneração de funções e empregos, fixada no inciso XVII.

O termo *remunerada*, grafado no inciso XVI, do artigo 37, da Constituição Federal[1173], quer significar *qualquer recebimento de dinheiro dos cofres públicos em retribuição ao exercício do cargo, emprego ou função, a qualquer título que seja*, pois tanto numa linguagem coloquial, como numa linguagem técnica, *remuneração* é o gênero que engloba quaisquer espécies de vantagens pecuniárias recebidas pelos agentes públicos. A doutrina, desde há muito tempo vem realçando que o termo *remuneração* abrange quaisquer ganhos do agente público, como se vê das lições de Pinto Ferreira:

> " *Esclarece Carlos Maximiliano (Comentários à Constituição Brasileira, cit., v. 3, pág. 239): 'Por isto andou bem orientado quem preferiu o termo remuneração, que no Direito Brasileiro sempre teve acepção mais ampla, e abrange até o que se granjeia por atos de benemerência ...' . No mesmo sentido já opinava Perdigão Malheiro no século passado, tendo em vista o conceito amplo de* remuneração.

[1172] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 127.

[1173] - Copiado acima.

Pelo Decreto nº 7.203, de 12-8-1909, subscrito por Nilo Peçanha e todo o seu Ministério, o termo remuneração é amplo, e abrange vencimentos, subsídios, gratificações, comissões, ordenados, honorários, soldos."[1174](grifou-se)

Os autores modernos orientam-se no mesmo sentido, considerando o termo *remuneração* como o gênero que engloba todas as espécies de ganhos pecuniários dos agentes públicos[1175].

Esta observação é necessária, pois há tentativa de *interpretações acomodatícias*, no sentido de descaracterizar certos *valores*, tais como *verbas de representação*, como abrangidos no conceito de *remuneração* e, assim, permitir *acumulações remuneradas*[1176]. Entretanto, estas *interpretações acomodatícias* não são possíveis, pois, como visto, a Constituição Federal usou uma expressão *lata*, *ampla*, como *remuneração*, demonstrando, com clareza, que está proibida qualquer acumulação de ganhos provenientes do Poder Público.

Ademais, o uso do elemento teleológico[1177], confirma essa interpretação literal. Com efeito, é fácil perceber que a *mens legis*, o desiderato, dos dispositivos constitucionais que vedam a acumulação remunerada de postos do serviço público é impedir que uma pessoa receba dinheiro de duas fontes públicas, não interessa a que título. Pouco importa se é *salário*, *vencimento*, *verba de representação* ou qualquer outra coisa. Continua sendo *remuneração*, continua sendo *dinheiro*.

[1174] - PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 380.

[1175] - Neste sentido, dentre outros: DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 133-134. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 385. JOAQUIM CASTRO AGUIAR, *Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição*, p. 78. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, p. 455.

[1176] - PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 380.

[1177] - A norma jurídica deve ser entendida de acordo com seu desiderato, com a finalidade que desejou alcançar, de modo que atinja completamente o objetivo para o qual foi concebida, devendo ser interpretada a favor e não em prejuízo do interesse que visou proteger. Neste sentido: PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 402. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 152 e 156.

Esta intenção é facilmente confirmada quando são perquiridos os motivos em vedar a acumulação remunerada. Tais razões seriam a eficiência, pois poucos são os que desempenham bem duas funções, bem como a preservação dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade e democrático, pois a norma visou impedir que pessoas privilegiadas tivessem mais de uma fonte de renda do Poder Público[1178].

A doutrina, *desde há muito tempo* vem realçando esta intenção da norma de vedação da acumulação remunerada de postos do serviço público:

> " *O Aviso nº 89, de 4-6-1847, concluía: 'A lei tem criado os empregos para o bem público, e não para benefício de quem os ocupa; e esta é uma das razões por que antiquíssimas e expressas disposições têm sancionado a doutrina de não se acumularem os ofícios em uma só pessoa'.*
>
> *Em 1655, o Padre Antônio Vieira pregou na Capela Real o* Sermão do Décimo Terceiro Domingo da Quaresma, *verberando o abuso das acumulações remuneradas.*
>
> *A legislação da Colônia sobre empregos acumulados foi ratificada ao fim do Brasil-Colônia pelo Decreto de 18-6-1822, proibindo que uma mesma pessoa tivesse mais de um ofício ou emprego e recebesse mais de um ordenado.*
>
> *A CF de 1891 preceitua: 'Art. 73. Os cargos públicos civis ou militares são acessível a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas'.*
>
> *Apesar da clareza diamantina, propalaram interpretações acomodatícias, relembra Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição brasileira, *cit., v. 3, p. 238).*

[1178] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 123.

O legislador constituinte usou a palavra cargo púbico, civil ou militar, *termo bem mais amplo, evitando referir-se a* emprego, posto ou mandato. *Usou também a palavra genérica* remuneração, *evitando os termos* vencimentos, ordenado, soldo, gratificação, subsídio, emolumentos, custas, *termos que são menos genéricos.*

...

Diversos acórdãos do STF se orientaram nesse sentido (Revista do STF, 2:217 e 19:29), especialmente com pronunciamento do eminente Pedro Lessa. " [1179]

(grifou-se)

No mesmo diapasão os autores mais modernos, inclusive salientando que um mesma pessoa não consegue bem desempenhar duas funções públicas ao mesmo tempo[1180].

Ora, o objetivo da norma constitucional seria frustrado caso algumas verbas recebidas por certos agentes públicos, em razão de titularizarem determinados postos do serviço público, não fossem consideradas como *remuneração*.

Outrossim, importante destacar que a proibição de acumular não está restrita aos cofres do mesmo ente federado, mas a quaisquer deles entre si. Ou seja: não se pode, por exemplo, acumular um cargo público federal remunerado com um emprego público estadual remunerado, e assim por diante[1181].

Atente-se que a Constituição Federal proíbe a acumulação remunerada de postos do serviço público, de forma que pareceria possível a acumulação de cargos, empregos e/ou funções, desde que apenas um seja

---

[1179] - PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 379-380.

[1180] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 69-70. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., p. 381. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 123.

[1181] - PINTO FERREIRA, *op. cit.*, p. 380.

remunerado[1182]. Porém, como adverte Celso Ribeiro Bastos, a intenção da Carta Magna foi excepcionar aqueles postos do serviço público que não são remunerados por sua natureza e não que o agente público renuncie a remuneração para acumular dois postos do serviço público exercidos concomitantemente, o espírito da Constituição Federal é proibir a acumulação de dois cargos *remuneráveis*[1183].

As exceções previstas na Carta Magna apenas são possíveis somente quando houver compatibilidade de horários, o que exige não apenas que os horários não se sobreponham, como também que estejam separados pelo espaço de tempo normal, e crível, para possibilitar o repouso e o deslocamento[1184].

As exceções previstas na Constituição Federal admitem apenas o acúmulo de dois postos remunerados, não há a possibilidade de acumular três[1185].

Destarte, **em razão da proibição de acumular postos do serviço público *remuneráveis*, constante nos incisos XVI e XVII, do artigo 37, da Constituição Federal[1186], é requisito de investidura em cargo ou emprego público que, no momento da posse em um posto do serviço público, a pessoa não detenha outro cargo, função ou emprego público *remunerável*.**

Se a pessoa investida, antes de tomar posse em cargo ou emprego público *remunerável*, não se exonere, ou quando possível se licencie, de outro posto do serviço público *remunerável* que eventualmente detenha, haverá ilicitude da segunda investidura. Não só por ofensa aos dispositivos constitucionais citados e, via de conseqüência ao princípio da legalidade, como também por violação aos princípios da moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público[1187].

[1182] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 371.

[1183] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 126.

[1184] - PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 381.

[1185] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 371.

[1186] - Escrito acima.

[1187] - Sobre esses princípios, itens 29, 32, 33, 36 e 37.

O desrespeito ao princípio da moralidade advém do fato de que a própria Constituição Federal não considera honesto perceber dinheiro de duas fontes públicas. A desobediência aos princípios da eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público vem do fato de que, como ninguém desempenha bem duas funções públicas, a acumulação implica em perda de qualidade, e, em pior relação custo/benefício para a Administração Pública, o que não consulta o interesse público.

Esta segunda investidura, por violar princípios da Administração Pública, é ato nulo[1188].

Tratando-se de ato nulo, que deve ser desfeito com efeitos *ex tunc*, as despesas dele decorrentes, principalmente a dupla remuneração, constituem dano ao erário, o que implica na necessidade de ressarcimento dos prejuízos, na forma já narrada no item 44[1189].

Como trata-se de ato ilícito, causador de dano ao patrimônio público e ofende princípios da Administração Pública, o agente responsável, dependendo de sua boa ou má-fé, estará sujeito a sanções administrativas, criminais, por improbidade e políticas, nos termos mencionados no item 44.

Outrossim, cabe destacar que, em tese, a pessoa ilicitamente investida comete ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito, descrito no artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.429/92[1190], pois a remuneração oriunda da segunda investidura constitui vantagem patrimonial indevida auferida em razão do exercício de um posto do serviço público. Ademais, por óbvio, em tal caso, este indivíduo sabe que estava sendo investido num segundo posto remunerado do serviço público.

[1188] - Sobre a nulidade do ato de investidura cujo motivo ou fim são ilícitos, item 25.

[1189] - Sobre nulidade do ato de investidura no serviço público, item 25. Sobre o ressarcimento de danos, item 26.

[1190] - Lei nº 8.429/92: *"Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente: "*

52. Conforme diversas vezes apontado, os postos do serviço público foram, e infelizmente ainda são, ***utilizados em proveito pessoal*** e não, como deveriam, no interesse público. Esta prática é consubstanciada através de situações ilícitas e divorciadas do interesse público, como *nepotismo*, *clientelismo*, *empreguismo*, *assistencialismo*, e uso *eleitoreiro* dos *cargos* e *empregos públicos*.

Nepotismo é a distribuição de *cargos* e *empregos públicos* a parentes. *Uso eleitoreiro* dos *cargos* e *empregos públicos* é o fato de aproveitar-se do poder político para *dar emprego* a pessoas em troca de vantagens político-eleitoreiras, que podem ser expressas, como cumprimento de promessas feitas na campanha eleitoral, ou mesmo implícitas, como as caracterizadas pelo fato da pessoa investida ficar *devendo favor* a quem o investiu. *Assistencialismo*, *empreguismo* e *clientelismo*, são práticas de distribuição desmesurada, desmotivada e desarrazoada dos postos do serviço público, o que ocorre, normalmente, associado com o *nepotismo* ou com o *uso eleitoreiro* dos postos do serviço público.

Estas situações, infelizmente, são muito comuns, como constata Cármen Lúcia Antunes Rocha, citando Victor Nunes Leal, ao afirmar que quando alguém ocupa um posto de comando, não é raro ver seus amigos, conterrâneos, vizinhos e parentes serem investidos em diversos cargos de confiança[1191].

Todavia, conforme já exaustivamente salientado, os atos de investidura nos postos do serviço público devem estar de acordo com os princípios que regem a Administração Pública, devendo os cargos e empregos públicos serem preenchidos de acordo com o *interesse público* e não com o *interesse particular*.

