



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CRISTIANE ARAÚJO MACEDO

**ANÁLISE DAS ADMISSÕES AO SERVIÇO PÚBLICO SEM PRÉVIO
CONCURSO: ESTUDO DE CASO DAS PROPOSTAS DE EMENDA
À CONSTITUIÇÃO Nº 54/1999 e Nº 02/2003**

Fortaleza - Ceará
2007

CRISTIANE ARAÚJO MACEDO

**ANÁLISE DAS ADMISSÕES AO SERVIÇO PÚBLICO SEM
PRÉVIO CONCURSO: ESTUDO DE CASO DAS
PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 54/1999
e Nº 02/2003**

Monografia apresentada ao
Curso de Graduação em
Direito, da Universidade
Federal do Ceará (UFC/CE),
como um dos requisitos para
obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Fernanda
Cláudia Araújo da Silva, Ms.

Fortaleza - Ceará
2007

CRISTIANE ARAÚJO MACEDO

**ANÁLISE DAS ADMISSÕES AO SERVIÇO PÚBLICO SEM
PRÉVIO CONCURSO: ESTUDO DE CASO DAS
PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 54/1999
e Nº 02/2003**

Monografia apresentada ao
Curso de Graduação em
Direito, da Universidade
Federal do Ceará (UFC/CE),
como requisito parcial para
obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Fernanda
Cláudia Araújo da Silva, Ms.

Aprovada em: ____ de dezembro de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Fernanda Cláudia Araújo da Silva (Orientadora), Ms.
Universidade Federal do Ceará e Universidade de Fortaleza

Lúcio Martins Borges Filho
Universidade de Fortaleza

Francisco Ivan de Souza
Universidade Federal do Ceará

*A Deus, sustentáculo de
nossas vidas.*

.

AGRADECIMENTOS

À Prof^a. Ms. Fernanda Cláudia, minha orientadora, pela atenção, direção e confiança.

Aos ilustres membros da banca examinadora, Ivan e Lúcio, pela gentileza em aceitar o convite e pelas sugestões acrescentadas à monografia.

A todos os professores que foram essenciais durante esse período de aprendizagem.

À minha mãe, Socorro, sempre presente, me incentivando e colaborando para o meu crescimento em todas as horas.

Ao meu pai, Felício, que me proporcionou educação e motivação.

Às minhas irmãs, Auxiliadora e Fernanda, e ao meu sobrinho, Cauã, pelo companheirismo de sempre.

À minha amiga, Donna, pelo apoio incondicional.

Ao meu namorado, Thiago Josino, pelo grande apoio nas horas mais difíceis da elaboração do presente trabalho, bem como pelo amor e pela cumplicidade em todos os momentos.

A todos meus colegas de academia e aos amigos que me acompanharam durante o curso.

“A injustiça que se faz a um, é uma ameaça que se faz a todos.”
Montesquieu

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo principal analisar o regime constitucional do concurso público, em especial no tocante as Propostas de Emenda à Constituição nº 54/1999 e nº 02/2003, a luz do ordenamento jurídico brasileiro. Os objetivos específicos são: demonstrar a importância histórica da realização de concurso público, analisar a exigência constitucional de concurso público para o acesso aos cargos e empregos públicos, estudar a investidura no serviço público após o advento da Constituição de 1988 e abordar a constitucionalidade e os efeitos da contratação de servidores sem prévio concurso para efeito de análise das PEC's nº 54/1999 e nº 02/2003.

Palavras-chave: Cargos e Empregos públicos, Concurso Público, PEC's nº 54/1999 e nº 02/2003, Nepotismo.

ABSTRACT

The main objective of this monograph is to analyze the constitutional regime of the open public competition, especially proposes of constitutional emend n° 57/1999 e 02/2003, in the Brazilian judicial system. The specific objectives are: to demonstrate the historical importance of realization open public competition, to analyze the constitutional demanded of the open public competition, to study the admission on the public service after the 1988 Constitution and to discuss the constitutionality and the effects of hiring public servers without previously open public competition, analyzing the PEC's n° 54/1999 e n° 02/2003.

Key-Words: Public Career and public post, open public competition, PEC's n° 54/1999 e n° 02/2003, Nepotism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 HISTÓRICO DA EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO	14
1.1 O Nepotismo	14
1.2 A admissão de servidores público.....	17
1.3 Origens do serviço público brasileiro	23
1.4 A Constituição Federal de 1988 e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias	24
2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DADO AO CONCURSO PÚBLICO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	30
2.1 Necessidade e Conceito.....	30
2.2 O provimento derivado e o provimento originário.....	32
2.3 Cargo ou emprego público.....	34
2.4 Concurso de provas ou de provas e títulos.....	34
2.5 Natureza e complexidade do cargo ou emprego.....	36
2.6 Fundamento e princípios.....	36
2.7 Exceções à regra constitucional do concurso público.....	38
2.7.1 <i>Funções de confiança e cargos em comissão</i>	40
2.7.2 <i>Contratação temporária</i>	43
2.7.3 <i>Agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias</i>	44
2.7.4 <i>Cargos vitalícios e cargos efetivos</i>	46
3 AS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 54/1999 E Nº 02/2003	49
3.1 A PEC nº 54/1999 e as justificativas para a sua rejeição.....	49
3.2 A PEC nº 02/2003 e as justificativas para a sua rejeição.....	54
3.3 Formas de inconstitucionalidade e momentos de controle.....	59
3.4 Controle de constitucionalidade preventivo: direito subjetivo do parlamentar ao devido processo legislativo.....	64
3.5 Outras normas inconstitucionais e/ou ilegais já produzidas e o tratamento dado a elas pelos Tribunais.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público como condição de ingresso no serviço público. Essa obrigatoriedade abrange toda a Administração Pública Direta, compreendida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e Indireta, formada pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Quando a Carta Magna entrou em vigor em outubro de 1988, o Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias conferiu estabilidade aos servidores públicos que contassem com mais de 5 (cinco) anos contínuos de serviço público, e que não tivessem sido admitidos na forma regulada no Art. 37 da Constituição, ou seja, aos que não houvessem prestado concurso público para o cargo ou emprego que ocupavam.

Essa disposição do ADCT, conhecida como estabilidade excepcional, foi ventilada como necessária para regular a situação daqueles que antes da Carta de 1988 entrar em vigor, prestavam serviço público de forma continuada, mas que haviam ingressado nele sem se submeter a exigência da aprovação em concurso, até porque eram muitos os brasileiros nessa situação, e isso serviria como forma de pacificar o período de transposição entre a ordem jurídica antiga e a nova ordem vigente.

Antes do atual texto constitucional, era comum o acesso ao serviço público sem que se respeitasse o disposto no Art. 37. Eram muitos os casos de

ascensão entre cargos públicos diferentes e de transferências para cargos diversos daquele que o servidor inicialmente ocupava.

Do mesmo modo, desde a entrada em vigor da Lei Maior de 1988, o Poder Público tem tentado burlar, das maneiras mais variadas possíveis, a obrigatoriedade de realização de concurso.

Agora, mesmo depois de quase vinte anos da CF/88, com a idéia pacífica da necessidade de concurso para o acesso a cargos ou empregos públicos, ainda acontecem verdadeiros desrespeitos ao texto constitucional. É importante ressaltar que o Art. 19 do ADCT trouxe estabilidade excepcional aos que ocupavam cargo público sem concurso, mas não deu autorização para que se procedesse ao provimento de cargos, o que a partir de então só poderia acontecer de acordo com os ditames do art. 37, II da Constituição.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 54 de 1999 garante estabilidade a servidores da administração direta e indireta admitidos sem concurso público antes da Constituição de 1988, bem como àqueles servidores que, contratados sem concurso público após a Carta Política de 1988, somam mais de 10 (dez) anos de serviço. Já a PEC nº 02 de 2003 propõe a efetivação de pessoas requisitadas há pelo menos três anos, no órgão onde atualmente trabalham.

Muito polêmicas, as Propostas de Emenda Constitucional nº 54/99 e nº 02/2003 são bastante questionadas, uma vez que pretendem a aprovação de emendas à Constituição que, flagrantemente, violam disposição literal do próprio texto Magno.

É nesse contexto que abordaremos as contratações sem concurso público que foram feitas após a entrada em vigor do atual texto constitucional, com especial destaque às Propostas de Emenda à Constituição nº 54/1999 e 02/2003.

1 HISTÓRICO DA EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

1.1 O Nepotismo

Primeiramente, ao se refletir sobre o histórico da exigência de realização de concurso público, deve-se ter em mente uma prática recorrente em nosso país e no mundo: o nepotismo.

As raízes das práticas nepóticas são, por diversas vezes, confundidas com as origens do próprio Estado, mas não somente com a moderna concepção estatal, como também, e principalmente, com a concepção do Estado Monárquico. Nesse está presente como principal característica a noção de hereditariedade, no qual não existe vínculo ou associação entre o direito ao exercício do Poder e um sistema democrático, que privilegie o mérito dos cidadãos ou mesmo que contemple o princípio da impessoalidade.

Para conhecermos as raízes da problemática do nepotismo, temos que nos reportar a origem do próprio homem. Assim, tão antiga quanto à busca pela acumulação de riqueza, é a luta pela manutenção da mesma. Quando as civilizações antigas descobrem que podem cultivar o seu próprio alimento, ao invés de mudar-se constantemente à procura de novas regiões, nasce, quase que simultaneamente, à noção de propriedade.

Contudo, o nepotismo não se encontra de maneira uniforme em todas as sociedades.

Na Alemanha¹, a profissionalização do serviço público civil ocorreu em 1794, como o Código de Funcionários da Prússia, uma lei constitucional que especificou os direitos e deveres dos servidores reais, que passaram a ser definidos como servidores públicos, disciplinando suas relações de trabalho, no âmbito do direito público. Após, foi regulamentada a proteção contra demissão arbitrária, o que garantiu estabilidade aos funcionários, bem como regulamentou a acessibilidade à função pública.

Após o Segundo Reich, em 1873, o código do serviço civil tornou-se lei, sendo incorporados seus princípios à Carta de 1918. Com a chegada dos nazistas ao poder, tais garantias foram relativizadas em função das práticas existentes.

Com o advento da Constituição da República Federal Alemã, em 1949, os princípios da Constituição de 1918 influenciaram fortemente a concepção de burocracia descrita por Weber (obrigação de dedicação exclusiva ao cargo, lealdade política à Constituição, neutralidade política e sistema de carreira).

