ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 27 – julho/agosto/setembro de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

O INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO - CONDIÇÃO E EXCEÇÕES À REGRA

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
Advogada / Professora Graduação e Pós- graduação Universidade Tiradentes
Assessora do TCE/SE
Mestranda em Direito Público (UFS)
Autora do livro- Corrupção e Improbidade: Críticas e Controle (editora fórum)
Pós-graduada em Direito Municipal, Direito do Estado, Auditoria Contábil, Direito Civil e Processo Civil.

RESUMO

Hodiernamente, têm surgido vários trabalhos que versam sobre o ingresso no serviço público, tais como, artigos, livros, monografias, dissertações e teses, que vêm corroborar para os estudos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional. Visa contribuir às pesquisas destas áreas, para esclarecer regras, condições e exceções quanto à admissibilidade no serviço público. O artigo faz considerações sobre o Ingresso de forma genérica e depois particulariza com as exceções previstas na Carta Maior. Como contribuição procurou-se consubstanciar, com contornos claros e sintéticos, as formas possíveis de ingresso no serviço público, através do concurso público ou não.

Palavras-chave: Serviço Público; Admissão; Concurso Público; Exceções ao Serviço Público.

ABSTRACT

Our times, there have been several studies that deal with the entry into public service, such as articles, books, monographs, dissertations and theses, which corroborate the studies to the Administrative Law and Constitutional Law. It aims to contribute to these research areas, to clarify rules, conditions and exceptions to the admissibility of public service. The article makes considerations Join in a generic way and then particularizes with the exceptions provided in the Charter Mayor. As a contribution sought to substantiate, with clear outlines and synthetic, possible ways of entering the public service through public tender or not.

Keywords: Public Service; Admission; Tender; Exceptions to the Public Service.

SUMÁRIO: RESUMO. I – INTRODUÇÃO. II – A ADMISSÃO NO SERVIÇO PÚBLICO, REGRA E EXCEÇÕES. IV – CONCLUSÃO.

I – INTRODUÇÃO

É relevante apreciar-se como o cidadão, brasileiro ou não, é admitido no Serviço Público. A constituição cidadã deu tratamento adequado à temática? Os princípios da Isonomia e Impessoalidade que se entende como cláusulas pétreas, foram preservados?

Estas são as duas questões que esta singela apreciação do tema em análise, procura responder.

O concurso público prévio de provas e títulos é a forma mais democrática e igual que permite aos cidadãos o acesso ao exercício de cargo ou emprego público.

O que distingue cargo ou emprego é a forma pela qual o cidadão, quando investido no serviço público com ele se relaciona.

Evidente que o cargo impõe uma relação de emprego em sentido amplo, de natureza Estatutária, isto é, lei própria que vem a definir os direitos e obrigações do servidor para com o Estado (União, Estado, Município, Distrito Federal) que o contratou. Não falo de território porque a uma, atualmente, inexiste no Estado brasileiro e, a duas, porque o empregado de um território é servidor da União.

De forma rápida também se tece considerações sobre a validade das exceções à Regra do prévio Concurso Público para a admissão de servidores.

Quando tratamos de emprego público, a relação do empregado é simplesmente celetista e esta forma de contratação se impõe na Administração indireta, quando se trata principalmente de Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Fundações com personalidade jurídica de Direito Privado.

Assim, estabelecidas suas premissas passa-se a examinar como se dá a Admissão no Serviço Público, quer na Administração Direta ou Indireta.

II – A ADMISSÃO NO SERVIÇO PÚBLICO, REGRA GERAL E EXCEÇÕES.

No Estado Brasileiro o ingresso de qualquer cidadão no serviço público está definido no art. 37, incisos I, II e V da Carta Federal, a saber:

> **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> **I** - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;
>
> **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;
>
> **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.

O inciso primeiro diz que não só aos brasileiros natos, mas também aos estrangeiros, estes na forma de Lei própria, é permitido o exercício de cargos, empregos ou funções públicas.

O inciso II, acima referido, impõe o concurso público como condição para a investidura em cargo ou emprego público, em outras palavras, para toda a Pública Administração (Direta ou Indireta) de qualquer nível. É a regra geral e, nela, já se contém a ressalva para cargos de livre nomeação e exoneração.

Estes cargos de livre nomeação são aqueles em comissão previstos no inciso V acima transcrito e terão de ser especificamente de chefia, direção e assessoramento.

Entretanto, a exceção à regra geral do art. 37, II, não para por aí, visto que existem outros casos:

1 – Os Ministros de Estado e Secretários de Governo ou Municipais são de livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo correspondente.

2 – Os Diretores dos Órgãos da Administração indireta também são nomeados mediante mera vontade do Chefe do Poder Executivo, ou, de quem a Lei indicar (pode ser um Secretário de Estado). Neste particular a Lei pode apresentar algumas condicionantes não só para a nomeação (aprovação, por exemplo, pelo Poder Legislativo) como para a exoneração que, de regra, também é livre.