O uso particular dos postos do serviço, com as práticas acima citadas (*nepotismo*, *clientelismo*, *empreguismo*, *assistencialismo*, e uso *eleitoreiro* dos *cargos* e *empregos públicos*), caracteriza ofensa aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público.

[1191] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 117.

Os princípios da igualdade e impessoalidade[1192] são violados, uma vez que, em tais hipóteses, o ato de investidura não é feito no interesse público, mas tendo como causa e/ou objetivo *beneficiar* a pessoa investida no cargo ou emprego público e/ou o administrador público. Como visto[1193], um dos conteúdos do *princípio da impessoalidade* proíbe diferenças de tratamento entre os administrados, não permite *benesses ou detrimentosas*, *favoritismos ou desfavoritismos*, pois para a Administração Pública todos devem ser tratados objetivamente[1194], sob pena de ofensa ao direito fundamental da *igualdade*[1195].

O princípio da moralidade é ofendido, uma vez que o motivo e/ou a finalidade do ato de investidura não está de acordo com o *interesse público*, mas, preponderantemente, com o interesse da pessoa investida e/ou do administrador público. Ora, esse tipo de conduta, por evidente, não condiz com os *standards* comportamentais que espelham os *valores morais* que a sociedade espera de seus agentes públicos na busca do bem comum, tampouco com as regras internas da Administração Pública ou com os padrões de boa administração[1196].

Os princípios da eficiência e economicidade são desrespeitados, na medida em que a escolha do servidor não é feita em razão das melhores qualidades da pessoa investida, mas em função das relações que esta mantém com a autoridade nomeante e/ou de acordo com os interesses e conveniências de

---

[1192] - Sobre esses princípios, itens 30 e 31.

[1193] - Item 31.

[1194] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 70. No mesmo sentido, dentre outros: LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 49-50. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 6. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O servidor público na Constituição de 1988*, p. 73-74.

[1195] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 165-166 e 168-169. Esclareça-se apenas que, como advertido por JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 196-197, a *igualdade perante a lei* no direito brasileiro tem o significado de *igualdade na lei*, dado pela doutrina estrangeira, ou seja, a impossibilidade da lei traçar distinções que não sejam possibilitadas pela própria Constituição.

[1196] - Sobre o princípio da moralidade, item 29. Sobre motivo e finalidade do ato administrativo de investidura de servidores públicos, item 25.

ambas. Com uma escolha baseada em tais critérios, a Administração Pública está sendo privada, ao menos potencialmente, de contar com o melhor servidor, com aquele que poderia realizar as funções inerentes ao cargo ou emprego público com mais eficiência, o que representaria uma melhor relação custo/benefício para o Poder Público e atenderia o interesse público[1197].

É importante ressaltar que não está proibido, em qualquer hipótese, o acesso aos postos do serviço público a quem seja parente, amigo ou correligionário político de administrador público. O ingresso em cargo ou emprego público a tais pessoas é possível, mas desde que não haja violação aos princípios que regem a Administração Pública. Estas pessoas podem prestar concurso público e, sendo aprovadas, serão investidas no cargo ou emprego público respectivo. O que não pode ocorrer é o favorecimento, em razão de suas relações com algum agente público. Se houver um benefício há desvio de finalidade e atentado contra os princípios acima especificados. Se o ato de investidura é realizada sem prévia aprovação em concurso público, pode ocorrer, também, violação à norma que impõe o anterior êxito em concurso, como requisito de investidura de servidores públicos, como comentado no item 44. Se houver um favorecimento no concurso público, há fraude nesse certame, com as conseqüências mencionadas no item 45.4.

E se a investidura se der em cargo de provimento em comissão, que é de livre nomeação e exoneração?

À primeira vista ter-se-ia a impressão de que, por se tratar de cargos de livre nomeação e exoneração, desde que estejam previsto em lei como de provimento em comissão e que as suas funções sejam de confiança política[1198], não haveria qualquer problema. Poderiam ser investidos em tais postos do serviço público parentes, amigos ou correligionários políticos da autoridade nomeante, a seu bel prazer, pois o provimento desses cargos seria de sua inteira responsabilidade, sendo que a única possibilidade de vedar o uso privado dos cargos ou empregos em comissão seria a eventual proibição legal da nomeação de parentes.

[1197] - Sobre os princípios da eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, itens 32, 36 e 37.

[1198] - Sobre a investidura nos cargos de provimento em comissão, item 46.

Entretanto, não é bem assim. Deve-se notar que, em alguns casos, mesmo a lei não vedando nomeação de parentes, não pode a autoridade responsável investir quem bem entenda, mesmo em cargos ou empregos de provimento em comissão. De fato, em algumas situações exige-se qualificação técnica para a função a ser desempenhada, hipótese em que não se poderá investir quem não tenha a qualificação exigida. Em outros casos, poderá ocorrer violação aos princípios da Administração Pública, o que se verifica quando o móvel e/ou a intenção do ato de investidura não seja o interesse público, mas o interesse particular da pessoa investida e/ou do administrador público. Ademais, lembre-se que os cargos e empregos em comissão não existem para atender privilégios pessoais, mas por uma necessidade de interesse público, como ficou consignado no item 46.2.

Portanto, **os cargos e empregos de provimento em comissão, embora livre nomeação e exoneração, não representam arbítrio e não podem ser fonte de privilégios pessoais, incompatíveis com os princípios democrático e republicano, bem como a investidura nesses postos do serviço público não pode ofender os princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público**[1199].

O Tribunal de Contas da União, analisando caso de investidura de parentes em cargos em comissão admite que o *nepotismo* é ato que ofende o *princípio da moralidade*[1200]. Discorda-se do entendimento deste tribunal apenas no ponto em que diz que: *"não há, contudo, como coibir tal prática, a não ser pela via legislativa"*. É que, com a inserção do princípio da moralidade na Carta Magna este princípio adquiriu dimensão própria, independente do princípio da legalidade[1201].

[1199] - CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais dos Servidores Púbicos*, p. 191. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 50.

[1200] - Ata nº 16/92, do Tribunal de Contas da União, *in*: Revista de Direito Administrativo (RDA) nº 189, p. 370, 372 e 374.

[1201] - Item 29.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio permite que um ato administrativo possa ser impugnado sob alegação de que é imoral, embora seja legal[1202].

Destarte, mesmo nas hipóteses de cargo de provimento em comissão, desde que a nomeação esteja em desconformidade com os princípios da que regem a Administração Pública e/ou que atente contra os elementos da motivação e/ou finalidade do ato de investidura, o que pode ser revelado pelo parentesco ou amizade entre a autoridade nomeante e o nomeado, aliado à falta de qualificação técnica da pessoa investida, o ato de investidura será ilícito.

Como consignado, os atos de investidura de servidores públicos que importem em utilização pessoal dos postos do serviço público, em quaisquer de suas variantes, inclusive quando se trate de provimento de cargos em comissão, são atos ilícitos, que violam os princípios da Administração Pública.

Estes atos ilícitos, por violarem princípios da Administração Pública, bem como por apresentar vícios nos seus elementos formadores, o motivo e/ou a finalidade, são atos absolutamente nulos, sem possibilidade de convalidação[1203].

Tratando-se de atos absolutamente nulos, que devem ser desfeitos com efeitos *ex tunc*, as despesas deles provenientes, inclusive a remuneração das pessoas investidas, representam dispêndios licitamente não devidos pelo erário, caracterizando, portanto, prejuízo ao patrimônio público, o que implica na necessidade de ressarcimento dos danos, na forma já comentada no item 44[1204].

[1202] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 70. WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, *Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função*, p. 32. MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Ética e Administração Pública*, p. 60.

[1203] - Sobre a nulidade do ato de investidura cujo motivo ou fim são ilícitos, item 25.

[1204] - Sobre nulidade do ato de investidura no serviço público, item 25. Sobre o ressarcimento de danos, item 26.

Como o ato ilícito em comento, potencialmente, é nulo, causador de dano ao patrimônio público e ofende princípios da Administração Pública, o agente responsável estará sujeito a sanções administrativas, criminais, por improbidade e políticas, nos termos mencionados no item 44.

53. Embora tenha-se, até agora, tratado indistintamente dos atos de investidura nos postos de trabalho da Administração direta e indireta, é preciso, para não deixar dúvidas, enfatizar alguns pontos específicos em relação a ***Administração indireta***.

53.1. Logo de início, mister se faz deixar claro que **as normas constitucionais que estabelecem a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, bem como a ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos, estendem-se, também, aos órgãos da *Administração indireta***.

Esta conclusão deflui do próprio Texto Constitucional.

Primeiro, porque o *caput* do artigo 37 da Carta Magna[1205] menciona que os princípios e regras constantes de seus incisos aplicam-se tanto à *Administração direta*, quanto à *Administração indireta*, pois *"a idéia central contida no art. 37 é a de que seus mandamentos se aplicam a todas as formas de administração"*[1206].

[1205] - Constituição Federal de 1988l: *"Art. 37. A administração pública direta, 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: ".*

[1206] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 43. No mesmo sentido: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 34 e 35. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 352. CARLOS AYRES BRITTO, *Concurso Público Requisitos de Inscrição*, p. 64.

Segundo, porque o inciso II, do artigo 37, da Constituição da República[1207], que fixa a necessidade antecedente êxito em concurso, como condição de ingresso nos postos do serviço público, refere-se não apenas a cargo, mas também a emprego público, e, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello *"a expressão emprego público não tem necessariamente o significado de emprego em pessoa de direito público. Antes e mais adequadamente deve ser entendida como emprego no 'setor público'. ... Logo, emprego público é emprego na Administração Pública, seja direta ou indireta, manifestada por pessoa de direito público ou de direito privado"*[1208] (grifou-se). Ora, se emprego público é emprego no setor público, seja na Administração direta ou indireta, e, como visto acima, se qualquer possibilidade de investidura em postos do serviço público sem prévia aprovação em concurso deve, necessariamente, estar prevista expressamente no Texto Constitucional[1209], não se pode ter dúvida de que, ao mencionar emprego no inciso II, de seu artigo 37[1210], a Constituição Federal estendeu a obrigatoriedade de precedente sucesso em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, também para os entes da *Administração indireta*. A esse respeito, lembre-se que a inserção do termo emprego, no citado dispositivo constitucional, teve como um de seus desideratos apanhar também os órgãos da *Administração indireta*, fonte constante de *fuga* do pressuposto da necessidade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura dos servidores públicos.

Terceiro, porque no inciso III, de seu artigo 71[1211], da Carta Magna, que prevê a obrigatoriedade da análise da legalidade das admissões

---

[1207] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; "*

[1208] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 36. O autor, inclusive, faz um paralelo com a *empresa pública*, que apesar do nome é pessoa jurídica de direito privado.

[1209] - Item 43, especialmente 43.2.

[1210] - Transcrito em nota anterior.

[1211] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: ... III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e*

pessoal pelo Tribunal de Contas, inclui os entes da *Administração indireta*, excluindo apenas as nomeações para cargos em comissão. Ora, se é preciso a analise da legalidade dos atos de admissão de pessoal na *Administração indireta* pelo Tribunal de Contas, ressalvadas apenas as nomeações para cargos em comissão, que são livres, é porque os atos de investidura de pessoal nos entes da *Administração indireta* não são livres. Se fossem não haveria necessidade da aferição de sua legalidade pelo Tribunal de Contas, tal como ocorre com os cargos em comissão[1212].