Na França², com a Revolução, os dois tipos de servidores público que existiam (os titulares de ofícios, que eram na verdade proprietários dos seus cargos, transferíveis por herança, e os comissários, funcionários nomeados e exonerados livremente pelo Rei e instrumentos do processo de centralização política) foram extintos e substituídos por um sistema em que os funcionários eram eleitos pelos

¹ Luiz Alberto dos Santos y Regina Luna dos Santos Cardoso. **CORRUPÇÃO, NEPOTISMO E GESTÃO PREDATÓRIA: UM ESTUDO DO CASO BRASILEIRO E ALTERNATIVAS PARA SEU ENFRENTAMENTO.** XVIII Concurso del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública "Cómo combatir la corrupción, garantizar la transparencia y rescatar la ética en la gestión gubernamental en Iberoamérica" Caracas, 2004-2005

² Idem, ibidem.

cidadãos, em virtude do princípio da igualdade aposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão firmada em 1789.

Com a Constituição napoleônica, no ano VIII, o agente da administração passou a ostentar a condição de funcionário. É atribuída a Napoleão a idéia da criação de uma corporação civil permanente, dotada de estatutos próprios, como o que acontecia com as carreiras militares, conforme ensinamento de Regina Luna dos Santos Cardoso que adiante transcrevemos:

A noção de uma estrutura funcional organizada em corpos hierarquizados e protegidos por um sistema de garantias foi defendida pelo Imperador ante o conselho do Estado.

[...]

Formaram-se, de acordo com esta concepção, os grandes corpos do Estado, regidos por regulamentos orgânicos e pela jurisprudência do Conselho de Estado, afirmando-se os princípios que constituíram a base do sistema de ordenação e garantia dos funcionários, como o ingresso pelo mérito e a capacidade dos aspirantes, a permanência no emprego, a definição da relação funcional como de índole não contratual e a submissão dos direitos e obrigações dos funcionários às necessidades da administração.

No Reino Unido³, o sistema de mérito começou ser utilizado a partir de várias reformas implantadas, especialmente após 1854, que serviram de substrato para o Ato do Conselho de 1870. Com a publicação do Relatório Northcote-Trevelyan, inspirado na experiência chinesa, foi proposta a extinção do sistema paternalista, impondo uma diferente maneira de admissão ao serviço civil. Essa nova maneira de recrutamento consistia no ingresso de jovens com limites etários

³ Idem, ibidem.

determinados, através de concursos públicos que indicassem o mais inteligente e hábil, não sendo relevante preparo técnico ou especialização profissional.

De forma lenta e gradual, o sistema de mérito foi se estendendo. Desde a metade do século passado, países como a Alemanha, a França, o Reino Unido e os Estados Unidos começaram a programar reformas com o objetivo de reduzir a margem de discricionariedade dos administradores públicos, diminuindo os espaços para práticas que vinculem os cargos e empregos públicos à atividade do poder político, mediante a utilização do sistema de mérito. A origem desse sistema, portanto, está ligada a tentativa de combate à corrupção, entendida esta, historicamente, como um das explicações para a ineficácia no setor público.

Não obstante os esforços empreendidos com esse intuito, o preenchimento de cargos e empregos públicos sem a devida observância do sistema de mérito continua a existir em muitos países, das maneiras mais variadas, com uma verdadeira tentativa de burlar de forma menos perceptível esse sistema, inclusive naqueles países considerados desenvolvidos.

1.2 A admissão de servidores públicos

Não é de hoje que os governantes procuram uma maneira adequada de selecionar cidadãos para atuar em nome do Estado. Abalizada doutrina sobre o assunto identifica que, desde a antiguidade, os poderes dos Estados tentam encontrar um procedimento com vistas à escolha de pessoas para o exercício do

serviço público, o que se estendeu durante a Idade Média, o Renascimento e, principalmente, até os dias atuais.

Como bem afirma Giriodi (José Cretela Júnior, 1997, pág. 455):

“da boa escolha das pessoas a quem se confiam às funções públicas depende em sua maior parte o bom andamento da Administração, tanto assim que um Estado em mediocres 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 funcionários públicos seja recrutado com critérios sadios e com bons métodos de seleção”.

Nesse sentido, são empregados como os meios mais conhecidos para a seleção de pessoal, por diferentes países, o sorteio, a compra e venda, a herança, o arrendamento, a nomeação, a eleição e o concurso⁴.

A nomeação por **sorteio** procedia à escolha do agente público utilizando o critério do acaso.

O sorteio podia ser puro e simples ou condicionado. O primeiro aplicava-se indistintamente a quaisquer pessoas que quisessem se submeter a ele. O segundo era aplicado aos candidatos que ostentassem determinadas condições elencadas como desejáveis aos que almejassem a função pública, de acordo com o cargo para o qual concorressem.

A nomeação por sorteio, apesar de seu uso bem restrito, aplicou-se com mais frequência a cargos de natureza política, do que a cargos públicos

propriamente ditos. Foi um critério de seleção de agentes públicos bastante utilizado na Antigüidade Clássica, especialmente nas cidades gregas, como Esparta e Atenas, nas quais ficou famoso pela sua utilização para a escolha de cidadãos a cargos de grande importância. O critério do acaso também foi aplicado nas Comunas Italianas da Idade Média. Em nosso país, o sorteio teve pouca aplicação.

Apesar de a escolha de agentes públicos através de sorteio apresentar o inconveniente de nem sempre assegurar que o mais capacitado fosse designado para o cargo, tinha pelo menos a vantagem de afastar a influência política ou familiar, garantindo a imparcialidade e também a independência do sorteado, que ficava livre de pressões e compromissos, e fazendo com que, nesse tocante, o sistema de sorteio fosse bastante democrático.

A **compra e venda** foi implementada na Idade Média pelo rei Carlos VII, da França, e tornou-se definitiva a partir do reinado de Francisco I, com a criação de escritórios de compra e vendas em 1529.

A venalidade de cargos públicos consiste na alienação pelo Estado às pessoas mais abastadas da sociedade. Ante a crise econômica vivenciada por diversos países da Europa no período, sobretudo pela ocorrência de guerras, proliferação de pestes e os inúmeros abusos de poder cometidos pela realeza, com especial destaque ao rei francês Luís XVI, a venda de funções públicas se proliferou de tal maneira, que chegou a ser considerada ótima fonte de renda para os que dela se utilizavam.

⁴ Cretella Júnior, José. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 456.

Após essa propagação na França, a compra e venda de cargos públicos chegou a outros países europeus, como a Alemanha, a Espanha e a Itália.

Esse sistema gerou muitos inconvenientes, pois tinha a séria desvantagem de contemplar somente os mais ricos, levando a uma mercantilização do serviço público, sendo suscetível até de transmissão hereditária, em detrimento da qualidade do serviço prestado, já que quase sempre não havia pessoas competentes nas funções comercializadas.

O sistema de **herança** promovia o ingresso no serviço público através do critério da hereditariedade, em decorrência do que ocorria também com a compra e venda acima mencionada.

Desde logo, esse sistema apresentou a enorme desvantagem de nem sempre o sucessor ter as mesmas aptidões e qualificações do sucedido, sendo incapaz de bem exercer a função pública na qual foi investido. Esse inconveniente revelava maiores proporções tendo em vista que o critério da hereditariedade para o alcance de um cargo público geralmente acontecia nos cargos do alto escalão do poder, de natureza civil ou militar, culminado com a delegação do múnus público a substitutos ou representantes.

O **arrendamento**, também de origem feudal, apresentava-se como uma espécie de compra e venda, diferenciando-se desta apenas porque o Estado não transferia definitivamente o cargo público ao particular, mas por período determinado de tempo, durante o qual era feito o pagamento pelo cargo aos poderes públicos.

Assim, tinham as mesmas vantagens e desvantagens da venalidade de cargos públicos, com exceção dessa particularidade ressalvada.

A **livre nomeação** é a indicação por alguém do Governo para a investidura no cargo ou função pública, sem qualquer critério pré-estabelecido. O sistema de livre nomeação pode ser absoluto ou relativo.

No primeiro, a nomeação para o cargo ou função pública é atribuída a uma só pessoa, sem a ingerência de qualquer outro poder. Já a livre nomeação relativa é uma coisa complexa, que só se perfaz em absoluto quando confirmada por um outro poder.

Assim como os demais sistemas apresentados, a livre nomeação apresenta fatores positivos e negativos. Porém deve ser dito que a livre nomeação, absoluta ou relativa, quase sempre é sopesada por limitações estabelecidas na Constituição ou em leis esparsas, como ocorre no direito brasileiro que prevê critérios de idade, de conhecimentos técnicos e/ou aptidão moral, entre outros.

A **eleição** traduz a possibilidade do povo, direta ou indiretamente, escolher o agente público através do voto. Aqui as eleições consistem na escolha para cargos administrativos, e não políticos, já que o objeto de estudo deste trabalho é concernente ao Direito Administrativo.

Esse sistema, embora reconhecidamente ruim fora do âmbito dos cargos políticos, teve seu surgimento na Revolução Francesa como uma forma de melhorar a escolha de funcionários para os cargos públicos, ante a descrença nos sistemas

usualmente utilizados (compra e venda, herança, arrendamento e doação), pois acreditava-se que por ser um sistema democrático, afeto a soberania popular, corrigiria os abusos anteriormente cometidos.

O sistema de eleição foi trazido até a França por influência dos Estados Unidos, onde até hoje, cargos públicos são preenchidos por meio de sufrágio, inclusive cargos do Poder Judiciário, como o de juiz de primeira instância.

Diversas críticas são apresentadas à escolha de agente públicos por meio do voto. Dentre as principais, podemos destacar a interferência de pessoas audaciosas na escolha popular e a impossibilidade de se proceder à eleição de forma a apurar os conhecimentos técnicos e científicos do candidato.

Por último, temos o sistema do **concurso público**, que se desenvolveu na França, com Napoleão, após grande resistência de seus opositores, que eram os apadrinhados beneficiados pelos outros sistemas.

Cada vez mais o concurso público tende a generalizar-se, passando a ser adotado por todos como o meio normal de investidura no serviço público. Embora também não seja isento de falhas, ele é o sistema que melhor contempla o mérito. Colacionado lição de J. Cretella Jr. (1997, pág. 461), tem-se que:

”Embora se diga que o concurso não é isento de falhas insanáveis, afastando as maiores capacidades que, por modéstia ou timidez, não pretendem arriscar a reputação de que gozam perante comissões nem sempre unicamente idôneas, tendo sido, por isso mesmo, repellido pelas antigas legislações da Inglaterra e da Alemanha, que no entanto, por outros processos levaram às cátedras nome famosos, como Kant e Ihering, embora também se diga que alguns candidatos, por acaso, podem ser beneficiados com matéria que justamente mais conheçam, não obstante se diga também que os mais brilhantes possam impressionar melhor nas

provas públicas, o que ninguém pode negar é que, de todos os modos de seleção, é o único que tem o grande mérito de arredar *in limine* os absolutamente incapazes, o único que procede de acordo com princípios informativos de índole científica. “

1.3 Origens do serviço público brasileiro

O sistema de mérito em nosso país iniciou-se de forma singela, já que as raízes das práticas clientelistas em nossas terras são muito antigas.