Exemplo de nomeação a termo é a dos membros diretores das Agências Nacionais Reguladoras (ANATEL, ANP, ANEEL, ANS, ANVISA, ANA, ANTT e etc.), cujo mandato é fixo, com prazo definido em lei, só poderão ser destituídos antes do final do mandato em decorrência de sentença definitiva transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar que lhe seja assegurada ampla defesa. Em síntese, seus

mandatos poderão ser elididos mediante motivação adequada, eis que possuem estabilidade relativa. Na verdade, tais Agências Reguladoras são, nada mais, nada menos, Autarquias Especiais.

3 – Todos os membros do STF (Supremo Tribunal Federal) são de livre indicação do Presidente da República e nomeados após aprovação de seus nomes pelo Senado Federal, bastando que detenham reputação ilibada, notável saber jurídico, idade mínima de 35 anos e inferior a 65 anos (art. 101, caput e parágrafo único da Carta Federal).

4 – O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) também prescinde concurso e seus membros são indicados na forma do art. 103-B da Constituição Federal:

> **Art. 103-B**. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:
>
> **I** - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;
> **II** - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
> **III** - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
> **IV** - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
> **V** - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
> **VI** - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
> **VII** - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
> **VIII** - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
> **IX** - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
> **X** - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
> **XI** - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
> **XII** - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> **XIII** - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

5 – Os membros do STJ (Superior Tribunal de Justiça), Ministros, também à semelhança do STF, são de livre nomeação do Presidente da República, com aprovação prévia pelo Senado e detentores de igual reputação ilibada, saber jurídico notório e idades mínimas de 35 anos e máxima de até menos de 65 anos, com duas restrições:

a) 1/3 deles (Ministros) terá o Presidente de escolhê-los dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais, 1/3 dentre Desembargadores de Tribunais Estaduais.

Observe-se que, em ambos os casos, tais Tribunais elegerão uma lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal (STJ).

b)E, finalmente, mais 1/3 dividido em partes iguais entre advogados e membros dos Ministérios Público Federal, Estadual e dos territórios, obedecida a alternância.

Tudo isto, como se vê, na combinação dos arts. 94,I, e 104 da Carta Federal.

6 – Os Ministros do Tribunal de Contas da União escolhidos pelo Presidente da República na forma capitulada no parágrafo 2º do artigo 73 da Constituição Federal, a saber:

> **Art. 73.** O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.
>
> **§ 1º** - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:
>
> **I** - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;
>
> **II** - idoneidade moral e reputação ilibada;
>
> **III** - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
>
> **IV** - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.
>
> **§ 2º** - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:
>
> **I** - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;
>
> **II** - dois terços pelo Congresso Nacional.

Pelo princípio da Simetria Constitucional o mesmo ocorre quanto à nomeação, pelos Governadores, dos sete Conselheiros dos Tribunais de Contas Estaduais, onde:

a) Quatro dos seus membros serão indicados pelo Legislativo que igualmente atendam às condições do § 1º, caput do art. 73 da Constituição Federal, acima transcrito, e três deles de livre escolha do Chefe do Poder Executivo, que atendam as mesmas condições do citado parágrafo primeiro, sendo que dois deles obrigatoriamente escolhidos dentre Auditores dos respectivos Tribunais e membros do Ministério Público Especial junto aos pertinentes Tribunais onde ocorre a vaga, indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Contas. Em qualquer caso é o Governador quem nomeia

(é ato vinculado).

b) Pelo mesmo princípio da Simetria é idêntica a forma de nomeações de Conselheiros das Cortes de Contas Municipais, onde houver (não é obrigatória a existência destas últimas).

7 – Os vinte e sete membros do TST que igualmente serão escolhidos na forma do art. 111-A da Constituição Federal, a saber:

> **Art. 111-A.** O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:
>
> **I -** um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;
>
> **II -** os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

8 – Os membros do Superior Tribunal Militar que, igualmente sem concurso, são escolhidos na forma do art. 123 da Carta Republicana, como abaixo transcrito:

> **Art. 123.** O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.
>
> **Parágrafo único.** Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:
>
> **I** - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;
>
> **II** - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

9 – Outra exceção à regra do concurso público para o exercício do cargo ou emprego público está consubstanciada na regra contida no art. 37, IX da Carta Federal:

> **Art. 37**
>
> (...)
>
> **IX** – A Lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Foi sábia a Constituição em restringir o concurso quando de fato constatado um excepcional interesse público e tal contratação terá de ser precária (temporária) e seu Regime de Direito Administrativo, não celetistas. Caso contrário, querer-se-á dar solução comum a uma situação que deverá ser temporária e excepcional.