Com proficiência, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que o fato da Constituição Federal ter incluído na redação do inciso XVII, do artigo 37[1213], os empregos e funções da *Administração indireta*, não significa que a não inserção de redação expressa abrangendo os entes da *Administração indireta* no inciso II, do mesmo artigo[1214], implique na desnecessidade de anterior aprovação em concurso, para ingresso em *empregos* nestes organismos[1215]. Explica que a alusão a *Administração indireta* no citado inciso fez-se necessária face a redação restritiva do inciso XVI, do mesmo artigo 37[1216], onde a Carta Magna traçou a proibição de acumular apenas para os cargos públicos, de forma que, para dirimir dúvidas, foi necessário uma regra que se estendesse a à *Administração indireta*[1217].

---

indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões e aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório."

[1212] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 37.

[1213] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 37. ... XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente pelo poder público; "*

[1214] - Transcrito em nota anterior.

[1215] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 37.

[1216] - Constituição Federal de 1988, redação atual: *"Art. 37. ... XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) a de dois cargos privativos de médico;"*

[1217] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 37.

Aliás, o referido inciso XVII, mais uma vez, revela o espírito da Carta Magna em ver todos os princípios e regras do artigo 37 aplicados a quaisquer entes criados pelo Poder Público, sejam pessoas de direito público ou privado.

Destarte, a prévia aprovação em concurso público também é condição necessária, como regra geral, para o ingresso nos *empregos* da *Administração indireta*[1218].

53.2. Adilson Abreu Dallari e Celso Antônio Bandeira de Mello, não obstante admitam que a prévia aprovação em concurso, também é requisito para o ingresso em empregos da *Administração indireta*, procuram abrandar o comando constitucional em relação às ***empresas da Administração indireta exploradoras atividade econômica***. Entendem que, nessas empresas paraestatais, é possível a contratação não precedida de sucesso em concurso público[1219]. Entretanto, as justificativas oferecidas para embasar tal posicionamento são meramente de *ordem prática*, não jurídica. Senão veja-se:

> *"... - embora também obrigadas, como regra, ao regime de concurso público para admissão de pessoal - vejam-se na contingência de dispensá-lo perante situações em que, se não o fizessem, frustrariam a necessidade de uma atuação expedita inerente ao cumprimento de seus fins e requerida pelas circunstâncias do momento ou perderiam a possibilidade de admitir pessoal qualificado que não se interessaria em disputar concursos, por ser de pronto absorvido pela demanda do mercado."* [1220] (grifou-se)

[1218] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 35, 38, 40-42, bem como *Curso de Direito Administrativo*, p. 163, ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 37. DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 128. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 364. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 377.

[1219] - ADILSON ABREU DALLARI, *op. cit.* p. 38. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 161, nota 7, e, 163-164, bem como em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 41-42 e 60.

[1220] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 161, nota 7. Também em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 40-42.

Mencionam, esses autores, como base de seus entendimentos, o artigo 173, § 1º (atual 173, § 1º, II), da Constituição Federal[1221]. Porém, sem maior fundamentação de sua aplicação ao caso em exame. Não justificam o porque tal preceito constitucional serviria de substrato jurídico para a mitigação do requisito de anterior êxito em concurso, como pressuposto de investidura nos empregos das *empresas estatais exploradoras de atividade econômica*[1222].

Os próprios doutrinadores citados, contradizendo-se, apresentam razões pelas quais o artigo 173, § 1º (atual 173, § 1º, II), da Constituição da República, não é capaz de arredar, ou atenuar, a norma da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público, como requisito da investidura em *empregos* nessas empresas. Observe-se por suas próprias palavras:

> *"... não há uma incompatibilidade lógica entre a função exercida e o concurso público. Sendo a dificuldade apenas de ordem material ..."*[1223] (grifou-se)

> *"... . 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 as obrigações trabalhistas.*
>
> *...*

[1221] - Constituição Federal de 1988, redação original: *"Art. 173. ... § 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias." Constituição Federal de 1988, redação atual: Art. 173. ... § 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo: ... II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários."*

[1222] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 40-42. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 38.

[1223] - ADILSON ABREU DALLARI, *op. cit.*, p. 38.

Finalmente, também não quadraria supor que a obrigação de concurso fica absolvida perante as empresas estatais exploradoras de atividade econômica; ...

Deveras, o art. 37 não distinguiu, na sujeição ao concurso público, empresas exploradoras de atividade econômica das empresas prestadoras de serviços púbicos, vale dizer, daquelas atividades estatais por excelência. Tratou-as ali uniformemente, por inclusas na expressão genérica 'administração indireta'. Não tendo feito, nesta matéria, acepção entre umas e outras resulta que não pretendeu discriminá-las quanto a isto. ***De nada valeria, então, buscar uma pretensa excludente da obrigação de concurso no § 1º do art. 173,*** sub color *de que as empresas estatais que exploram atividade econômica foram por ele assujeitadas 'ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.*

...

...seria ingênuo, quase infantil, tomar o parágrafo 1º do art. 173 desconectado com o restante do Texto Constitucional e hipertrofiar-lhe o alcance, com base simplesmente na literalidade de sua linguagem adotada de modo desabrido, para extrair, exclusivamente disto, liberação destas estatais do dever de se assujeitarem ao princípio do concurso público, necessitando, ainda, para chegar a tal resultado, de por-se às textilhas do art. 37." [1224] (grifou-se)

Ora, constituem regras de hermenêutica jurídica não fazer distinções onde a lei não distinguiu, bem como que quando o texto legal menciona o gênero presumem-se abrangidas todas as espécies[1225]. Então, como enfatizado pelo próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, na lição supra-transcrita, sob a categoria maior *Administração indireta*, estão abarcadas tanto as estatais *exploradoras de atividade econômica*, quanto as estatais *não exploradoras de atividade econômica*.

[1224] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 35, 38 e 40-41.

[1225] - ANDRÉ RAMOS TAVARES, ANDRÉ RAMOS, *Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei*, p. 52, inclusive nota 30. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 246.

Também é regra de hermenêutica jurídica compreender que o engano de redação pode ocorrer, mas não se presume, tem de ser demonstrado[1226]. Assim, se as empresas estatais *exploradoras de atividade econômica* estão abrangidas no gênero *Administração indireta*, não há motivo jurídico para excluí-las do âmbito de incidência do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal[1227], o qual obriga, como regra geral, que a investidura nos postos do serviço público seja precedida de aprovação em concurso. Para reforçar este entendimento, aponte-se que quando a Constituição da República desejou excluir alguns entes da *Administração indireta* o fez expressamente, como se pode notar no artigo 169, § 1º, II, da Constituição Federal[1228].

Conforme o princípio unidade da Constituição[1229], para que haja uma cedência recíproca entre os dois dispositivos constitucionais (inciso II, do artigo 37, e, 173, § 1º, II), buscando a otimização de ambos, a única interpretação possível é que o artigo 173, § 1º, II, da Carta Magna[1230] (atual 173, § 1º), que menciona estarem as estatais *exploradoras de atividade econômica* sujeitas ao regime jurídico

---

[1226] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 109-110.

[1227] - Citado em nota anterior.

[1228] - Constituição Federal: *"Art. 169. ... § 1º. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos ou funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: ... II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista."*

[1229] - Pelo princípio da unidade, no caso de duas normas constitucionais aparentemente em conflito, deve-se achar o ponto de equilíbrio e o espaço de incidência de cada uma delas, para que ambas sejam otimizadas e não repelidas. Isto se faz por um processo de cedência recíproca, sem que uma venha a afastar completamente outra, de modo que ambas tenham uma incidência ótima. Tal é conseguido se não forem interpretadas de forma absoluta. Portanto, para evitar antagonismos, a Constituição deve ser considerada na sua globalidade, não pode o intérprete considerar suas normas isoladas, mas apenas como preceitos integrados num sistema unitário de normas e princípios, detectando-se a vontade da Constituição. A respeito do tema: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1035-1036 e 1096-1097. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 189, 190, 192 e 193. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional* p. 99, inclusive nota 3. KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 45 e 46.

[1230] - Citado em nota acima.

próprio das empresas privadas, inclusive quanto as obrigações trabalhistas, aplica-se apenas ao regime jurídico que seus trabalhadores estarão sujeitos depois de ingressarem em tais empregos, mas não se aplica a investidura nos empregos destas empresas paraestatais, que tem sua disciplina nos incisos I e II, do artigo 37, da Constituição Federal[1231].

Ademais, também deve ser observado que não obstante ser aplicado o regime da Consolidação das Leis do Trabalho para regência das obrigações trabalhistas das empresas estatais *exploradoras de atividade econômica*, em relação a estas tal regime não vigora na sua inteireza, sofrendo interferências de normas de direito público, como destacado por Diogenes Gasparini:

> *" ... . Tal regime é uma decorrência normal da natureza privada dessas pessoas (...) e uma imposição dos arts. 173, § 1º, da Constituição Federal, e 192 do mencionado Decreto-Lei, ao qual se agregam, em razão da origem que têm e aporte de recursos públicos para sua constituição, limitações de ordem administrativa, reveladoras do interesse público que devem perseguir. Assim, a vinculação obedece às normas 'celetistas'* ***e às administrativas, que prescrevem, por exemplo, a obrigatoriedade do concurso para ingresso*** *e a necessidade de qualquer desligamento ter o interesse público, que deve estar subjacente, devidamente demonstrado. Essas ingerências administrativas não descaracterizam o regime celetista."* [1232]
>
> (grifou-se e destacou-se)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também é expressa neste sentido, ao dizer que os contratados sob o regime da legislação trabalhista, *"embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no capítulo VII, do título III, da Constituição."* [1233] (grifou-se)

[1231] - Dispositivos citados em notas anteriores.

[1232] - DIOGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 142. Sobre a não aplicação de um regime privado integral, também CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 38-40.

[1233] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 355.

Destarte, percebe-se que não há argumento jurídico capaz de dispensar o requisito da prévia aprovação em concurso público, para o ingresso em *empregos* nas paraestatais *exploradoras de atividade econômica*. E, como já frisado, não se pode forçar uma interpretação apenas em razão de *conveniências administrativas*[1234]. Ainda mais quando é contrária aos cânones da hermenêutica.

Saliente-se, outrossim, que as ditas *conveniências materiais* alegadas por Celso Antônio Bandeira de Mello são extremamente subjetivas, pois: a) o que frustraria a necessidade de uma atuação expedida destas empresas? b) quais os casos em que a realização de concurso tolheria a possibilidade destas empresas atraírem bons profissionais, que seriam rapidamente absorvidos pelo mercado? c) quando o concurso bloquearia o desenvolvimento normal destas empresas? São perguntas que só admitem respostas subjetivas. Variáveis ao sabor de *conveniências pessoais e políticas*. Tais *conveniências* não passam de *presunções* de difícil comprovação, o que deixaria a norma da prévia aprovação em concurso, como condição de investidura em cargos e empregos públicos, à discricionariedade do administrador de tais empresas paraestatais, abrindo-se a *porta* para as violações e burlas já conhecidas.