No Brasil, cita-se como o primeiro registro histórico dessa prática a Carta de Pero Vaz de Caminha, na qual este relata ao rei de Portugal, Dom Manuel, o “achamento” do Brasil, concluindo, ao final, com um pedido ao rei para que conseguisse um emprego para seu genro (Caminha, www.zaz.com.br). Mesmo que essa referência já tenha sido incorporada ao nosso folclore, ela revela uma prática da Coroa Portuguesa que se arraigou de forma determinante em nossa história, e que perdura até os dias atuais.

A colonização portuguesa com o intuito de explorar para subsistir e lucrar, aliada à agricultura, à escravidão e à família ditaram o padrão de colonização feito no Brasil, definindo o que país foi em seus primórdios e um pouco o que ainda é, constituindo forte base para compreensão e explicação da tendência a não considerar as fronteiras entre a esfera pública e a esfera privada.

A instituição familiar, tão importante na formação do país, ocasionou a extensão da apropriação, feita pelas oligarquias, do patrimônio aos membros dos grupos familiares, conduta que se refletiu na resistência à implantação do sistema de

mérito e na persistência das práticas clientelistas, de favorecimento pessoal e familiar.

Desta feita, as práticas paternalistas no Brasil têm demonstrado enorme força, sobrevivendo e resistindo a tentativas sucessivas de limitação. Contudo, elas têm conseguido subsistir de tal forma que se torna difícil separá-las do processo de formação dos quadros públicos, nas três esferas de poder.

Embora, do ponto de vista formal e jurídico, desde o século passado tenha se tentado instituir um sistema de mérito, que passou por diversas tentativas de aperfeiçoamento, tais tentativas jamais produziram efeitos duradouros. Historicamente o mérito tem sido apenas mais um dos critérios, convivendo com lacunas no sistema e com a tolerância da própria sociedade, que opera a partir de justificativas que só o paternalismo consegue aceitar, em detrimento de uma ideologia meritocrática.

1.4 A Constituição Federal de 1988 e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

O advento da nova Carta Política, em 5 de outubro de 1988, teve imediatas repercussões sobre o quadro até então largamente consolidado. Especialmente as determinações contidas no art. 39 da Constituição, para a adoção de regime jurídico único e de planos de carreira, juntamente com o comando inserto no Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, culminaram na

unificação dos regimes jurídicos operada pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Em um primeiro momento, ocorreu a transformação de todos os empregos existentes em cargos públicos, independentemente da forma de sua investidura, com vistas à inclusão dos mesmos nas carreiras a serem organizadas.

Atualmente, passados quase vinte anos da sua promulgação, a Constituição de 1988 ainda sofre tensionamentos, com várias propostas de emenda à constituição com o intuito de aumentar a estabilidade concedida pelo ADC T.

Assim, são inúmeras as proposições que tramitam no Congresso, com o escopo de efetivar servidores, na condição de cedidos, nos quadros dos órgãos em que atuem ou de permitir a efetivação de empregados de empresas estatais cedidos à Administração Direta, ou de reintroduzir o instituto da ascensão funcional, para permitir que servidores, muitas vezes de nível médio, possam mudar de cargo através de seleção interna, sem novo concurso público, ou de fixar reserva de vagas em concursos públicos para quem já detenha a condição de servidor.

O Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estatuiu a estabilidade aos servidores públicos que, embora não tenham sido admitidos pela regra insculpida no art. 37, II, da Carta Magna em vigor, contavam, ao tempo de sua promulgação, pelo menos cinco anos ininterruptos de serviço público na Administração Direta, Autárquica e Fundacional, senão vejamos:

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.

Essa disposição do ADCT, conhecida como estabilidade excepcional, foi ventilada como necessária, uma opção mais política do que propriamente jurídica, para regular a situação daqueles que antes da Carta de 1988 entraram em vigor, prestavam serviço público de forma continuada, mas que haviam ingressado nele sem se submeter a exigência da aprovação em concurso, até porque eram muitos os brasileiros nessa situação, e isso serviria como forma de pacificar o período de transição entre a ordem jurídica antiga e a nova ordem vigente.

Assim, ela não se estende aos cargos, empregos e funções de confiança ou em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, em virtude da natureza transitória de tais agentes públicos, de acordo com o Art. 19, § 2º, que assim dispõe:

§ 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, exceto se se tratar de servidor.

A mencionada estabilidade também não é extensível, consoante o Art. 19, § 3º, aos professores de nível superior, o que se atribui usualmente a uma opção do legislador constituinte originário em não afastar a exigência constitucional do concurso público nesse caso, em homenagem ao sistema do mérito.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Além dessas ressalvas que foram ventiladas, é importante também que seja dito que o artigo das disposições constitucionais transitórias em estudo conferiu a estabilidade no serviço público e não a efetivação em cargo público, segundo o Art. 19, §1º, in verbis:

§ 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.

Desta forma, como o citado parágrafo dispõe que os servidores que foram agraciados com a estabilidade excepcional terão seus tempos de serviço contados como título quando se submeterem a certame público para fins de efetivação, infere-se daí que ditos servidores não são, necessariamente, ocupantes de cargo efetivo, ou seja, não detém a “efetividade”, que é conceito diverso da estabilidade, e com ela não se confunde.

Portanto, é imperioso notar que a regra do Art. 19 do ADCT não conferiu autorização para que constituições estaduais ampliassem o seu rol.

Mesmo diante de todo o exposto, alguns diplomas legislativos, a exemplo da Lei nº 8.112/90, ampliaram indevidamente a benesse constitucional da estabilidade extraordinária, com o intuito de tornar efetivo empregados públicos abrangidos pelo Art. 19, caput, do ADCT, ou seja, que não haviam prestado

concurso público para o emprego que ocupavam, em uma verdadeira transformação de emprego em cargo efetivo.

No julgamento da ADI 498⁵, o STF firmou o entendimento de que o disposto no Art. 19 do ADCT, como exceção que é, deve ser interpretado restritivamente, sendo inconstitucionais leis estaduais que ampliem essa regra excepcional:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. C.F., art. 37, II, art. 19, ADCT. CONSTITUIÇÃO DO AMAZONAS, art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º; Lei 2.010, de 1990, art. 2º, Lei 2.018, de 1991, art. 2º, ambas do Estado do Amazonas. I. - Inconstitucionalidade do art. 3º e seus parágrafos do ADCT da Constituição do Amazonas, que ampliam os pressupostos do art. 19, ADCT, da Constituição Federal, ampliando a exceção constitucional (art. 19, ADCT) à regra inscrita no art. 37, II, da Constituição da República. *Inconstitucionalidade*, em consequência, do art. 2º da Lei 2.010/90 e do art. 2º da Lei 2.018/91, ambas do mesmo Estado, que dão execução ao artigo 3º e seus parágrafos das Disposições Transitórias da Carta Estadual. II - Ação direta julgada procedente.

Exemplo disso ocorreu também com a Constituição do Estado do Ceará⁶, que aumentou os limites da estabilidade excepcional do ADCT, e teve seus Artigos 25, 26, 29 e 30 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias declarados inconstitucionais no julgado que a seguir reproduzimos:

EMENTA: I. Servidor Público: estabilidade extraordinária (ADCT/CF/88, art. 19). O Tribunal tem afirmado a sujeição dos Estados-membros às disposições da Constituição Federal relativas aos servidores públicos, não lhes sendo dado, em particular, restringir ou ampliar os limites da estabilidade excepcional conferida no artigo 19 do ato federal das disposições transitórias. II. Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público (v.g. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01). III. Concurso público: exigência incontornável para que o servidor

⁵ ADI 498 / AM – AMAZONAS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 18/04/1996.

⁶ ADI 289 / CE – CEARÁ, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 09/02/2007.

seja investido em cargo de carreira diversa. 1. Reputa-se ofensiva ao art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do "aproveitamento" de que cogita a norma impugnada. 2. Incidência da Súmula/STF 685 ("É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido"). IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 25, 26, 29 e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Ceará.

2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DADO AO CONCURSO PÚBLICO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Necessidade e Conceito

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público como condição de ingresso no serviço público. Essa obrigatoriedade abrange toda a Administração Pública Direta, compreendida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e Indireta, formada pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Assim, a aprovação prévia em concurso público é regra geral para o provimento de qualquer cargo ou emprego na Administração Pública. O Art. 37, inciso II, da Carta de 1988, assim dispõe:

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:

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 cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Conforme definição de De Plácido e Silva⁷, o vocábulo concurso provem do latim:

⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulo Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 17. ed. rev. e atual. 2002, p.194.

(...) Concursos, de *concurrere*; possui, de um modo geral, sentido análogo a concorrência, pois que significa o ato ou fato de concorrer, em virtude do que mostra, em regra, a participação de várias pessoas a um ato, ou a afluência de coisas ou atos para a composição de outra coisa, evidências de um fato, ou constituição de um ato. (...) Na técnica do Direito Administrativo e do Direito Civil, embora não se prive o vocábulo de seu sentido originário, de afluência de disputantes a conquista de determinado prêmio ou promessa, possui a função de designar o processo de]seleção, posto em prática por uma pessoa ou pela autoridade pública, a fim de escolher candidatos de um trabalho ou ao exercício de um cargo.

Assim, o alcance da exigência da realização de concurso deve ser o mais amplo possível. Essa regra não só contempla o provimento em cargos públicos, mas também a investidura em empregos públicos pelo regime trabalhista, conforme o citado dispositivo constitucional.

Do mesmo modo, o concurso é exigido para a Administração Direta ou Indireta, sejam as pessoas públicas, ou privadas.

O legislador constituinte, para garantir o regramento do Art. 37, II e III, da CF/88, disciplinou como causa de nulidade absoluta (de pleno direito) do ato de provimento, prevendo também a responsabilização do agente público, senão vejamos, *verbis*:

§ 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.

Essa nulidade, prevista no Art. 37, § 2º, da Carta magna, é um dos poucos casos de nulidade expressa nos comandos constitucionais, fato revelador da importância da obrigatoriedade de realização prévia de concurso público para a investidura no serviço público.

2.2 O provimento derivado e o provimento originário

Antes do atual texto constitucional, era comum o acesso ao serviço público sem que se respeitasse o disposto no Art. 37. Eram muitos os casos de ascensão entre cargos públicos diferentes e de transferências para cargos diversos daquele que o servidor inicialmente ocupava.

As formas de provimento em cargo público, conforme critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal, são classificadas em formas de provimento originário e de provimento derivado.

Sobre o assunto, pedimos vênias para transcrever as definições de provimento originário e provimento derivado feitas pelos ilustres autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁸:

Provimento originário é o preenchimento de classe inicial de cargo não decorrente de qualquer vínculo anterior entre o servidor e a Administração. A única forma de provimento originário atualmente compatível com a constituição é a nomeação e, para os cargos efetivos, depende sempre de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (CF; art. 37, II).