Aliás, é reconhecido pelo próprio Celso Antônio Bandeira de Mello que a Lei Maior só permite exceções à norma da necessidade de prévio êxito em concurso, como condição de investidura de servidores públicos, de maneira expressa e inequívoca[1235].

[1234] - Como dizem CRISTINA DEL PILAR BUSQUETS e MARIA BEATRIZ PRATA, *Admissão de Pessoal nas Empresas Pública*, p. 40: *" Sem razão pois, os que procuram informar a ótica jurídica mediante critérios eminentemente de eficiência tendo em vista apenas a perspectiva pragmática que extrema de uma visualização da unidade orgânica, posto que o aplicador do Direito não pode dissociar a realidade fática da realidade normativa pelo conteúdo ético que traduz. Vale dizer, a Lei Maior, ontologicamente considerada, não pode ser maculada nem se converter em instrumentos pragmáticos e utilitaristas a serviço dos detentores temporários do poder político, ou seja, a permanência ou substancialidade não pode ficar adstrita a esta transitoriedade fugaz."* (grifou-se)

[1235] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 36, 39, 44 e 45. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 161. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 361. Sobre o assunto, item 43.

Portanto, **a prévia aprovação em concurso público também é requisito para o ingresso em empregos nas empresas paraestatais *exploradoras de atividade econômica*, a menos nos casos de exceções previstas na Constituição Federal**[1236].

53.3. Sendo certo que a investidura nos *empregos* da *Administração indireta* deve ser precedida de aprovação em concurso público, outro ponto que ainda resta ser analisado é saber quais entidades a Constituição Federal abraça sob a rubrica *Administração indireta*. É saber se a necessidade de anterior êxito em concurso, como condição de investidura de servidores públicos, aplica-se a todos os organismos criados e mantidos pelo Poder Público, ou apenas a alguns deles.

Para responder esta questão, não se pode deixar de lado o elemento histórico de interpretação[1237]. Levando-se em conta o elemento histórico, não se esqueça que entes criados pelo Poder Público e postos diferentes de cargos públicos sempre representaram uma *rota de fuga* à norma da imprescindibilidade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público[1238]. Por isso, a Carta Magna resolveu fechar as *brechas* que estavam abertas, sendo sua intenção vedar admissões livres em cargos e empregos públicos[1239], tanto na *Administração direta*, quanto na *Administração indireta*, de modo que qualquer possibilidade de investidura de servidores públicos sem antecedente sucesso em concurso público deve estar expressa na Lei Maior[1240].

[1236] - Sobre tais exceções, item 43.

[1237] - Como observa CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 142-145, embora tal elemento não seja prevalente na interpretação jurídica, desde que associado a outros elementos, tem ele importância que não pode ser desprezada, principalmente em se tratando de normas recentes.

[1238] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 36, 44 e 45. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 161. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 361, bem como em *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 62. A respeito, itens 21 e 22. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., tomo III, p. 52.

[1239] - ADILSON ABREU DALLARI, *op. cit.*, p. 36 e 39. Itens 21, 22 e 43.

[1240] - Item 43.

A este respeito, demonstrando a preocupação da Constituição Federal em *fechar as portas* a qualquer possibilidade de *fuga* ao requisito de prévia aprovação em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público, inclusive na *Administração indireta*, perceba-se que na sua redação original a Carta Magna de 1988, em seu artigo 37[1241], prescrevia a expressão *"administração pública direta, indireta ou fundacional"*. Nesta época, a doutrina consignava que:

> *" ... . Na verdade a confusão estabelecida servia ao propósito (largamente explorado) de se criar uma entidade, com dinheiro público, mas que, recebendo a simples denominação de fundação, ficava imune às limitações e controles aplicáveis à administração direta e indireta.*
>
> *O legislador constituinte pretendeu, evidentemente, cortar as rotas de fuga e, para evitar novas burlas, correu o risco de ser redundante. Não há dúvida, pois, que as fundações criadas ou mantidas pelo Poder Pública integram a administração indireta."*[1242] (grifou-se)
>
> *" Não só o teor da rubrica nominadora da Seção, não só a linguagem deliberadamente extensiva do art. 37, mas também o fato de mencionar administração 'fundacional' (em paralelismo com a expressão administração indireta) demonstram o cuidado da Constituição em não permitir que escape daquela regência qualquer variante modal personalizada dentre as conhecidas entre nós.*
>
> *Como as fundações vinham sendo o mais recente subterfúgio evasivo ao rigor dos controles públicos, a Constituição, sobrepairando qualquer controvérsia doutrinária sobre elas tratou, pragmaticamente, de referir administração 'fundacional', para colhê-las inelutavelmente, fossem ou não e viessem ou não a ser por lei enquadradas como pessoas da*

[1241] - Constituição Federal de 1988, redação original: *"Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: "*

[1242] - ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 44.

Administração indireta. Transparece também nisto, portanto, o evidente propósito constitucional de enunciar que o império das 'Disposições Gerais' ***abarca quaisquer das configurações jurídicas do aparelho administrativo dos três Poderes*** *e, pois, que as regras interferentes com o regime de servidores, ali contidas - salvo restrição induvidosa como ao adiante se verá - estão reportadas ao mesmo universo."* [1243] (grifou-se e destacou-se)

Portanto, com fundamento no elemento histórico de interpretação, percebe-se que a intenção da Constituição da República foi, e continua sendo, estender a necessidade da prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura em postos do serviço público a quaisquer entes criados pelo Poder Público, tenham o nome que tiverem, tenham a personalidade jurídica que tiverem, sejam autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou quaisquer outras modalidades que a criatividade do administrador público alcançar.

Tal conclusão poderia ser contestada se fosse embasada apenas no elemento histórico, até porque o termo *fundacional* foi retirado do artigo 37 da Carta Magna[1244]. Mas não é, há outros fundamentos a embasar tal entendimento.

Lembre-se que, em razão do caráter de inicialidade e supremacia das normas constitucionais, os vocábulos grafados na Constituição, de regra, não são tomados pelos seu sentido técnico que lhes é atribuído por ramos do direito infra-constitucional, mas pelo seu significado comum, a menos que resulte obviamente o contrário[1245]. Numa acepção coloquial, o termo *Administração indireta* significa toda administração que não é exercida diretamente pelo centro, onde este

---

[1243] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 34.

[1244] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 37. A administração pública direta, 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: "*

[1245] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 103-105. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1106. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 127-128.

cria pessoas para que administrem em seu interesse. Assim, num sentido comum, *Administração pública indireta* é toda entidade constituída pelo Poder Público para administrar serviços ou bens em seu interesse. Então, fica evidente que a Carta Magna, no artigo 37[1246], usou o termo *Administração pública indireta* para designar toda e qualquer entidade distinta do centro, toda e qualquer entidade criada pelo Poder Público para administrar serviços ou bens em seu interesse, independentemente do nome que tenha este organismo.

Aliás, mesmo num sentido jurídico, nesta linha é a lição de Pinto Ferreira:

> " *A administração pública abrange a administração direta e também a indireta e paraestatal, entendida esta como conglobando aqueles órgãos que se encontram na área da administração do Estado, sofrendo seu controle e se beneficiando de seu auxílio financeiro. É uma descentralização funcional puramente administrativa, distribuindo funções públicas e de interesse coletivo a entes autárquicos e paraestatais.*
>
> *A administração indireta significa a gestão de serviços públicos por qualquer tipo de entidade pública ou privada diversa da pessoa jurídica pública.*" [1247] (grifou-se)

Destarte, a Constituição Federal, para os fins de seu artigo 37, considera como entes da *Administração indireta* não só autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, mas toda e qualquer entidade criada pelo Poder Público para realização de serviço público ou para exploração de atividade econômica, tenha o nome que tiver, tenha personalidade jurídica de direito público ou de direito privado[1248].

[1246] - Citado em nota acima.

[1247] - PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 361.

[1248] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 307. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 34. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, vol. IV, p. 2121-2128. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 361.

Por isso, discorda-se da opinião de Ivan Barbosa Rigolin, no sentido de que as empresas estatais *exploradoras de atividade econômica* e as fundações privadas que exercem *atividades comerciais* ou *industriais* não estão compreendidas na categoria *Administração indireta*, e, assim, o contido no inciso II, do artigo 37, da Carta Magna[1249], não se aplicaria à tais entidades, onde, então, a contratação de *empregados* seria livre, independente de prévia aprovação em concurso público[1250]. Além dos argumentos expostos nesse item, como evidenciado no item anterior, a Constituição Federal, nem no artigo 37, tampouco no artigo 173[1251], ou em qualquer outro, autoriza esta diferenciação, compreendendo no gênero *Administração indireta* todas as empresas estatais, sejam ou não *exploradoras de atividade econômica*.

A supressão do vocábulo *fundacional*, operada pela Emenda Constitucional nº 19, nada interfere no que foi argumentado. A uma, porque o termo *fundacional* representava uma redundância, pois, como visto logo acima, a expressão *Administração indireta* abrange qualquer entidade criada pelo Poder Público, o que, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 19/98, Toshio Mukai já observava, comentando que havia impropriedade técnica no artigo 37, *caput*, da Carta Magna, pois *"além de abranger Administração indireta, expressamente indica a administração fundacional, quando ela já se encontra abrangida pela expressão 'Administração indireta"* [1252] (grifou-se). A duas, porque a supressão do termo *fundacional* até reforça a tese de aplicabilidade dos princípios inscritos no artigo 37 da Constituição Federal[1253] a todo e qualquer ente criado pelo Estado, uma vez que tal subtração elimina qualquer fundamentação no sentido de que a Lei Maior teria utilizado uma enumeração taxativa.

[1249] - Transcrito em nota anterior.

[1250] - IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 108-109, 113-114-116-118 e 134.

[1251] - Copiados em nota acima.

[1252] - TOSHIO MUKAI, *Administração Pública na Constituição de 1988*, p. 48.

[1253] - Constituição Federal de 1988: *"Art. 37. A administração pública direta, 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: "*

Interpretação contrária, a excluir alguns entes criados pelo Poder Público da categoria *Administração indireta* e, com isso, livrá-los da aplicação dos princípios e regras previstos no artigo 37 da Carta Magna, conduziria ao absurdo e, como se sabe, a interpretação das normas jurídicas não pode levar a conclusões absurdas ou inconvenientes[1254]. É que, adotada tal interpretação, considerar-se-ia obrigatória a prévia aprovação em concurso público para o ingresso em empregos nas sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica, tipicamente privada, pois aí não haveria dúvida de que se estaria diante de um órgão da *Administração indireta*; ao passo que, de maneira absurda e contrária a lógica, não se consideraria necessário o anterior êxito em concurso público para a admissão de empregados em outros entes criados pelo Estado, mesmo que prestadores de serviços públicos, pelo simples fato de não terem o *rótulo* de *autarquia*, *empresa pública* ou *sociedade de economia mista*. Este contra-senso é tão grave que demonstra, com clareza, que a expressão *Administração indireta* prevista no artigo 37 da Lei Maior[1255] abarca quaisquer entes criados pelo Poder Público.

A propósito do tema ora enfocado, veja-se que a proposição aprovada por unanimidade pelo Plenário do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná, propugna, expressamente, pela aplicação dos princípios previstos no artigo 37 da Constituição da República a quaisquer entes criados pelo Estado:

> " *O que importa asseverar, na verdade, é a natureza de ente paraestatal que os entes estudados apresentam, e que, apesar de não integrantes da administração, subordinam-se a preceitos publicísticos, conforme determina a Constituição.*
>
> *Conseqüência direta de tal assertiva é que, independente do 'nomem iuris' que as designe, ou a forma do arcabouço legislativo, o liame com o Poder Público determinará os princípios e regras a serem seguidos.* ..." [1256] (grifou-se)

[1254] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

[1255] - Citado em nota anterior.

[1256] - Proposição do Conselheiro RAFAEL IATAURO referente a serviços sociais autônomos, aprovada por unanimidade de votos pelo Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Assim, **sendo os princípios e regras constitucionais que regem a Administração Pública, previstos no artigo 37 da Lei Maior**[1257], **aplicáveis a todo e qualquer ente criado pelo Poder Público, tenha o nome que tiver, a natureza jurídica que tiver, personalidade jurídica de direito público ou privado, conclui-se que a condição de anterior sucesso em concurso público é exigida como requisito para investidura nos empregos existentes em quaisquer entes criados pelo Poder Público**.

Sob o pretexto de que os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal[1258] *engessam* a Administração Pública, a qual para ser eficiente deve adquirir maior *flexibilidade*, tem sido sustentada a possibilidade do Estado criar organismos que, pelo só fato de não se chamarem *autarquias*, *empresas públicas*, *sociedades de economia mista* ou *fundações* não estariam sujeitos aos princípios e regras constitucionais que regem a Administração Pública, pois não fariam parte da *Administração direta* ou da *Administração indireta*. Assim, com a nítida intenção de subtrair-se da aplicação dos princípios, regras e controles previstos nos artigos 37 e seguintes da Constituição da República, alguns entes federados passaram a criar, com recursos públicos, *pessoas jurídicas de direito privado* e batizá-las com quaisquer outros nomes que não *autarquias*, *empresas públicas*, *sociedades de economia mista* ou *fundações*. Em razão disto, surgiram no país *serviços sociais autônomos*, *entes de cooperação*, *entidades de colaboração*, *etc.*, os quais passaram a admitir pessoal sem prévia aprovação em concurso público.

A solução engendrada para contornar a norma que impõe a prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, parece brilhante. Entretanto, alguns operadores do direito já notaram a distorção, apontando que a criação de entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob diversas denominações tem, na verdade, a intenção de *fuga* da aplicação dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, o que não pode ser admitido:

[1257] - Grafado em nota acima.

[1258] - Transcrito em nota acima.

" *Em relação às entidades de apoio e organizações sociais, fica muito clara a intenção de fugir ao seu enquadramento entre as entidades da Administração Indireta e, em conseqüência, ao regime jurídico imposto às mesmas, como licitação, concurso público e controle. No entanto, considerando que tais entidades administram, em regra, bens do patrimônio público, inclusive dinheiro público, não é possível que fiquem inteiramente à margem de determinados preceitos publicísticos, sob pena de burla aos preceitos constitucionais que regem a Administração Pública, precisamente para proteger o patrimônio público."* [1259] (grifou-se)

" *O Estado do Paraná criou entidades que trabalham e se mantêm com recursos públicos, mas que procuram evadir-se de regras que regem a Administração Pública - concurso público, licitações públicas, fiscalização pelo Tribunal de Contas - através de disposições de lei, cujo cerne, a idéia, o conteúdo, é inegavelmente institucional. Ou seja: criou-se uma estrutura privada às expensas de recursos públicos."* [1260]

Com a edição Reforma Administrativa, levada a cabo pela Emenda Constitucional nº 19/98, criou-se um mito que, daí por diante, o Estado estaria autorizado a instituir um novo tipo de pessoa jurídica, que não se sujeitaria a aplicação dos princípios e regras constitucionais que governam a Administração Pública, o que autorizaria a contratação de *empregados* sem prévia aprovação em concurso público. Isto, contudo, não é verdade. A Reforma Administrativa, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, só tem um preceito que, em tese, poderia afetar a análise do tema. É o § 8º, do artigo 37, da Carta Magna, que reza:

" *§ 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:*

[1259] - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito Administrativo*, 10ª ed., p. 308.

[1260] - Proposição do Conselheiro RAFAEL IATAURO referente a serviços sociais autônomos, aprovada por unanimidade de votos pelo Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

I - o prazo de duração;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal; " (grifou-se)

Nota-se, portanto, que o dispositivo em questão não criou outro tipo de pessoa jurídica a ser instituída pelo Poder Público, tampouco modificou o regime jurídico a que se submetem as pessoas jurídicas da *Administração direta e indireta*. Limitou-se a prever a *ampliação da autonomia gerencial* de órgãos criados pelo Estado, dentro da estrutura da Administração direta ou indireta, o que deve ser feito através de um contrato de gestão. E, como é cediço, *ampliação da autonomia gerencial* não significa subtrair-se da aplicação de princípios e regras constitucionais, até porque o dispositivo citado está refere-se não só a entidades da *Administração indireta*, como também da *Administração direta*, as quais, sem a menor possibilidade de contestação, estão sujeitas aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Vê-se, portanto, que a reforma administrativa não fez com que uma entidade que anteriormente não pudesse ser criada de determinada forma agora possa, não fez com que uma entidade que anteriormente estivesse submetida aos princípios constitucionais que governam a Administração Pública agora não mais esteja. Assim, antes ou depois da reforma administrativa, implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98, a questão tem o mesmo tratamento jurídico e deságua na mesma conclusão. Não há como encontrar soluções mágicas.

Destarte, seja antes ou depois da Emenda Constitucional nº 19/98, **quaisquer entes criados pelo Poder Público não podem fugir à aplicação dos princípios e regras constitucionais que normatizam a Administração Pública, inclusive a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público, como requisito de admissão de pessoal, tenham o nome que tiverem e a natureza jurídica que tiverem. Simplesmente mudando o nome, o *rótulo*, não se pode mudar a natureza das coisas**.

53.4. Hely Lopes Meirelles, inclusive citando entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, reconhece a aplicação da norma de necessidade de precedente êxito em concurso, como pressuposto para ingresso nos *empregos* da *Administração indireta*, mas, também, procura minimizar a exigência constitucional, ao dizer que na *Administração indireta* o certame pode feito *sem a complexidade do concurso público*, bastando um *processo seletivo* onde se assegure o princípio da isonomia e a efetiva participação de quem deseja concorrer[1261].

Todos os argumentos arrolados acima para demonstrar que a obrigatoriedade de anterior sucesso em concurso público também é condição para a investidura em *empregos* em quaisquer entes criados pelo Poder Público são válidos para demonstrar que esta a *minimização* do requisito não tem fundamento jurídico, razão pela qual reporta-se ao exposto nos três itens antecedentes.

Destarte, **em qualquer ente criado pelo Poder Público, tenha o nome que tiver, a natureza jurídica que tiver, o concurso público de provas ou de provas e títulos, como meio de seleção obrigatório para investidura nos postos do serviço público, não pode ser substituído por tipo mais simples de procedimento, como teste seletivo, a Carta Magna não autoriza tal distinção**.

53.5. Embora a Constituição Federal tenha mencionado expressamente a ressalva da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de ingresso nos postos do serviço público, apenas para os *cargos* em comissão, **a investidura nas *funções de confiança e empregos em comissão* existentes nos entes da *Administração indireta* também dispensa a condição de anterior êxito em concurso público**[1262].

[1261] - HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 396-397 e nota 22.

[1262] - CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, p. 60. ADILSON ABREU DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 38. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., p. 377 e 396. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, p. 129.

Não se trata de uma interpretação extensiva, pois a exceção vem da própria Carta Magna, estando contida na expressão *cargos em comissão*.

É preciso considerar que devido ao caráter de inicialidade e supremacia das normas constitucionais, seus vocábulos, de regra, devem ser interpretados tomando-se seu sentido usual, não o significado técnico usado nos ramos jurídicos do direito infra-constitucional[1263]. Assim, o termo *cargos*, previsto nos incisos II e V, do artigo 37, da Constituição Federal[1264], não deve ser compreendido em sua conotação estrita do Direito Administrativo, mas numa acepção mais *lata*, significando *posto de trabalho*, como entendido na linguagem coloquial, conforme já consignado em outras passagens[1265]. Aliás, a expressão *cargo em comissão* também é prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como se pode ver nos artigos 224, § 2º, 450, 468, parágrafo único, 469, § 1º, e, 499[1266], demonstrando que não está restrita a uma significância técnica do Direito Administrativo.

[1263] - CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 103-105. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1106. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 127-128.

[1264] - Constituição Federal de 1988: *" Art. 37. ... II. a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público ..., ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. ... 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;"*

[1265] - Itens 21 e 43.3.

[1266] - Consolidação das Leis do Trabalho: *" Art. 224. ... § 2º. As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança ... Art. 450. Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como a volta ao cargo anterior. ... Art. 468. ... Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança. Art. 469. ... § 1º. Não estão compreendidos na proibição deste artigo os empregados que exerçam cargos de confiança ... Art. 499. Não haverá estabilidade no exercício de cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais. § 1º. Ao empregado garantido pela estabilidade, que deixar de exercer cargo de confiança, ... § 2º. Ao empregado despedido sem justa causa, que só tenha exercido cargo de confiança ... "*

Outrossim, registre-se que entendimento contrário poderia levar ao absurdo e, como se sabe, a interpretação de normas jurídicas não pode conduzir a conclusões absurdas ou inconvenientes[1267]. É que, numa interpretação meramente literal entender-se-ia que os cargos em comissão existentes na Administração direta, em razão da *confiança política* que exigem, poderiam ser de livre nomeação e exoneração, ao passo que nas *funções de confiança e empregos em comissão*, existentes na *Administração indireta*, onde também se exigiria *confiança política*, como, por exemplo, o cargo de presidente de uma empresa pública, o ingresso não estaria dispensado do cumprimento do requisito da prévia aprovação em concurso público. Evidentemente, não é esta a significação do Texto Constitucional.

Destarte, **da mesma maneira que a investidura em cargos de provimento em comissão existentes na Administração direta não exige o requisito do antecedente êxito em concurso público, sendo de livre nomeação e exoneração, o ingresso nas *funções de confiança e empregos em comissão*, existentes na *Administração indireta*, que tem a mesma natureza, também não são de livre nomeação e exoneração, não exigindo anterior sucesso em concurso público, como condição de investidura**.

Contudo, fique claro que, da mesma maneira que os cargos de provimento em comissão existentes na Administração direta[1268], estas *funções de confiança e empregos em comissão*, existentes na *Administração indireta*, devem ser previstos em lei e somente podem referir-se a *funções* de *direção*, *chefia* e *assessoramento superior*, funções que exijam *confiança política*, que tenham entre suas atribuições tomada de decisões políticas ou de influência em tomada de decisões políticas[1269].

[1267] - CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 166.

[1268] - Sobre investidura nos cargos de provimento em comissão na administração direta, item ... acima.

[1269] - Sobre a necessidade de lei prevendo os cargos em comissão, item 46.1. Acerca da necessidade da confiança política para os cargos em comissão, itens 46.2. e 46.3.