Provimento derivado é o preenchimento de cargo decorrente de vínculo anterior entre o servidor e a Administração. As formas de provimento derivado enumeradas no art. 8º da Lei nº 8.112/90 são a promoção, a readaptação, a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução.

Assim, decidindo conforme o Art. 37, II, da Carta Magna, a jurisprudência estabeleceu que a ascensão (acesso) e a transferência são formas inconstitucionais de provimento derivado de cargo público, já que implicam o ingresso em carreira

⁸ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 280.

diferente daquela que o servidor obteve aprovação em concurso, sendo, pois, declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, que assim se manifestou sobre o tema:

(...) estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para o qual o servidor público ingressou por concurso.⁹

De fato, sob a égide do anterior diploma constitucional (Constituição de 1967/1969), o concurso público só era exigido para a primeira investidura no serviço público, o que tinha por conseqüência a permissão geral a qualquer tipo de provimento derivado, ocasionando inúmeros abusos e desvios de função, senão vejamos:

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

A Lei nº 9.527/97 revogou expressamente a ascensão e a transferência previstas como forma de provimento derivado na Lei nº 8.112/90, que já haviam sido declaradas inconstitucionais pelo STF. Pacificando o tema, foi editada em 2003 a Súmula 685 do Supremo, que assim dispôs sobre a questão:

É INCONSTITUCIONAL TODA MODALIDADE DE PROVIMENTO QUE PROPICIE AO SERVIDOR INVESTIR-SE, SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DESTINADO AO SEU PROVIMENTO, EM CARGO QUE NÃO INTEGRA A CARREIRA NA QUAL ANTERIORMENTE INVESTIDO.

⁹ Decisão de mérito na ADIN n.º 231-7, de 1990, publicada no Diário da Justiça de 13/11/1992.

2.3 Cargo ou emprego público

No nosso país, mesmo antes da Carta Magna de 1988 entrar em vigor, a investidura nos quadros do poder público também se realizava por meio de concurso, porém o concurso só era exigido para o ingresso em cargo público. Assim, não existia a exigência de concurso para a investidura em emprego público.

Hoje, apesar de existir diferenças entre cargo e emprego público, não existe mais essa diferenciação quanto à exigência de realização de concurso.

No âmbito federal, para o provimento de cargos públicos, a Lei nº 8.112/90 disciplina o regime jurídico relativo à exigência de concurso público pela Administração Direta, Autárquica e Fundacional; já quanto ao regime de emprego público (celetistas), a Lei nº 9.962/200 estabelece a contratação de pessoal para a Administração Direta, Autárquica e Fundacional.

2.4 Concurso de provas ou de provas e títulos

O concurso pode ser de provas ou de provas e títulos. Conforme o escólio de José dos Santos Carvalho Filho¹⁰:

“Atualmente não é mais juridicamente possível o concurso apenas de títulos, porque esta forma de seleção não permite uma disputa em igualdade de condições”. “A titulação dos candidatos não pode servir como parâmetro para aprovação ou reprovação no concurso público, pena de serem prejudicados seriamente aqueles que, contrariamente a outros candidatos, e às vezes por estarem em início da profissão, ainda não tenham tido oportunidade de obterem essa ou aquela titulação. Entendemos, pois, que os pontos atribuídos à prova de títulos só podem refletir-se na *classificação* dos candidatos, e não em sua *aprovação* ou

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 541.

reprovação. De outro lado, revela-se ilegítima a pontuação desproporcional atribuída a títulos; aqui a Administração deve respeitar o princípio da proporcionalidade, pois que, não agindo dessa maneira, pesarão fundadas suspeitas sobre o propósito de favorecimento de determinados candidatos. Só assim é possível considerar o concurso de provas e títulos compatível com o princípio da impessoalidade inscrito no art. 37 da CF”.

Não obstante o entendimento do ilustre professor, deve-se observar que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 221.966, relator Min. Marco Aurélio, decidiu que a prova de títulos pode ensejar pontuação que, conjugada com a nota das provas de conhecimento, ocasione a reprovação do candidato.

Mais expreso ainda é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em julgado no qual está prolatado o entendimento de que a prova de títulos pode ser eliminatória:

CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE TÍTULOS.

É possível a atribuição de caráter eliminatório à prova de títulos, mesmo que isto decorra de alteração posterior ao edital do concurso, porém há que se respeitar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e finalidade. In casu, o edital não previu o prazo para a juntada de títulos, e a modificação posterior daquele regramento feita por deliberação da Comissão não supre a lacuna. Destarte, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, determinando que a Comissão aprecie os títulos apresentados. O voto vencido concedia in totum a segurança¹¹.

Pode-se acrescentar também que, mesmo que não esteja expreso na Carta Magna, a exigência de provas de títulos em concurso só se justifica em função de especial conhecimento técnico ou científico do cargo ou emprego para o qual se pretenda realizar o concurso, pois não se coaduna a exigência da prova de titulação para cargo de atividades genéricas, cujas atribuições não se relacionem a uma área específica de formação.

¹¹ RMS 12.908-PE, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 2/4/2002.

De todo modo, certo é que fica proibida a investidura em cargo ou emprego público mediante exclusiva avaliação de títulos, ou seja, através de um procedimento que não contemple a realização de provas de conhecimento.

2.5 Natureza e complexidade do cargo ou emprego

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 acrescentou ao Art. 37, II, da Constituição a expressão “*de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei*”. Não obstante esse acréscimo ter tornado mais explícito o texto constitucional, é de se observar que, mesmo antes dessa alteração, o acesso aos cargos e empregos públicos, através de concurso, deveria sempre se pautar na busca por aqueles candidatos que se compatibilizavam com a natureza e a complexidade das funções do cargo ou emprego para o qual concorresse, em atenção ao princípio da razoabilidade, para que não haja exigências absurdas, nas provas de conhecimento ou mesmo na prova de títulos.

Contudo, este dispositivo também pode ser interpretado como autorizador, por meio de lei, da disciplina de concursos públicos mais simplificados, sobretudo para aqueles cargos ou empregos que, por sua natureza, não necessitem de um processo de seleção complexo, desde que, é claro, observadas as demais exigências da Lei Maior.

2.6 Fundamento e princípios

O concurso público é o procedimento administrativo por meio do qual se tem por objetivo aferir as aptidões pessoais dos candidatos, com vistas a escolher aqueles que melhor se enquadrem no exercício da função pública.

Na aferição da capacidade dos candidatos, o Estado escolhe aquele que demonstrem o melhor desempenho intelectual, físico ou psicológico, observando-se a ordem de classificação.

Nesse diapasão, ele é o instrumento que melhor traduz os anseios trazidos com a Constituição Federal de 1988, pois representa o sistema do mérito, no qual todos podem concorrer em iguais condições. Nesse sistema estão incutidos princípios trazidos pela Carta de 1988, ou seja, valores que o legislador constituinte originário desejou proteger. Entre esses princípios podemos destacar o princípio da igualdade, o princípio da impessoalidade, o princípio da moralidade e o princípio da eficiência (incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98), expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e presentes também em vários dispositivos constitucionais mais específicos.

Também devem ser registrados dois princípios da Administração Pública que, embora implícitos, norteiam toda a atividade administrativa do Estado: o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da supremacia do interesse público. Estes princípios ficam resguardados com a realização de prévio e obrigatório concurso público, mediante a avaliação de mérito. Portanto, o alcance dessa obrigatoriedade deve ser o maior possível.

Não obstante, o preenchimento de cargos e empregos públicos sem concurso prévio continua a ocorrer. Este hábito de nossos administradores, que perdurou por muitas décadas, se prolonga, mesmo diante da clareza constitucional,

da orientação da melhor doutrina e do entendimento dos nossos Tribunais, que, por diversas vezes, ainda se deparam com a inconstitucionalidade de leis que tentam fugir à regra do concurso.

2.7 Exceções à regra constitucional do concurso público

Conforme exposto, a exigência de concurso para a investidura nos cargos e empregos públicos é a regra. Apesar do comando obrigatório do dispositivo constitucional, fazem-se necessárias algumas explicações sobre determinadas entidades.

Assim, não precisam realizar concurso público para a investidura de pessoal: os delegatários de serviços públicos aqui compreendidos os concessionários, os permissionários e os autorizatários do serviço público, já que são pessoas jurídicas de direito privado, fora do âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta, que recebem do Estado o múnus para executar um serviço público; as pessoas contratadas pelos titulares de serventias de notas e de registros públicos; os componentes das organizações sociais (OS) e das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP); os integrantes de partidos políticos e de sindicatos, já que também não integram a Administração Pública; e, por último, o pessoal das subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mista, pois não estão expressamente abrangidos pelo Art. 37, inciso II, da Lei Maior, ou seja, mesmo constituídas por percentual de dinheiro público, não são obrigadas a se submeter à regra do concurso público.

Por outro lado, necessitam realizar concurso público para o provimento de seus cargos ou empregos públicos: as agências reguladoras, haja vista que são criadas por lei como autarquias especiais; as agências executivas, à medida que são autarquias ou fundações que receberam do Governo essa denominação para melhor desempenhar suas atividades; e os titulares dos cartórios de notas e de registros públicos.¹²

Impende ressaltar também que estão obrigados a realizar prévio concurso público, para o provimento de seus cargos ou empregos, os conselhos profissionais, já que são considerados, pela doutrina e pela jurisprudência, autarquias federais, consoante decidiu o Min. Sydney Sanches, na ADI 1717/DF, julgada em 07/11/2002.

Entretanto, em relação à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Supremo Tribunal Federal entendeu que ela não está sujeita ao Art. 37, inciso II da Constituição Federal, podendo contratar sem a realização de certame público, conforme o julgamento da ADIn 3026-DF¹³, ajuizada pelo Procurador Geral da República, que adiante transcrevemos, apesar de não ser esse o melhor entendimento sobre o tema:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO.

¹² Júnior, Agapito Machado. O controle Jurisdicional nos concursos públicos. Programa de Pós-graduação *stricto sensu*. Mestrado em Direito Público, Fortaleza/CE, 2006.

¹³ ADI 3026 / DF, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 08/06/2006.

AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido.

Além dessas entidades, a própria Constituição disciplina situações excepcionais, nas quais a exigibilidade do concurso é afastada, conforme se verá nos tópicos a seguir.

2.7.1 Funções de Confiança e Cargos em Comissão

A Constituição, antes de ser alterada pela EC nº 19/98, assim disciplinava em seu Art. 37, inciso V, sobre os cargos em comissão e as funções de confiança, não sendo necessária a previa aprovação em concurso:

V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, **preferencialmente**, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei;

Após a EC nº 19/98, conforme o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴, haverá sempre necessidade de concurso público para a função de confiança, pois o acesso à função pública sem prévio concurso só ocorrerá nos casos de contratação temporária, por expressa disposição constitucional:

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;

De forma mais crítica, e em sintonia com a realidade brasileira, José Afonso da Silva¹⁵ entende que:

(...) deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para a admissão às funções (autônomas) referidas no Art. 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões a funções autônomas sempre foram fonte de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursandos.