53.6. Como exposto nos cinco últimos itens, fica certo que os atos de investidura de pessoal em quaisquer entes criados pelo Poder Público, tenham o nome que tiverem, a natureza jurídica que tiverem, ressalvado o ingresso em funções de confiança e empregos em comissão, devem ser precedidas de aprovação em concurso público, não em procedimento mais simples como o teste seletivo.

Assim, o ato de admissão de empregado em entidades criadas pelo Poder Público realizado sem prévia aprovação em concurso, tirante as exceções mencionadas, constitui um ato ilícito.

Como há ofensa à norma que estipula a necessidade de prévia aprovação em concurso, como condição de investidura nos postos do serviço público e, por conseqüência, violação aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, nos moldes já colocados no item 46.1., o ato de investidura em emprego em entidade criada pelo Poder Público, que não para funções de confiança, e não seja precedido de aprovação em concurso público, é ato nulo[1270].

Como está contaminado de nulidade, prevista na Constituição Federal, este tipo de ato deve ser desfeito com efeitos *ex tunc*. Então, como já exposto, as despesas que a Administração Pública tiver, em sua decorrência, inclusive a remuneração das pessoas investidas, constituem prejuízo ao patrimônio público, não devendo ser suportadas pelo erário, mas por quem deu causa ao vício, motivo pelo qual impõe-se o ressarcimento dos danos causados ao erário[1271].

[1270] - Sobre nulidade dos atos de investidura de servidores públicos efetivados com violação do ordenamento jurídico, item 25. Especificamente acerca da nulidade dos atos que ofendem a norma de obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, item 44. Sobre os princípios citados, itens 29 a 34, 36 e 37. Em relação ao fato do concurso público ser instrumento de realização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, itens 13 e 43.

[1271] - Itens 25, 26, 44 e 46.1.

O ingresso de alguém em emprego em entidade criada pelo Poder Público, que não seja investidura em funções de confiança ou empregos em comissão, levado a efeito sem o cumprimento do requisito de prévia aprovação em concurso público, enseja a punição do responsável, nos termos vistos no item 44.

Tratando-se de ato de investidura em entidade criada pelo Poder Público, para funções ditas de confiança ou empregos ditos em comissão, que assim não estiverem definidos em lei, as conseqüências serão as mesmas expostas no item 46.1.

No caso de investidura em organismo criado pelo Poder Público, em funções de confiança ou empregos em comissão, assim criados por lei, mas que não exijam para seu exercício confiança política, que não sejam para postos de direção, chefia ou assessoramento superior, não tendo em suas atribuições funções com tomada de decisões políticas ou de influência a tomada decisões políticas, as conseqüências são as mesmas comentadas no item 46.4.

CONCLUSÕES

01. A investidura nos postos do serviço público tem normas próprias, diferentes das que governam a admissão do trabalhador privado, caracterizadas pela ausência de liberdade do administrador público de escolher quem bem entender para ocupar cargos e empregos públicos. *Item 23*

02. As conseqüências em tese possíveis de serem aplicadas aos casos de descumprimento das normas que regem a investidura de servidores públicos são: a nulidade do ato de investidura, o ressarcimento dos danos eventualmente causados ao patrimônio público e a punição do agente responsável nas esferas administrativa, criminal, por improbidade e política. *Item 24*

03. O Texto Constitucional autoriza somente à lei, entendida esta em sentido formal, ato normativo imediatamente infra-constitucional, fixar condições de ingresso no serviço público, sendo vedado aos atos infra-legais, inclusive ao regulamento, preverem tais requisitos. *Item 38*

04. Não é qualquer requisito que pode ser exigido por lei como condição de acesso aos postos do serviço público, pois sendo a investidura nos cargos, funções e empregos públicos guiada pelos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, não pode a lei fazer exigências que ofendam esses princípios. A lei somente pode estabelecer condições de acesso aos postos do serviço público que sejam razoáveis, absolutamente necessárias e indispensáveis para o correto desempenho do cargo ou emprego público em questão. Deve haver um nexo de causalidade, guiado pelo princípio da razoabilidade, entre a condição exigida e o correto exercício da função pública respectiva. Este nexo de causalidade deve ser entre o requisito e o adequado desempenho da função, não entre o requisito e melhor exercício da função, pois não se pode confundir a imprescindibilidade do requisito com mera conveniência, com a presunção de que com o atendimento de tal requisito o serviço seria melhor desempenhado. *Itens 38, 41.5., 41.6. e 41.10.*

05. A regra prevista no inciso I, do artigo 37, da Carta Magna, em relação aos brasileiros é norma constitucional de eficácia contida, de maneira que, enquanto não editada a lei referida no dispositivo citado o acesso dos nacionais aos postos do serviço público independe de qualquer requisito; ao passo que, em relação aos estrangeiros é norma constitucional de eficácia limitada, de modo que, enquanto não editada a legislação pedida pelo preceito constitucional citado os estrangeiros não têm acesso a quaisquer postos do serviço público. *Item 39*

06. As leis mencionadas no inciso I, do artigo 37, da Constituição Federal, são de cada entidade da federação, ressalvadas algumas leis de caráter nacional, especialmente as que regulam o exercício de profissões. *Item 40*

07. Desde que estabelecidos em lei, e admissíveis constitucionalmente, os requisitos de acesso aos postos do serviço público devem ser satisfeitos como condição de investidura nos cargos e empregos públicos. *Item 41*

08. Os cargos e empregos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, natos ou naturalizados, bem como aos portugueses com residência permanente no Brasil, caso haja reciprocidade na legislação portuguesa, ressalvados apenas aqueles cargos previstos no artigo 12, § 3º, da Constituição Federal, que são privativos dos brasileiros natos; ao passo que aos estrangeiros é assegurado o acesso aos postos do serviço público, mas segundo critérios estabelecidos em lei ordinária, desde que o desempenho da função não implique no exercício de poder político do Estado. *Item 41.1.*

09. Embora não seja um requisito intrínseco para o desempenho de quaisquer cargos ou empregos públicos, pois não é, necessariamente, exigível para funções em que não há o exercício do poder político do Estado, o gozo dos direitos políticos constitui condição que pode ser exigida pela legislação ordinária como pressuposto de investidura nos postos do serviço público. Mesmo nos casos onde o acesso a cargos e empregos públicos é franqueado aos estrangeiros esta condição pode ser exigida dos brasileiros. *Item 41.2.*

10. O cumprimento de obrigação legal a todos imposta, como estar em dia com o serviço militar e a Justiça Eleitoral, é requisito consentâneo com o espírito da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, VIII, prevê a possibilidade de restrição de direitos àqueles que se recusem a cumprir prestação alternativa a obrigação legal a todos imposta, razão pela qual tal condição pode ser exigida pela legislação infra-constitucional como pressuposto de acesso aos postos do serviço público. *Item 41.3.*

11. Todos os requisitos exigidos para a aquisição da capacidade civil, previstos na legislação civil, constituem-se em condições necessárias, e naturais, para o acesso aos postos do serviço público. *Item 41.4.*

12. Como regra geral, além da idade mínima para aquisição da capacidade civil, dezesseis anos, ou dezoito anos para funções que envolvam trabalhos noturnos, insalubres ou perigosos, e da idade máxima de setenta anos para os cargos de provimento efetivo, não pode a lei traçar outros requisitos etários, como condição de investidura nos postos do serviço público, sem especificar determinado cargo, função ou emprego público. Além dos limites gerais, é possível à lei, e somente à ela, estabelecer limites etários diferenciados, como condição para investidura em determinados cargos ou empregos públicos, desde que estes requisitos mostrem-se indispensáveis para o correto desempenho da função pública em tela e adequados ao princípio da razoabilidade. *Item 41.5.*

13. É possível à lei, e somente à ela, estabelecer o discrimine de sexo para a investidura em determinados cargos ou empregos públicos, desde que o requisito mostre-se indispensável para o correto desempenho da função e adequado ao princípio da razoabilidade. *Item 41.6.*

14. Não pode haver, seja por parte do administrador, ou mesmo da lei, qualquer restrição de acesso aos postos do serviço público, fundamentada em discriminação relativa a convicção de foro íntimo ou manifestação de pensamento, a menos que a manifestação do pensamento constitua um ato ilícito. *Item 41.8.*

15. O bom procedimento, boa conduta, apenas pode ser exigido, como requisito de acesso aos postos do serviço público, se estiver baseado em situações objetivas e derivadas de previsão legal. Somente pode ser vedado o ingresso a cargos ou empregos públicos à pessoas que tenham praticado atos considerados ilícitos pelo ordenamento jurídico ou que tenham praticado atos que estejam previstos em lei como impeditivos de investidura nos postos do serviço público, mas, no último caso, desde que a exigência de tal comportamento não ofenda normas constitucionais e não represente discriminação, bem como que a citada exigência esteja de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. *Item 41.9.*

16. Pode a lei prever o requisito de gozar de boas condições de saúde apenas para os casos em que o discrimine seja imprescindível para o correto exercício da função pública, seja para generalidade dos postos do serviço público, seja para cargos ou empregos públicos específicos. Outrossim, deve a lei estabelecer restrição de acesso aos postos do serviço público nos casos em que grave moléstia contagiosa coloque em risco a saúde de outras pessoas, bem como para indivíduos portadores de enfermidades ou deficiências que sejam causa de aposentadoria por invalidez. *Item 41.10.*

17. A lei pode exigir, para acesso aos postos do serviço público certos requisitos relacionados à aptidão. Contudo, estas condições devem apresentar compatibilidade com as atribuições do cargo ou emprego público em questão, demonstrando-se imprescindíveis para o correto desempenho da função pública respectiva. A aprovação em concurso público é pressuposto de aptidão exigível constitucionalmente, como regra geral, para a investidura de servidores públicos. *Item 41.11.*

18. O concurso público constitui-se em meio para concretização dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência, economicidade, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público. Se não elimina, ao menos diminui, os privilégios e o uso particular dos cargos, funções e empregos públicos. *Itens 13 e 43*

19. A Constituição Federal de 1988 optou por estabelecer o requisito da prévia aprovação em concurso, como regra geral para a investidura nos postos do serviço público que não façam parte de uma mesma carreira. Somente são admitidas como exceções à esta norma, o provimento de cargos em comissão e o ingresso em alguns poucos cargos previstos expressamente na Carta Magna, sendo vedado à legislação infra-constitucional estabelecer outras exceções. *Itens 43, 43.2 e 43.3.*

20. As expressões cargo e emprego, constantes do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, abrangem todos os postos de serviço público, ficando, destarte, excluídos da obrigação de prévia aprovação em concurso público apenas os atos de investidura naqueles postos do serviço público que a Carta Magna faz referência expressa e inequívoca. Não há, como pode parecer a primeira vista, a possibilidade de ingresso sem anterior êxito em concurso público em função pública desgarrada de cargo ou emprego, pois as funções públicas mencionadas no inciso V, do mesmo artigo 37, da Lei Maior, são reservadas a quem já seja servidor público. *Item 43.1.*

21. A contratação de pessoal sem qualquer formalidade, *recibados*, constitui ato ilícito, que viola a norma constitucional que impõe a necessidade de prévia aprovação em concurso, como condição de investidura de servidores públicos. *Item 44.4.*

22. A terceirização no setor público somente é possível nas hipóteses de trabalho temporário e realização de atividades-meio da Administração Pública, que sejam secundárias ou especializadas, desde que inexistente a pessoalidade e vínculo de subordinação. *Item 44.6.*

23. A contratação prestação de serviços pela Administração Pública somente é possível nas hipóteses que a mesma se distingue da investidura de pessoal no serviço público, o que acontece quando o serviço contratado seja determinado e temporário e que não exista vínculo de subordinação da pessoa contratada com agentes públicos. *Item 44.7.*

24. O concurso deve, necessariamente, ser *público*. A publicidade do certame compreende a possibilidade de participação de todos os interessados que preencham os requisitos previstos em lei para ingressar no posto do serviço público em disputa, a divulgação da realização do concurso, de seus critérios de julgamento, do seu resultado e da classificação dos candidatos. *Item 45.1.*

25. Para investidura na generalidade dos cargos e empregos públicos o concurso precisa ser de provas ou de provas e títulos. Para ingresso nas carreiras de Magistrado, membros do Ministério Público, da Advocacia Geral da União, de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, da Defensoria Pública e do Magistério, a Constituição Federal impõe que o concurso público seja, necessariamente, de provas e títulos. Em nenhuma hipótese é possível o concurso sem avaliação em forma de provas. A exigência dos títulos, o conteúdo das provas e os critérios de avaliação devem ser proporcionais à complexidade das funções a serem desempenhadas pelo ocupante do cargo ou emprego em disputa. O peso atribuído às provas não pode ser inferior ao conferido aos títulos. *Item 45.2.*

26. O concurso público, para ser válido e eficaz, atingindo seu desiderato constitucional, deve estar apoiado em critérios objetivos e imparciais de avaliação, bem como estar isento de fraudes. *Itens 45.3. e 45.4.*

27. A investidura dos candidatos aprovados deve obedecer a ordem de classificação no concurso público. *Item 45.5.*

28. O prazo mínimo para a validade do concurso é a sua imediata realização, e, o prazo máximo é de quatro anos, a critério da Administração Pública, a menos que o prazo venha previsto em lei local, hipótese que o prazo será o fixado na lei. Na ausência de fixação do prazo, este será de dois anos, podendo ser prorrogado por igual período, ou seja, por mais dois anos. Na fluência do prazo de validade do concurso público, os aprovados terão preferência de chamamento sobre os aprovados em certames posteriores, como enfatiza o inciso IV, do artigo 37, da Lei Maior. Ou seja, enquanto houver candidatos aprovados no concurso público anterior, dentro de seu prazo de validade, estes terão ser chamados antes dos aprovados em certame realizado depois. *Item 45.6.*

29. Somente poderá, juridicamente, haver investidura em cargo ou emprego de provimento em comissão depois da edição da legislação infra-constitucional integradora requerida na parte final do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, definindo quais são os cargos dessa natureza, bem como que o cargo ou emprego público definido por esta lei como de provimento em comissão tenha atribuições que exijam confiança política, isto é, seja um cargo ou emprego com funções de direção, chefia ou assessoramento superior, que tenha dentre seus misteres a tomada de decisões políticas ou a influência em tomada de decisões políticas. *Itens 46, 46.1., 46.2., 46.3. e 53.5.*

30. A contratação por prazo determinado não constitui exceção à norma constitucional que impõe a necessidade de precedente aprovação em concurso, como requisito para ingresso de servidores públicos, pois em nenhum momento a Constituição Federal autoriza a dispensa da obrigação de anterior êxito em concurso público para a contratação de pessoal por prazo determinado. *Itens 43.1. e 47.1.*

31. Somente poderá, juridicamente, haver contratação por prazo determinado, após a edição da lei local integradora do inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal, definindo quais são os casos de necessidade temporária de excepcional interesse público a serem atendidos por contratação por prazo determinado e suas condições. Os casos de necessidade temporária, que autorizam a contratação por prazo determinado, bem como as condições que esta se dará, devem, necessariamente, ser definidos nessa lei local, lei formal, ato legislativo primário de nível imediatamente infra-constitucional, não podendo ser disciplinados em atos infra-legais. A lei local somente poderá prever a contratação por prazo determinado mediante os seguintes requisitos: a) a contração deve temporária, isto é, ter prazo certo, definido e razoável ao atendimento da necessidade temporária; b) a necessidade a ser atendida deve ser temporária, ou seja, sazonal, que existe durante certo tempo depois cesse; c) a necessidade temporária deve ser de interesse público excepcional, isto é, importante, vital, um interesse que a Administração Pública não possa prescindir. *Itens 47.2. e 47.3.*

32. Para validade do ato de investidura de servidores públicos é requisito indispensável não só que o cargo ou emprego público tenha sido previamente criado por lei, como também que esteja vago. *Item 48*

33. São requisitos de ordem econômico-financeira para investidura de servidores públicos: a) existência de prévia dotação orçamentária, suficiente para atender às projeções de despesas com pessoal e aos acréscimos delas decorrentes; b) existência de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, neste último caso ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista; c) que exista estimativa do impacto orçamentário-financeiro decorrente dos atos de investidura no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes; d) que o aumento de despesa proveniente dos atos de investidura tenha adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; e) que exista declaração do ordenador de despesa do cumprimento do requisito anterior; f) que seja comprovado que as despesas oriundas dos atos de investidura não afetarão as metas de resultados fiscais, devendo seus efeitos financeiros ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; g) até o final do terceiro exercício subseqüente à entrada em vigor da Lei Complementar nº 101/00, que o gasto com pessoal não cresça mais de 10% (dez por cento) do percentual da receita corrente líquida do ano anterior, ressalvados apenas os reajustes para fins do inciso X, do artigo 37, da Carta Magna; h) que as despesas com pessoal não superem 95% (noventa e cinco por cento) dos percentuais previstos no artigo 20 da Lei Complementar nº 101/00, ressalvados os atos de investidura para cobrir vacância em cargos ou empregos públicos já existentes nas áreas de saúde, educação e segurança, bem como para suprir vacância em cargos e empregos públicos já existentes que sejam de provimento automático, para órgãos que exigem número certo de participantes ou para entes que tenham apenas um agente público; i) para atos de investidura no Poder Legislativo dos Municípios, que as despesas da folha de pagamentos, incluído o subsídio dos Edis, não passe de 70% (setenta por cento) das receitas da Câmara Municipal de Vereadores; j) para atos de investidura no Poder Legislativo dos Municípios, que o total de dispêndios da Câmara Municipal de Vereadores, incluído o subsídio dos Edis, não suplante o percentual previsto nos incisos I a IV, do artigo 29-A, da Carta Magna, que varia, dependendo da população

do Município, de 5% (cinco por cento) a 8% (oito por cento) do somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º, do artigo 153, e, nos artigos 158 e 159, todos da Constituição Federal. *Item 49*

34. Estão vedadas no período de cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato até a posse dos eleitos, os atos de investidura de servidores públicos nos órgãos autônomos cujos dirigentes tenham mandato de quatro anos, ressalvados os atos de investidura nos casos de vacância de cargos ou empregos públicos já existentes nas áreas de saúde, educação e segurança, bem como nos casos de vacância em cargos ou empregos públicos já existentes que sejam de provimento automático, para órgãos que exigem número certo de participantes e para entes compostos por apenas um agente público, sendo que nos órgãos autônomos cujo mandato dos dirigentes seja inferior a quatro anos deverá haver um abatimento proporcional do prazo de cento e oitenta dias. No caso de investidura de servidores nos Poderes Executivo e Legislativo, ressalvado o Tribunal de Contas, quando as eleições ocorrerem mais de três meses antes da posse dos eleitos estarão vedados os atos de investidura de servidores desde três meses antes do pleito, afora as exceções descritas no inciso V, do artigo 73, da Lei nº 9.504/97. *Item 50*

35. Em razão da proibição de acumular postos do serviço público remuneráveis, constante nos incisos XVI e XVII, do artigo 37, da Constituição Federal, é requisito de investidura em cargo ou emprego público que, no momento da posse em um posto do serviço público, a pessoa não detenha outro cargo, função ou emprego público remunerável. *Item 51*

36. O uso particular dos postos do serviço, como por exemplo, através de nepotismo, clientelismo, empreguismo, assistencialismo e uso eleitoreiro dos cargos e empregos públicos, caracteriza ofensa aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência, economicidade, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público. *Item 52*

37. Os cargos e empregos de provimento em comissão, embora livre nomeação e exoneração, não representam arbítrio e não podem ser fonte de privilégios pessoais, incompatíveis com os princípios democrático e republicano, bem como a investidura

nesses postos do serviço público não pode ofender os princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência, economicidade, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público. *Item 52*

38. As normas constitucionais que estabelecem a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso, como requisito de investidura nos postos do serviço público, bem como a ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos, estendem-se, também, aos órgãos da Administração indireta, compreendendo-se no termo Administração indireta quaisquer entes criados pelo Poder Público, inclusive as empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Em qualquer ente criado pelo Estado, tenha o nome que tiver, o concurso público de provas ou de provas e títulos, como meio de seleção obrigatório para investidura nos postos do serviço público, não pode ser substituído por tipo mais simples de procedimento, como teste seletivo. *Item 53.1., 53.2., 53.3., 53.4.*

BIBLIOGRAFIA

- **AGUIAR, JOAQUIM CASTRO**. *Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição*, 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

- **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômacos*, tradução de Mário da Gama Kury, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1985.

- **BARROSO, LUÍS ROBERTO**. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

- **BASTOS, CELSO RIBEIRO**. *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

- **BASTOS, CELSO RIBEIRO** e **MARTINS, IVES GANDRA**. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol, tomo III, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992.

- **BERTONCINI, MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES**. *Principiologia de Direito Administrativo*, Curitiba: Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2001.

- **BONAVIDES, PAULO**. *Direito Constitucional*, 7ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

- **BRITTO, CARLOS AYRES**. *Concurso Público Requisitos de Inscrição, in*: Revista Trimestral de Direito Público, nº 6, Malheiros Ed., São Paulo, 1994.

- **BUENO, FRANCISCO DA SILVEIRA**. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, 4ª ed., Brasília: Ministério da Educação e Cultura, Departamento Nacional de Educação, 1963.

- **BUSQUETS, CRISTINA DEL PILAR PINHEIRO** e **MARTINS, MARIA BEATRIZ PRATA RODRIGUES BORGES DE MAGALHÃES**. *Admissão de Pessoal nas Empresas Públicas*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 1991.

- **CANDIOTA, TELMO**. *Servidor Público - Contratação Temporária (Regime Jurídico Previsto no art. 37, IX, da CF), in*: Revista Trimestral de Direito Público, nº 6, p. 169-174, 1994.

- **CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES**. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., Lisboa: Livraria Almedina, 1998.

- **CARDOZO, JOSÉ EDUARDO MARTINS**. *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98), In: Os Dez Anos da Constituição Federal*, Coordenador Alexandre de Moraes, São Paulo: Ed. Atlas, 1999.

- **CARVALHO, MÁRCIA HAYDEÉ PORTO DE**. *Hermenêutica constitucional*, Florianópolis: Obra Jurídica Ed., 1997.

- **CAVALCANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO**. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, 5ª ed., Rio de Janeiro: Livrara Freitas Bastos, 1964.