Pode-se dizer que a previsão de cargos em comissão e funções de confiança, como atualmente existe na estrutura do serviço público no Brasil, ocasiona uma verdadeira proliferação desses cargos e funções, em detrimento do sistema do mérito, já que não existe no Brasil uma política de recursos humanos

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 422.

capaz de construir um serviço profissionalizado, o que ocasiona a distribuição “aleatória” desses cargos.

A abundância dos cargos em comissão na administração pública brasileira viabiliza a apropriação desses cargos vagos pelo poder político, além da criação dos mesmos já com esse intuito, o que irá ocorrer nos cargos direção, chefia e assessoramento da administração, ou seja, nos mais altos níveis do Poder, inclusive fazendo com que estes cargos sirvam, além das práticas nepóticas já conhecidas, como moeda de troca entre os agentes políticos, gerando um total desprestígio do sistema de mérito.

A Lei nº 7.834/89 que criou a carreira e os respectivos cargos de especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental prevê em seu artigo 9º que:

“A formação de pessoal qualificado para o exercício de atividades de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas e a habilitação para o exercício de cargos de direção e assessoramento superiores terão prioridade nos programas de desenvolvimento de recursos humanos na Administração Federal.”

O referido diploma legal, produzindo há mais de 18 (dezoito) anos, ainda não contou com nenhum investimento significativo com esse fim.

Assim, temos uma gama de fatores que impede a organização de carreiras, principalmente porque a profissionalização do serviço público, através de uma política de recursos humanos eficaz, iria de encontro ao interesse da classe política que impõe liberdade à investidura nesses cargos em comissão ou nessas funções de confiança.

¹⁵ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros,

2.7.2 Contratação temporária

O Art. 37, IX, da CF/88 assim dispõe sobre a contratação temporária:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Na esfera federal, a contratação por prazo determinado está regulamentada na Lei nº 8.745/93. Essa lei estabelece as situações que podem ser consideradas como necessidade temporária de excepcional interesse público. A contratação no âmbito federal não é feita por concurso público, mas sim através de processo seletivo simplificado.

Apesar das limitações impostas na esfera federal, situações de contratação, inclusive fora da regra geral, têm produzido um crescimento do contingente de contratações temporárias. Talvez por essa razão se justifique a divergência entre órgãos do próprio Governo sobre o número de contratados temporários. Isto porque, além da flexibilização dos próprios requisitos de ingresso – dispensando-se, muitas vezes, até mesmo a realização de processo seletivo prévio – vêm também sendo ampliadas, além dos limites da razoabilidade, as situações que tais contratações “excepcionais” são permitidas.

Exemplo desta prática foi a autorização conferida pela Medida Provisória nº 2.014-4/2000, que permitia ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI contratar, por prazo de 12 meses, servidores temporários para exercerem atividades típicas da autarquia. No entanto, o Supremo Tribunal Federal suspendeu essa permissão, através de liminar na ADIn nº 2.215-7, sob o entendimento de que a lei

não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente, de servidores sem o devido concurso público, para cargos típicos de carreira.

Contudo, inúmeras outras hipóteses foram criadas, e mantidas em vigor, como o que ocorreu no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS que, de 1993 até 2002, obteve autorização especial para contratar temporários para serviços típicos, e nas Agências Reguladoras, com a autorização por leis especiais para promover-se a contratação temporária de pessoal para funções permanentes. No caso das Agências Reguladoras, somente em 2004 houve a criação de cargos efetivos em diversas carreiras específicas (Lei nº 10.871, de 2003), com a conseqüente realização de concursos públicos.

2.7.3 Agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias

Além das já referidas exceções à regra constitucional do concurso público, a Emenda Constitucional nº 51 de 2006 trouxe mais uma possibilidade na qual essa regra é afastada, com o acréscimo de três parágrafos ao Art. 198 da Constituição Federal de 1988, os quais dispõem sobre a contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias.

Com essa alteração, ficou estatuído que os agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias devem ser contratados através de processo seletivo público, da seguinte forma:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.

O Art. 198, §5º, da CF/88 prevê que a regulamentação por meio de lei federal para a determinação do regime jurídico desse pessoal e para a regulamentação de suas respectivas atividades.

Muito embora a Emenda Constitucional nº 51/2006 não tenha dito de maneira expressa o que é ou mesmo como deve ser esse processo seletivo público, infere-se daí que ele não é o mesmo que concurso público por razões óbvias, já que se fosse exatamente a mesma coisa, não seria necessária a sua previsão explícita, bastando para tanto a regra do Art. 37, II da Constituição. Essa diferenciação nos leva a concluir que a intenção do legislador foi estabelecer uma forma de contratação mais simplificada em relação ao que ocorre com o concurso público¹⁶. A Lei nº 11.350/2006 regulamentou esses dispositivos constitucionais, estabelecendo em seu art. 9º, *in verbis*:

“Art. 9º A contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São PAULO: Atlas, 2006, p. 197.

Essa lei também trouxe o regime jurídico desses profissionais, que deverá ser o constante da Consolidação das Leis do Trabalho, salvo no caso dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que através de lei local, dispuser de forma diversa.

É importante destacar o Art. 16 da mencionada Lei proíbe a contratação temporária ou de terceirizados para esses fins, ressalvada a hipótese nos caso de surtos endêmicos, senão vejamos:

Art. 16. Fica vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável.

Por fim, a Lei nº 11.350/2006 traz uma espécie de regra de transição, prevendo que os profissionais que tiverem sido contratados mediante um anterior “processo de seleção pública” ficaram dispensados do processo seletivo público de que essa lei trata, assim considerado desde que tenha se realizado de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme o Art. 9º, parágrafo único, *ipsis litteris*:

Parágrafo único. Caberá aos órgãos ou entes da administração direta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certificar, em cada caso, a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa referida no parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional no 51, de 14 de fevereiro de 2006, considerando-se como tal aquele que tenha sido realizado com observância dos princípios referidos no caput.

2.7.4 Cargos vitalícios e Cargos efetivos

Apesar de constituírem exceção à regra constitucional do concurso público, não são poucos os cargos vitalícios ou efetivos existentes no país, sem,

contudo, haver um procedimento idôneo para a escolha desses agentes públicos, além dos precários requisitos, e genéricos, diga-se de passagem, elencados na Constituição (notável saber jurídico, reputação ilibada e limite etário ou tempo mínimo de atividade profissional).

Tão grave também é constatar que estes cargos estão entre aqueles do mais alto escalão do país, o que, sem sombra de dúvida, compromete a isonomia, a moralidade e a legitimidade, senão vejamos: Ministros do Tribunal de Contas da União (Art. 73, CF/88), Quinto Constitucional (Art. 94, CF/88), Ministros do Supremo Tribunal Federal (Art. 101. Parágrafo único, CF/88), Membros do Conselho Nacional de Justiça (Art. 103-B, CF/88), Ministros do Superior Tribunal de Justiça (Art. 104. Parágrafo único, CF/88), Desembargadores dos Tribunais Regionais Federais (Art. 107, CF/88), Ministros do Tribunal Superior do Trabalho (Art. 111-A, CF/88).

Não é de hoje que são feitas duras críticas a essa ausência de um critério idôneo para a escolha dos membros dos Tribunais, conforme lição de Nelson Nery Junior¹⁷, a diante colacionada:

A ilegitimidade do STF como Corte Constitucional está na nomeação vitalícia dos ministros (deveria haver mandato por prazo determinado) e no fato de que os poderes Judiciário e Legislativo não participam eficazmente da escolha de seus membros, como seria correto (O Senado apenas aprova ou rejeita o nome proposto pelo Presidente da República). O Executivo, portanto, é o único dos três poderes que pode indicar e nomear juiz integrante do tribunal constitucional federal brasileiro!

¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

Também com relação aos cargos efetivos, há ressalva no Art. 53, I do ADCT que inexistência de concurso público para os ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial.

3 AS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 54/1999 E Nº 02/2003

3.1 A PEC nº 54/1999 e as justificativas para a sua rejeição

Adiante, têm-se as modificações que a PEC nº 54/1999 tenta introduzir:

Art. 1º - O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:

“Art. 76. O pessoal em exercício, que não tenha sido admitido na forma prevista no art. 37 da Constituição, estável ou não por efeito do art. 19 do ADCT, passa a integrar quadro temporário em extinção à medida que vagarem os cargos ou empregos respectivos, proibida nova inclusão ou admissão, a qualquer título, assim como o acesso a quadro diverso, ou a outros cargos, funções ou empregos.”

Art. 2º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Depreende-se da leitura da PEC nº 54/1999 que ela pretende, com o acréscimo de um artigo ao ADCT, criar um quadro temporário que contemple os funcionários que não tenham sido admitidos na forma prevista no art. 37 da Constituição, ou seja, sem prévio concurso público, estáveis ou não por efeito do art. 19 do ADCT, tendo parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação pela sua admissibilidade.

Desta forma, durante certo período de tempo e até acabar a lista de funcionários integrantes do quadro temporário (como a própria expressão diz “quadro temporário em extinção”), para a investidura no serviço público não se procederia mais ao prévio concurso de provas ou de provas e títulos, disciplinado no

cogente art. 37, II, da Carta Política, mas sim se recorreria aos nomes constantes no quadro temporário, à medida que vagarem os cargos ou empregos respectivos.

A justificativa da citada PEC se fundamenta em torno da necessidade de se adequar os quadros de pessoal aos ditames da Constituição Federal de 1988, vejamos:

(...) milhares de administrações municipais, também dos Estados e de órgãos federais” aos preceitos da Constituição Federal de 1988, continuando da seguinte forma: “Numeroso contingentes de servidores em geral, das mais diferentes categorias e níveis profissionais, ocupantes de cargos ou empregos, ou, mais comumente, contratados temporariamente, mas cujo vínculo, juridicamente, se tornou por tempo indeterminado, ficaram integrando os quadros existentes, ou mesmo à margem destes, desde a promulgação da atual Constituição, trazendo um componente social que não pode ser desconhecido nem simplesmente extirpado pela Administração (...)

O autor da referida PEC, o Deputado Federal Celso Giglio, justificando essa alteração constitucional, alega que as situações de fato e irregulares que a PEC nº 54 tenta “regularizar” provém de remanescentes do regime anterior, que se prolongaram no atual regime, dessa forma:

(...) fruto, quase na totalidade, de governos passados, que nunca são alcançados nem responsabilizados por situações dessa natureza. Mais complicadora, ainda, é a constatação de que, se ditas parcelas do pessoal constituem, em larga medida, fardo deixado por ex-gestores, cabe, no entanto, aos atuais buscar equacionamento condizente com as circunstâncias de fato e os interesses públicos prevaletentes, colocados sob a pressão de providência em várias esferas, inclusive judiciais, movimentadas por iniciativa do Ministério Público, das Cortes de Contas etc., que visam a compeli-los a promover demissões ou rescisões contratuais em massa. (...)

Concluindo, o Deputado, inacreditavelmente, vê óbice na atuação do Ministério Público e dos Tribunais de contas, que têm tentado, de forma exemplar, garantir o respeito à Constituição, apelando para o sentimentalismo e para a carga emocional das expressões “demissões ou rescisões contratuais em massa”.

O substitutivo adotado, de teor bastante diverso do texto original da PEC nº 54/1999, intenta a modificação do próprio Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da seguinte forma adiante reproduzida:

Art. 1º - O “caput” do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação:

“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, que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, II, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. (...)”

Deve-se observar que a expressão, constante no original Art. 19 do ADCT, “há pelo menos cinco anos continuados” foi retirada. Deste modo, a opção do legislador constituinte originário de contemplar no ADCT apenas àqueles servidores que contassem com mais de cinco anos de efetivo serviço público restaria desrespeitada caso a PEC nº 54/1999 fosse aprovada, o que além da burla à Carta Política, é um verdadeiro desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Não obstante essa significativa mudança, outras ainda mais absurdas foram feitas, verdadeiras afrontas ao texto constitucional, *in verbis*:

Art. 2º Os servidores de que trata o “caput” do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação dada por esta

Emenda Constitucional, serão considerados efetivos desde que, na forma da lei, tenham sido ou venham a ser transpostos para regime jurídico estatutário.

Art. 3º O disposto no art. 1º só se aplica aos servidores que não tenham se desligado do serviço público até a data da promulgação desta emenda constitucional.

Art. 4º Os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam em efetivo exercício na data de publicação desta emenda constitucional e que foram admitidos até de 6 de junho de 1990, sem a respectiva provação em concurso público, terá suas admissões consideradas regulares.

Art. 5º Ficam revogados os §§ 1º e 3º do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o art. 33 da Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Art. 6º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. (grifos nossos)

O STF já decidiu que o disposto no Art. 19 do ADCT, como exceção que é, deve ser interpretado restritivamente, sendo inconstitucionais leis estaduais que ampliem essa regra excepcional.

Além disso, é cediço que o artigo das disposições constitucionais transitórias em estudo conferiu a estabilidade no serviço público, e não a efetivação em cargo público, segundo o Art. 19, §1º, in verbis:

§ 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.

Desta forma, como o citado parágrafo dispõe que os servidores que foram agraciados com a estabilidade excepcional terão seus tempos de serviço contados como título quando se submeterem a certame público para fins de efetivação, infere-se daí que ditos servidores não são detém a efetividade no cargo que ocupam, que é conceito diverso da estabilidade, e com ela não se confunde.

A mencionada estabilidade também não é extensível, consoante o Art. 19, § 3º, aos professores de nível superior, o que se atribui usualmente a uma opção do legislador constituinte originário em não afastar a exigência constitucional do concurso público nesse caso em homenagem ao sistema do mérito.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Esse dois últimos parágrafos (§1º e 3º) seriam extirpados pelo substitutivo da PEC nº 54/1999, com o intuito de tornar efetivos os cargos dos servidores que não detém essa qualidade, contrário, pois, ao entendimento do STF esposado na já mencionada ADI 498:

EMENTA: I. Servidor Público: estabilidade extraordinária (ADCT/CF/88, art. 19). O Tribunal tem afirmado a sujeição dos Estados-membros às disposições da Constituição Federal relativas aos servidores públicos, não lhes sendo dado, em particular, restringir ou ampliar os limites da estabilidade excepcional conferida no artigo 19 do ato federal das disposições transitórias. II. **Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público (v.g. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01).** III. Concurso público: exigência incontornável para que o servidor seja investido em cargo de carreira diversa. 1. Reputa-se ofensiva ao art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do "aproveitamento" de que cogita a norma impugnada. 2. Incidência da Súmula/STF 685 ("É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a

carreira na qual anteriormente investido"). IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 25, 26, 29 e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Ceará. (destaque nosso)

A PEC nº 54 de 1999, considerada um verdadeiro “trem da alegria”, conta ainda com três emendas, todas de autoria do Deputado Federal Gonzaga Patriota, o mesmo autor da PEC nº 02 de 2003. Como o texto das emendas é bastante parecido com o teor da PEC nº 02, que será objeto de análise no próximo item, deixamos de nos pronunciar sobre elas nesse momento.

3.2 A PEC nº 02/2003 e as justificativas para a sua rejeição

É o seguinte o texto da Proposta de Emenda à Constituição nº 02 de 2003:

Art. 1º - O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos 90 e 91:

*Art. 90 – Os servidores da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal ocupantes de cargos efetivos que atualmente se encontrem em exercício há mais de três anos consecutivos, em órgão diverso do seu órgão de origem, através **de requisição**, poderão optar, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data de publicação desta emenda, **pela efetivação de sua lotação no órgão cessionário.***

Art. 91 – O disposto no artigo precedente aplica-se aos servidores cuja investidura haja observado as correspondentes normas constitucionais e ordinárias anteriores a 5 de outubro de 1988, e, se posterior a esta data, tenha derivado de aprovação em concurso público de provas ou de provas e de títulos na forma do inciso II, art. 37 da Constituição Federal.

Como se infere da leitura da PEC nº 02/2003, ela tem por objetivo a efetivação de pessoas requisitadas há pelo menos três anos no órgão onde atualmente trabalham.

O autor da referida PEC, o Deputado Federal Gonzaga Patriota, justificando essa alteração constitucional, alegou que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi implantada a criação de órgãos públicos, o que prosseguiu nos anos posteriores através de Emendas à Constituição e de leis ordinárias esparsas, e que, essa criação de órgãos nem sempre foi acompanhada pela criação de cargos públicos, capazes de suprir a necessidade de servidores nas três esferas de Poder.

Ora, primeiramente, se foram criados novos órgãos públicos com o advento da Carta Magna de 1988, conseqüentemente devem ser criados igualmente cargos públicos para o funcionamento desses órgãos, e para a investidura nesses cargos deve haver, necessariamente, conforme explanado no Capítulo anterior, prévio concurso público, em obediência ao Art. 37, II da CF.

O Deputado continua em sua justificativa, acrescentando que *"a crescente demanda por funcionários nestes órgãos tem ocasionado um contínuo deslocamento de servidores de seu órgão de origem para órgão diverso, por meio de requisição"*. Aqui, está claramente demonstrada a burla à regra constitucional, já que o autor da referida proposição parece olvidar da exigência da Constituição, como se para o preenchimento de cargos vagos em determinado órgão público, ao invés da necessária realização de concurso, o procedimento correto nesses casos

fosse o órgão que necessita de servidores recorrer a outro órgão que os tem de sobra.

Também está presente no citado excerto outra falha da Administração Pública brasileira, já que, conforme exposto, existe a situação de um órgão carente de servidores e de outro órgão que possui mais servidores do que necessita, pois, se assim não fosse, como poderia um órgão ceder funcionários de seus quadros, se não houvesse pessoal suficiente para a continuação do seu serviço público? Ou então, admitindo-se o contrário, deslocar servidores de um local a outro, resolveria a situação do órgão cedente para ocasionar um problema no órgão cessionário. Essa argumentação não suporta a confrontação de argumentos sequer lógicos, quiçá jurídicos.

Uma outra linha de justificação é utilizada pelo parlamentar, desta feita sob o argumento de que os servidores requisitados permanecem por longos anos nos locais para os quais foram deslocados, gerando uma *“incongruência que se verifica na vida funcional do servidor, após tantos anos exercendo atividade diversa da que ordinariamente exerceria no órgão cedente, é relevante ao ponto de se observar que em alguns casos, como se dá, por exemplo, na Justiça Eleitoral e na Justiça do Trabalho, onde muitos servidores já atuam há mais de uma década, e, por isso, já não têm quaisquer afinidades com as suas atividades de origem desempenhadas nos Poderes Executivo e Legislativo.”* Ou seja, o próprio autor da PEC nº 02/2003, em sua justificativa, confirma em qual situação comumente ocorre a requisição de servidores: os requisitados provêm de órgão municipais, muitas vezes de nível médio, e são transferidos para órgão da justiça eleitoral e da justiça do trabalho, inclusive para cargos que exigem o nível superior.

Deve-se dizer, assim, que os servidores requisitados, quase sempre, provêm de cargos de remuneração, nível de escolaridade e grau de complexidade diferentes, ou melhor, inferiores, daqueles para os quais são requisitados. Aliás, essas requisições não são feitas por acaso, pelo contrário, os requisitados escolhidos são normalmente os apadrinhados políticos, ou aqueles que mantêm algum vínculo, muitas vezes familiar, com algum envolvido em troca de favores ou em práticas nepóticas.

Por fim, para concluir de forma a comprometer o interesse de todos, quando na verdade os que estão na situação de requisitados, salvo raras exceções, visam à proteção de seu interesse privado, e isso em detrimento do interesse público e da Carta Magna, há o argumento de que *“esta regra transitória não só resolveria o problema daqueles servidores, como também obstaría uma virtual paralisação dos serviços públicos essenciais dos órgãos onde eles se encontrem exercendo atividades por requisição.”* Desta feita, alega-se que a continuidade do serviço público ficaria comprometida, caso os requisitados deixassem seus postos. O parlamentar parece, mais uma vez, olvidar-se da regra constitucional do Art. 37, II, que exige o prévio e obrigatório concurso para a investidura no serviço público, pois, para que não houvesse tal problema de paralisação do serviço, bastaria para tanto realizar com urgência o certame

A PEC nº 02/2003 também conta com um substitutivo que apresenta a seguinte redação:

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 95:

Art. 95. Os servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ocupantes de cargo efetivo, que se encontrem cedidos a outro órgão, por meio de requisição, em exercício continuado há mais de três anos poderão optar pela efetivação em cargo do órgão cessionário de atribuições semelhantes e do mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional do cargo efetivo do órgão de origem.

Parágrafo único. O disposto neste artigo se aplica aos servidores cuja investidura haja observado as correspondentes normas constitucionais e ordinárias anteriores a 5 de outubro de 1988, ou, se posterior a esta data, tenha derivado de aprovação em concurso público de provas ou de provas e de títulos, na forma do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal.

Art. 2º O prazo para exercício da opção a que se refere o art. 95 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias será de noventa dias, a contar da data de publicação desta Emenda.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Apesar do substitutivo em tela conter algumas melhoras em relação ao texto original da PEC nº 02 de 2003, deve-se dizer que mesmo assim a proposta fere os dispositivos constitucionais, já que a jurisprudência sumulada de nossos tribunais, resguardando os preceitos da Carta Magna, preconiza que a transferência é forma inconstitucional de provimento derivado de cargo público, já que implicam o ingresso em carreira diferente daquela que o servidor obteve aprovação em concurso.