- **COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES**. *Interpretação Constitucional*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

- **COSTA, ADROALDO MESQUITA DA**. *Parecer P.R. nº 7.245-66, in:* Revista de Direito Administrativo (RDA) vol. 94, 1968.

- **CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ**. *Tratado de Direto Administrativo*, vol. IV, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.

____ *Comentários à Constituição de 1988*, vol. IV, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1992.

____ *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

____ *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

- **CRUZ, FLÁVIO DA**; **VICARRI JÚNIOR, ADAUTO**; **GLOCK, JOSÉ OSVALDO**; **HERZMANN, NÉLIO** e **TREMEL, ROSÂNGELA**. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

- **DALLARI, ADILSON ABREU**. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

- **DALLARI, DALMO DE ABREU**. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 10ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1983.

- **FALCÃO, ALCINO PINTO**. *Constituição Anotada*, vol. III, Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1957.

- **FARIA, PLÁCIDO SERRA**. *Agentes Públicos - Enriquecimento Ilícito - Sanções - A Importância da Lei nº 8.429/92 e o Papel do Ministério Público, in*: Revista Ciência Jurídica nº 47, p. 323-326, set./out. de 1992.

- **FAZZIO JÚNIOR, WALDO**. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

- **FERNANDES, FLÁVIO SÁTIRO**. *Improbidade Administrativa, in*: Revista de Direito Administrativo nº 210, p. 171-181, Rio de Janeiro, out./dez. de 1997.

- **FERRAZ, SÉRGIO** e **FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE**. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1994.

- **FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA**. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1994/1995.

- **FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES**. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

- **FERREIRA, PINTO**. *Comentários à Constituição Brasileira*, 2º vol., São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

- **FERREIRA, WOLGRAN JUNQUEIRA**. *Enriquecimento Ilícitos dos Servidores Públicos*, Bauru: Ed. Edipro, 1994.

- **FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE**. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Ed., 1994.

- **FIGUEIREDO, MARCELO**. *Probidade Administrativa*, São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

- **FRANCO, ALBERTO SILVA e OUTROS**. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 1990.

- **FRANCO FILHO, GEORGENOR DE SOUSA**. *O Servidor Público e a Reforma Administrativa*, São Paulo: LTr. Ed., 1998.

- **FREITAS, JUAREZ**. *Filosofia do Direito*, 3ª ed., Ed. da Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 1993.

___ *Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação*, *in*: Revista de Direito Administrativo (RDA), nº 204, p. 65-84, abr./jun. de 1996.

- **GASPARINI, DIOGENES**. *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1993.

- **GATTO, RUY ALBERTO**. *A atuação do Ministério Público em face da Lei nº 8.429/92 (Lei Anticorrupção)*, *in*: Revista Justitia nº 55 (161), São Paulo, jan./mar., 1993.

- **HESSE, KONRAD**. *Escritos de Derecho Constitucional*, tradução de Pedro Cruz Villalon, 2ª ed., Madrid, Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

- **JÈZE, GASTON**. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, traducción directa de la 3ª ed. Francesa, por Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1949.

- **KELSEN, HANS**. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, 6ª ed., Livraria Martins Fontes Ed., São Paulo, 1998.

- **KURY, MÁRIO DA GAMA**. Introdução à obra *Ética a Nicômacos*, de Aristóteles, tradução de Mário da Gama Kury, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985.

- **LEÃO, JOSELITA CARDOSO**. *A Terceirização como Instrumento de Flexibilização do Mercado de Trabalho*, *in*: Revista Trimestral de Direito Público nº 12, p. 28-39, Malheiros Ed., São Paulo, 1995.

- **LEITE, FLAMARION TAVARES**. *O Conceito de Direito em Kant*, Coleção Fundamentos do Direito, Ícone Ed., São Paulo, 1996.

- **LOPES, MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO**. *Ética e Administração Pública*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 1993.

- **MAQUIAVEL, NICOLAU**. *O Príncipe*, *in*: *Os Pensadores*, Ed. Victor Civita – Ed. Abril, São Paulo, 1983.

- **MARTINS, CARLOS ESTEVAM**. *Maquiavel, Vida e Obra*, *in*: *Os Pensadores*, Ed. Victor Civita – Ed. Abril, São Paulo, 1983.

- **MARTINS JÚNIOR, WALLACE PAIVA**. *Probidade Administrativa*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

- **MARTINS JÚNIOR, WALLACE PAIVA** e **TEBET, MÁRIO ANTÔNIO DE CAMPOS**. *Aspectos Penais da Improbidade Administrativa: Uma Forma de Crime Organizado*, *in*: Revista dos Tribunais (RT) nº 754, p. 495-501, São Paulo, agosto de 1998.

- **MATA, MARIA FILOMENA DE OLIVEIRA**. *Fiscalização da Administração Pública em face da Economicidade*, *in*: Revista dos Tribunais (RT) nº 710, p. 233 e ss.

- **MATTOS NETO, ANTÔNIO JOSÉ DE**. *Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa*, *in*: Revista de Direito Administrativo, nº 210, Rio de Janeiro, p. 159-170, ago/dez de 1997.

- **MAXIMILIANO, CARLOS**. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988.

- **MAZZILLI, HUGO NIGRO**. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 7ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

- **MEIRELLES, HELY LOPES**. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

___ *Direito Administrativo Brasileiro*, 10ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, (RT), 1984.

___ *Direito Municipal Brasileiro*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1994.

- **MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE**. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1990.

___ *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

___ *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

- **MELLO, CLÁUDIO ARI**. *Improbidade Administrativa - Considerações sobre a Lei 8.429/92*, *in*: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política v. 3, nº 11, p. 49-62, São Paulo, abr./jun. de 1995.

- **MENEGALE, J. GUIMARÃES**. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1950.

- **MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE**. *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1960.

___ *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, tomo III, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 1973.

- **MORA, JOSÉ FERRATER**. *Diccionario de Filosofia*, tomo 2, 5ª reimpressão, Alianza Ed., Madrid, Espanha, 1986.

- **MORAES, ALEXANDRE DE**. *Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1999.

- **MUKAI, TOSHIO**. *Administração Pública na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

- **OLIVEIRA, RÉGIS FERNANDES DE**. *Responsabilidade Fiscal*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 2001.

- **OSÓRIO, FÁBIO MEDINA**. *Observações sobre Improbidade dos Agentes Públicos à Luz da Lei 8.429/92, in*: Revista dos Tribunais, nº 740, p. 96-115, São Paulo, junho de 1997.

- **PACHECO, CLÁUDIO**. *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1965.

- **PADIN, DOM CÂNDIDO**. *Ética na Política, in*: *Ética na Virada do Século*, Coleção Instituto Jacques Maritain, LTr Ed., São Paulo, 1997.

- **PAZZAGLINI FILHO, MARINO. ROSA, MÁRCIO FERNANDO ELIAS** e **FAZZIO JÚNIOR, WALDO**. *Improbidade Administrativa*, São Paulo: Ed. Atlas, 1996.

- **PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA**. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 7ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

- **PEREIRA JÚNIOR, JESSÉ TORRES**. *Reflexões sobe a Aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal à Administração Judiciária, in*: *Responsabilidade Fiscal, estudos e orientações, uma primeira abordagem*, organização Cerdônio Quadros, São Paulo: Ed. NDJ, 2001.

- **PESSANHA, JOSÉ AMÉRICO MOTTA**, *Aristóteles, Vida e Obra, in*: *Os Pensadores*, vol. *Aristóteles*, Ed. Victor Civita – Ed. Abril, São Paulo, 1983.

- **PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI**. *Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1996.

___ *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Ed. Atlas, 1991.

___ *Contratação de Professores Estrangeiros Perante a Constituição Federal de 1988, in*: Revista de Direito Público (RDP) nº 97, p. 76-80, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais (RT), 1991.

- **QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES**. *Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas, in:* Revista de Direito Administrativo (RDA) nº 97, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1969.

- **REALE, MIGUEL**. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980.

- **RIGOLIN, IVAN BARBOSA**. *O Servidor Público na Constituição de 1988*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

___ *Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992.

- **ROCHA, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES**. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

- **RODÓ. L. LOPES**. *O Poder Discricionário da Administração – Evolução Doutrinária e Jurisprudencial, in*: Revista de Direito Administrativo (RDA) nº 35, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1954.

- **SANTANA, JAIR EDUARDO**. *Os crimes de Responsabilidade Fiscal Tipificados pela Lei nº 10.028/00 e a Responsabilidade Pessoal do Administrador Público, in*: *Responsabilidade Fiscal, estudos e orientações, uma primeira abordagem*, organização Cerdônio Quadros, São Paulo: Ed. NDJ, 2001.

- **SANTOS, ALVACIR CORRÊA e BIGARELLI, LUIZ RENATO**. *Contratação por Prazo Determinado, art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, in:* Revista Gênesis nº 17, p. 464/480, Curitiba, 1994.

- **SANTOS, ALVACIR CORRÊA**. *Contratação Temporária na Administração Pública*, Curitiba: Ed. Gênesis, 1996.

- **SANTOS, MARCIA WALQUIRIA BATISTA DOS**. *A Lei de Responsabilidade Fiscal sob a Ótica do Tribunal de Contas, in*: *Responsabilidade Fiscal, estudos e orientações, uma primeira abordagem*, organização Cerdônio Quadros, São Paulo: Ed. NDJ, 2001.

- **SCHIRMER, MÁRIO SÉRGIO DE ALBUQUERQUE**. *Da Admissão no Serviço Público*, Curitiba: Juruá Ed., 1996.

- **SILVA, ADALBERTO PRADO e outros**. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, Mirador Internacional*, 2ª ed., São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil, publicações Ltda., Cia. 1977.

- **SILVA, JOSÉ AFONSO DA**. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

___ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

- **SINGER, PETER**. *Ética Prática*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, 1ª ed. brasileira, Livraria Martins Fontes Ed., São Paulo, 1994.

- **SMANIO, GIANPAOLO POGGIO** e **JESUS, DAMÁSIO EVANGELISTA DE**. *Responsabilidade Penal e Administrativa de Prefeitos Municipais*, *in*: Revista Consulex, v. 1, nº 8, p. 24-26, agosto de 1997.

- **SOUSA, EDER**. *Admissão no Serviço Público*, *in* ADV Advocacia Dinâmica, seleções jurídicas, COAD, 09/97, p. 34/38, 1997.

- **TÁCITO, CAIO**. *Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1975.

- **TAVARES, ANDRÉ RAMOS.** *Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei*, *in*: Argüição de Descumprimento de Preceito *Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo, Ed. Atlas, 2001.

- **TEMER, MICHEL**. *Elementos de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

- **TIEMANN, MARISA**. *Proposta nº 06*, aprovada pela CODIN, da Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região.

- **TOLEDO JÚNIOR, FLÁVIO C. DE** e **ROSSI, SÉRGIO CIQUERA**. *O Município e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, *in*: *Responsabilidade Fiscal, estudos e orientações, uma primeira abordagem*, organização Cerdônio Quadros, São Paulo: Ed. NDJ, 2001.

- **VÁSQUEZ, ADOLFO SÁNCHEZ**. *Ética*, traduzido por João Dell'Anna, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1989.

- *A Constituição na visão dos Tribunais*, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, vol. I, São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.