Assim, mesmo que o cargo tenha atribuições semelhantes e mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional do cargo efetivo do órgão de origem, não se justifica a efetivação no órgão cessionário, visto que é maneira inconstitucional de provimento derivado de cargo público. Também deve ser dito que esse lapso temporal de três anos no órgão cessionário não encontra qualquer razão de ser, já que, a regra da obrigatoriedade de concurso para o

ingresso em cargo diverso do que o servidor atualmente ocupa já se encontra pacificada há muito mais tempo.

Além do mais, conforme dito anteriormente, a maioria dos requisitados se encontram cedidos a órgãos da justiça federal, como a eleitoral e a trabalhista, que apresentam, sem sombra de dúvidas, remuneração superior a dos órgãos municipais, fazendo transparecer que, enfim, este sim é o cerne da questão.

3.3 Formas de inconstitucionalidade e momentos de controle

Para se saber quando uma norma infraconstitucional, lei ou ato normativo, será inconstitucional, deve-se verificar se há ou não afronta à Constituição, o que pode ocorrer de duas formas: do ponto de vista formal ou do ponto de vista material.

Do ponto de vista formal, a inconstitucionalidade se verifica quando a norma infraconstitucional apresentar um vício em seu processo de elaboração. Esse vício pode ser subjetivo ou objetivo. O vício formal subjetivo ocorre em relação à fase de iniciativa da norma, ou seja, sobre quem é o responsável para dar início ao processo legislativo de determinada matéria, como ocorre, por exemplo, com a iniciativa exclusiva ou reservada do presidente da República, conforme o Art. 61, §1º da CF/88. Já o vício formal objetivo ocorre nas demais fases do processo legislativo, após a fase de iniciativa, tendo como exemplo uma lei complementar que foi aprovada por um *quorum* de maioria relativa.

Do ponto de vista material, tem-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de acordo com o conteúdo da lei ou ato normativo impugnado. Nesse âmbito, não se busca saber se a norma teve sua iniciativa legislativa respeitada ou como se desenvolveu o processo legislativo respectivo. Deve ser analisada a matéria da norma infraconstitucional, que deve respeitar os ditames da Lei Maior.

Pedro Lenza¹⁸ acrescenta ainda uma terceira forma de inconstitucionalidade: o vício de decoro parlamentar.

Como se sabe e se publica em jornais, revistas etc; muito se fala em esquema de compra de votos, denominado “mensalão”, para se votar de acordo com o Governo ou em certo sentido.

Muito vem sendo apurado nas CPIs e pela Justiça, uma vez provados os fatos, os culpados deverão sofrer as sanções de ordem criminal, administrativa, civil etc.

O grande questionamento que se faz, contudo, é se, uma vez comprovada a existência de compra de votos, haveria mácula no processo legislativo de formação das **emendas constitucionais** a ensejar o reconhecimento da sua inconstitucionalidade?

Entendemos que sim e, no caso, trata-se de **vício de decoro parlamentar**, já que nos termos do art. 54, §1º, ‘ é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, **o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas**’.

Vamos aguardar a maneira, uma vez ajuizada alguma ADI com base nesta tese, como o STF vai enfrentar essa importante questão. Em nosso entender, sem dúvida, se trata de inconstitucionalidade, eis que maculada a essência do voto e o conceito de representatividade popular”.

¹⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 100/101.

Após analisadas as formas de inconstitucionalidade (formal, material e por vício de decoro parlamentar), deve-se analisar os momentos nos quais o controle de constitucionalidade é realizado. Assim, temos o controle prévio ou preventivo e o controle posterior ou repressivo.

O controle prévio ou preventivo é aquele realizado no próprio projeto de lei, durante o processo legislativo. Ele é averiguado no âmbito dos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

O controle prévio ou preventivo realizado pelo Poder Legislativo será realizado através de suas Comissões de Constituição e Justiça. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê, em seu art. 32, inciso III, que a efetivação do controle de algum vício de inconstitucionalidade será feita pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. Já no caso do Senado Federal, o controle de constitucionalidade prévio ou preventivo será realizado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a teor do art. 101 de seu Regimento Interno.

O controle prévio ou preventivo realizado pelo Poder Executivo se efetivará no momento em que o chefe deste Poder, ao considerar determinado projeto de lei contrário ao interesse público ou inconstitucional, irá exercer o seu poder de veto, que pode ser político ou jurídico, respectivamente. Assim, se terá realizado o controle de constitucionalidade antes de o projeto de lei transformar-se em lei.

Em realização ao controle prévio ou preventivo realizado pelo Poder Judiciário, tem-se a lição de Araújo e Nunes Júnior¹⁹, que adiante transcreveremos, de forma a resumir a matéria, *verbo ad verbo*:

“O Supremo Tribunal Federal... tem entendido que o controle preventivo pode ocorrer pela via jurisdicional quando existe vedação **na própria constituição** ao trâmite da espécie normativa. Cuida-se em outras palavras de um **‘direito-função’** do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. Assim, o § 4º do art. 60 da Constituição Federal veda a deliberação de emenda tendente a abolir os bens protegidos em seus incisos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os parlamentares têm direito a não ver deliberada uma emenda que seja tendente a abolir os bens assegurados por cláusula pétrea. No caso, o que é vedado é a deliberação, momento do processo legislativo. A Mesa, portanto, estaria praticando uma ilegalidade se colocasse em pauta tal tema. **O controle, nesse caso, é pela via de exceção, em defesa do direito de parlamentar**”.

Portanto, no direito brasileiro, a única hipótese de controle de constitucionalidade prévio ou preventivo realizado pelo Poder Judiciário visa garantir ao parlamentar o seu direito a um processo legislativo hígido, conforme os preceitos da Constituição (art. 60, §4º). O direito público subjetivo de participar do devido processo legislativo é dado somente aos parlamentares.

Nesse sentido é a jurisprudência do STF, que nega legitimidade ativa a terceiros que não sejam membros do Poder Legislativo, mesmo que sejam os destinatários dos projetos de lei, ou dos projetos de emenda à Constituição, já que não existe em nosso ordenamento jurídico o controle preventivo em abstrato.

A seguir, colaciona-se julgado do Pretório Excelso, no qual firmou-se o entendimento de que não é de sua competência julgar atos *interna corporis* ou a

¹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David & SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. Curso de Direito Constitucional.

decorrente interpretação de normas do Regimento Internos das Casas do Congresso Nacional, *ipsis litteris*:

Por maioria de votos, o Tribunal conheceu em parte de mandado de segurança impetrado por Deputados Federais contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que determinara o processamento de proposta de emenda constitucional em alegada violação a normas do Regimento Interno daquela casa legislativa e ao art. 60, § 5º, da CF ("A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa."). Reconhecendo a existência, em tese, de direito subjetivo dos impetrantes-parlamentares a não serem compelidos a participar de processo legislativo que se tenha por contrário à Constituição, o Tribunal afastou a preliminar de carência de ação suscitada nas informações da autoridade apontada como coatora. Prevaleceu, de outra parte, o entendimento de que as questões regimentais levantadas pelos impetrantes estariam imunes ao controle judicial, por estarem compreendidas, em princípio, no conceito de interna corporis. Contra os votos dos Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello - que dele conheciam integralmente -, e dos Ministros Carlos Velloso e Octavio Gallotti - que dele não conheciam -, o mandado de segurança foi conhecido em parte, nos limites do fundamento constitucional. Precedentes citados: MS 20257 (RTJ 99/1031); MS 21754 (AgRg) (Pleno, 07.10.93); MS 21648 (Pleno, 05.05.93); MS 22183 (Pleno, 05.04.95). MS 22.503-DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio; rel. p/ ac. Min. Mauricio Corrêa, 08.05.96.

Por fim, o controle posterior ou repressivo, que é efetivado sobre o próprio texto da lei, no qual será discutido se a lei ou ato normativo apresentam algum vício de inconstitucionalidade (formal ou material). Esse controle poderá ser político, jurisdicional ou misto, de acordo com o órgão que será encarregado de analisá-lo. O controle político é feito por um órgão distinto dos três poderes, como ocorre nos países que tem uma corte constitucional para a garantia da supremacia da Constituição. Já o controle jurisdicional é exercido pelo Poder Judiciário, através de qualquer juiz ou tribunal (controle difuso) ou de um só órgão (controle concentrado).

3.4 Controle de constitucionalidade preventivo: direito subjetivo do parlamentar ao devido processo legislativo

Conforme visto no item anterior, não existe na ordem jurídica brasileira controle de constitucionalidade prévio ou preventivo em abstrato, realizado pelo Poder Judiciário. Destarte, o controle de constitucionalidade a ser realizado em determinado projeto de lei ou de emenda à Constituição, como é o caso da PEC nº 54/1999 e da PEC nº 02/2003, deve ser prévio, por tratarem-se ainda de projetos.

Por conseguinte, no caso da PEC nº 54/1999 e da PEC nº 02/2003, poderá haver controle de constitucionalidade prévio ou preventivo realizado pelo Poder Legislativo através das Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

A outra hipótese para aferir o controle de constitucionalidade prévio ou preventivo realizado pelo Poder Judiciário, se dá mediante a iniciativa de qualquer dos parlamentares, que são os únicos que detêm a legitimidade ativa *ad causum* para deflagrar o referido controle. Logo, o controle preventivo feito pelo Judiciário sobre projeto de emenda à constituição em trâmite em determinada Casa Legislativa tem por escopo garantir aos membros do Congresso o devido processo legislativo, vedada a sua participação em deliberação contrária às normas constitucionais, sendo direito público subjetivo do congressista a participação em um processo legislativo hígido, senão vejamos:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE

VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR: IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE MATÉRIA INTERNA CORPORIS QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONHECIMENTO QUANTO AO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. MÉRITO: REAPRESENTAÇÃO, NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA, DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO, QUE MODIFICA O SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, ESTABELECE NORMAS DE TRANSIÇÃO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS (PEC Nº 33-A, DE 1995). I - Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par. único do art. 43 e ao § 3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão interna corporis do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte. 2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há ínsita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. II - Mérito. 1. Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). 2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto. 3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido²⁰.

O deputado federal Augusto Carvalho (PPS-DF) impetrou mandado de segurança preventivo em 31 de agosto de 2007, com vista a garantir o seu direito público subjetivo de participar de um processo legislativo conforme os preceitos constitucionais. Na medida, impetrada no Supremo Tribunal Federal (STF), MS nº

²⁰ MS 22503/DF, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO

26883, o parlamentar pede liminar para impedir a tramitação das matérias no Congresso Nacional.

Resta saber como o STF enfrentará essa importante questão, já que, conforme será visto no próximo tópico, várias legislações esparsas, dentre elas algumas constituições estaduais, que veiculavam o mesmo tipo de matéria que a PEC nº 54/1999 e a PEC nº 02/2003 tentam aprovar, foram declaradas inconstitucionais pelo próprio Supremo.

3.5 Outras normas inconstitucionais e/ou ilegais já produzidas e o tratamento dado a elas pelos Tribunais

Primeiramente, deve-se dizer que várias leis que transformavam servidores trabalhistas contratados sem concurso em titulares de cargos efetivos, mesmo os contemplados pela estabilidade excepcional do ADCT, foram declarados inconstitucionais. Várias decisões do STF adotam essa posição de que a transformação de emprego em cargo efetivo só é possível com a prévia realização de certame, no qual o servidor obtenha aprovação. Veja-se:

EMENTA: ADIN - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (ADCT, ARTS. 69 E 74) - PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS PUBLICOS (TRANSFERENCIA E TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS) - OFENSA AO POSTULADO DO CONCURSO PÚBLICO - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADO AO CHEFE DO EXECUTIVO - PROCEDENCIA DA AÇÃO. - Os Estados-membros encontram-se vinculados, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, caput), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade

estatal, a exigência de observância do postulado do concurso público (art. 37, II). A partir da Constituição de 1988, a imprescindibilidade do certame público não mais se limita a hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se as pessoas estatais como regra geral de observância compulsória. - A transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas traduzem, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, formas inconstitucionais de provimento no Serviço Público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido. Insuficiência, para esse efeito, da mera prova de títulos e da realização de concurso interno. Ofensa ao princípio da isonomia. - A iniciativa reservada das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes. Incide em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico-administrativa do Poder Executivo local. - A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e jurisprudência. ADI 248 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 18/11/1993.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Leis 96, de 18.05.90, e 105, de 04.06.90, ambas do Distrito Federal. - Declarada a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 2º da Lei 96/90 do Distrito Federal, por ofensa ao inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, o artigo 1º dessa Lei não é inconstitucional, pois se restringirá aos servidores trabalhistas, contratados por convênio, que, por não terem adquirido estabilidade em 05.10.88, deverão submeter-se a concurso público. - Os artigos 1º e 5º da Lei 105/90 do Distrito Federal são inconstitucionais por admitirem, sem concurso público, o aproveitamento de servidores federais, estaduais e municipais nos órgãos da administração direta, nas autarquias ou nas fundações do Distrito Federal para os quais foram requisitados. A exigência de concurso público se refere à investidura em cargo ou emprego público de carreira de cada pessoa jurídica de direito público, não autorizando o provimento inicial de cargo ou emprego de entidade política diversa. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente em parte, para se declarar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 2º da Lei nº 96, de 18.05.90, e dos artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 105, de 04.06.90, ambas do Distrito Federal. ADI 402 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 02/08/1993.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOMEAÇÃO DE AUDITOR ASSISTENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO AMAZONAS PARA O CARGO DE AUDITOR ADJUNTO. CABIMENTO. INVESTIDURA DERIVADA. PRETERIÇÃO DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. 1. O conteúdo normativo de lei estadual que contraria mandamento constitucional constitui pressuposto essencial para instaurar o controle concentrado de constitucionalidade. 2. Promoção é provimento derivado dentro da mesma carreira. A investidura em categoria funcional diferenciada deverá atender aos requisitos estabelecidos para o ingresso em cargo público. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. ADI 1193 / AM – AMAZONAS, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 9/02/2000.

EMENTA: INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO EFETIVO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL E EFETIVIDADE. PRECEDENTES. 1. Ascensão funcional ou acesso a cargos diversos da carreira e possibilidade de transferência ou aproveitamento de serventuários em cargos efetivos do quadro permanente do Tribunal de Justiça. Hipóteses de provimento de cargo público derivado, banidas do ordenamento jurídico pela Carta de 1988 (CF, artigo 37, II). Precedentes: RE 179.530-SC, Ilmar Galvão (DJ de 7.2.97); ADI 402-DF, Moreira Alves (DJ de 20.4.01), inter plures. 2. A estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do ADCT/88 não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público. Precedentes: RE nº 181.883-CE, Maurício Corrêa (DJ de 27.02.98); ADIs 88-MG, Moreira Alves (DJ de 08.09.00) e 186-PR, Francisco Rezek (DJ de 15.09.95). 3. Medida cautelar deferida para suspender a vigência dos §§ 2º, 3º, 4º e 6º do artigo 231 da Lei Complementar nº 165, de 28 de abril de 1999, com a redação dada aos §§ 3º, 4º e 6º, pela Lei Complementar nº 174, de 7 de junho de 2000, do Estado do Rio Grande do Norte, até julgamento final da ação. ADI-MC 2433 / RN - RIO GRANDE DO NORTE, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 23/05/2001.

Concluindo-se, pois, pede-se vênia para transcrever lição de José dos Santos Carvalho Filho²¹:

Não obstante, o mau hábito cultivado por décadas tem levado a Administração Pública a tentar algumas escaramuças com a finalidade de relegar a segundo plano a exigência do concurso. (...) Em outras ocasiões, a Administração cria nova carreira com novos cargos e simplesmente pretende preenche-los com servidores trabalhistas ou mesmo com estatutários de carreiras diversas. Claro está, nessa hipótese, a intenção de burlar a regra constitucional. (...) Para ser legítima a investidura, tornar-se-ia imprescindível a aprovação no respectivo concurso.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 543.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo demonstrar a importância histórica da exigência constitucional de concurso público para o acesso aos cargos e empregos públicos, verdadeira conquista tanto para a sociedade quanto para a própria Administração Pública, medida que homenageia os princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, ao mesmo tempo em que combate o nepotismo, mal que sempre assombrou o nosso país.

Apesar de o presente trabalho pretender analisar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, propostas de emendas à Constituição, que como o próprio nome já diz, ainda estão apenas em fase embrionária, pode-se dizer, sem medo de errar, que ele não pode ser considerado uma “novidade”, já que o combate às práticas nepóticas, com o conseqüente aumento da transparência nas ações do Governo, e o resgate da moralidade, é um assunto recorrente nos dias de hoje.

Esse trabalho teve o intuito de demonstrar que, com a devida vênia aos que, legitimamente, sem interesse próprio, pensam o contrário, o texto das PEC`s é muito mais do que simplesmente polêmico, é, na realidade, uma verdadeira afronta ao texto constitucional. Isso porque vai de encontro à exigência do Art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, legitimando situações ilegais e/ou inconstitucionais, com a justificativa do decurso de tempo, utilizando de forma deturpada o princípio da segurança jurídica e o princípio da continuidade do serviço público, dentre outros.

É cediço dizer que as inconstitucionalidades das referidas PEC`s, podem ser notadas até mesmo em uma análise perfunctória de seus textos.

Portanto, torna-se imperioso que projetos de emendas à Constituição sobrejamente inconstitucionais como esses sejam discutidos para que o maior número possível de pessoas tenha conhecimento de seus textos, de forma a inviabilizar as suas aprovações, já que o teor por eles vinculado é flagrantemente contrário aos preceitos constitucionais, ferindo, portanto, o direito de todos.

As referidas PEC`s tentam tornar legítimos os seguintes tipos de situação: a PEC nº 54 de 1999 garante estabilidade a servidores da administração direta e indireta admitidos sem concurso público antes da Constituição de 1988, bem como àqueles servidores que, contratados sem concurso público após a Carta Política de 1988, somam mais de 10 (dez) anos de serviço. Já a PEC nº 02 de 2003 propõe a efetivação de pessoas requisitadas, há pelo menos três anos, no órgão onde atualmente trabalham.

As PEC's nº 54/99 e 02/2003 nada mais são do que uma tentativa de garantir “status” constitucional a situações pretéritas evitadas de inconstitucionalidade, para que não mais haja questionamento a respeito delas.

Nesse sentido, fica evidente a intenção de burlar a regra constitucional, o que deve ser de pronto combatido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David & SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

Luiz Alberto dos Santos y Regina Luna dos Santos Cardoso. *CORRUPÇÃO, NEPOTISMO E GESTÃO PREDATÓRIA: UM ESTUDO DO CASO BRASILEIRO E ALTERNATIVAS PARA SEU ENFRENTAMENTO*. XVIII Concurso del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública "Cómo combatir la corrupción, garantizar la transparencia y rescatar la ética en la gestión gubernamental en Iberoamérica" Caracas, 2004-2005.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. *O controle Jurisdicional nos concursos públicos*. Programa de Pós-graduação *stricto sensu*. Mestrado em Direito Público, Fortaleza/CE, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São PAULO: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulo Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 17. ed. rev. e atual. 2002, p.194.

Jurisprudência

ADI 1193 / AM – AMAZONAS, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 9/02/2000.

ADI 248 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 18/11/1993.

ADI 289 / CE – CEARÁ, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 09/02/2007.

ADI 3026 / DF, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 08/06/2006.

ADI 402 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 02/08/1993.

ADI 498 / AM – AMAZONAS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 18/04/1996.

ADI-MC 2433 / RN - RIO GRANDE DO NORTE, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 23/05/2001.

MS 22503/DF, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 08/05/1996.

Recurso Extraordinário nº 221.966, relator Min. Marco Aurélio

RMS 12.908-PE, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 2/4/2002.

Constituições da República

Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, inclusive com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Legislação infraconstitucional

Proposta de Emenda à Constituição nº 54/1999.

Proposta de Emenda à Constituição nº 02/2003.

Lei nº 8.112, de 11.12.90, publicada no DOU de 12.12.90. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Lei nº 9.527, de 10.12.97, publicada no DOU de 11.12.97. Altera dispositivos das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências.

Lei nº 9.962, de 22.2.2000, publicada no DOU de 23.2.2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Mensagem de Veto nº 247

Lei nº 7.834, de 6.10.89, publicada no DOU de 10.10.89. Cria a Carreira e os respectivos cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental, fixa os valores de seus vencimentos, e dá outras providências.

Lei nº 8.745, de 9.12.93, publicada no DOU de 10.12.93. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.

MEDIDA PROVISÓRIA No 2.014-4, DE 28 DE MARÇO DE 2000. Altera e acresce dispositivos à Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e dá outras providências. Foi reeditada pela Medida Provisória nº 2.014-5, de 2000.

Lei nº 10.871, de 20.5.2004, publicada no DOU de 21.5.2004. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências.

Lei nº 11.350, de 5.10.2006, publicada no DOU de 6.10.2006. Regulamenta o § 5o do art. 198 da Constituição, dispõe sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2o da Emenda Constitucional no 51, de 14 de fevereiro de 2006, e dá outras providências.

Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Regimento Interno do Senado Federal.

Súmulas dos Tribunais

Súmula 685 do STF.