Não há que diferençar se a contratação é feita para uma atividade-cargo permanente do Estado ou não. O que há de se perquirir em cada caso de tal contratação é se realmente a situação é excepcional e se a não contratação implicará em solução de continuidade aos serviços essenciais do Estado causando prejuízo a toda a população. Se a situação é esta, há de se contratar com base no art. 37, IX da Carta Federal.

Todavia, para que se evitem burlas ou fraudes ao Princípio Constitucional do Concurso Público (Cláusula Pétrea) é de se exigir, no exame de cada caso, as seguintes condicionantes:

a) Como exige a Carta Federal, necessário se faz a prévia existência da Lei Federal, Estadual ou municipal (em sendo a situação de âmbito Federal, Estadual ou municipal) que autorize a contratação, defina qual o limite máximo temporal do mesmo (se mais de um ano, acredito que estará a ferir o Princípio da Razoabilidade), pois é de lembrar-se que a situação que autoriza a contratação é temporária, bem como definir os casos em que ocorre a situação de excepcional interesse público (nesta definição também dever-se-á respeitar o Princípio da Razoabilidade), não podendo ser deixada a critério do Poder Executivo tal definição.

b) Outrossim, quando tais contratações alcançarem funções e atribuições de cargos ou empregos permanentes do Estado, além da Lei prévia, faltará legitimidade ao Poder Executivo, se este não demonstrar e provar ter aberto o pertinente e indispensável Concurso Público para o preenchimento definitivo das vagas (se não houver, que as criem por Lei) dos cargos ou empregos permanentes que a União, os Estados e os Municípios estejam a necessitar.

Foi o que faltou, no meu entendimento, quando o Estado de Sergipe contratou de forma temporária pessoal para exercer atividade permanente nas Fundações por ele instituídas na área de Saúde através das Leis Estaduais de nº 2781/90 (e sua alteração posterior que a adequou perfeitamente ao exigido pelo inciso IX do art. 37 da Constituição Republicana) combinado com os artigos 18 das Leis nº 6.346, 6.347 e 6.348, todas do ano 2008.

Ao assim fazer, sem real motivação devidamente explicitada e demonstrada, creio que o Executivo deixou sua atuação ao desabrigo dos inafastáveis Princípios Constitucionais da Legalidade, Moralidade, Impessoalidade e Eficiência. O Concurso Público, posteriormente levado a efeito sanou tal deficiência.

10) Outra ressalva à regra do Prévio Concurso Público é a do Processo Seletivo. Figura esta criada pela emenda Constitucional de nº 51/2008, para a contratação e admissão de agentes comunitários da saúde e agentes de combate a endemias.

Tal emenda em seu artigo 1º alterou o art. 198 da Constituição Federal,

acrescendo-lhes os §§ 4º, 5º e 6º abaixo transcritos:

> **Art.198**
>
> (...)
>
> **§ 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, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.
>
> **§ 6º -** Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Como se vê, na espécie, foi derrogada a exigência do concurso público em prol de um "processo seletivo público" que, na prática, nada mais representa que uma autorização ao Executivo, de qualquer esfera, a contratar discricionariamente "agentes de saúde e agentes de combates a endemias".

Basta, apenas, que tal agente contratado atenda aos requisitos de Lei Federal que regulamenta tal atividade laboral. Aí se vai o princípio inafastável para a Pública Administração da Impessoalidade e da Isonomia no trato dos seus cidadãos.

A emenda 51/2006 no seu art. 2º inclui a despesa com a contratação de tais agentes para efeito de verificação do limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000). Não deixou de ser, portanto, uma trava para que União, Estados e Municípios não violem o Equilíbrio Fiscal relativamente a gastos com pessoal.

IV – CONCLUSÃO

Em Regra a Contratação ou admissão no serviço Público é oferecida ao Cidadão brasileiro e até aos estrangeiros, com as restrições de Legislação Federal específica aos mesmos, de forma igualitária e isonômica.

Há, é claro, exceções a tais princípios que se usadas de forma razoável, atendem a um princípio de ordem natural: Existem fatos que surgem na vida social, e, portanto, no Estado, que exigem pronta solução e não admite a delonga de um processo de Concurso Público, e que deve respeitar o princípio inarredável da continuidade e da

eficiência na prestação dos serviços públicos e, certamente, em alguns casos, poderão ser vulnerados pela delonga de um concurso público de provas ou de provas e títulos.

Por outro lado, quando certas Instituições e Poderes (Judiciário e Legislativo) permitem em seus Tribunais (Judiciário e Administrativo) o ingresso de cidadãos não submetidos ao prévio concurso público, nada mais é que uma forma de proporcionar um trato Político de alto nível que pode, sim, oxigenar tais instituições.

Cargos em Comissão, em número razoável, também renovam o exercício do Poder Público e concedem, àqueles que o exercem o direito discricionário, não arbitrário, a opção de escolherem para certos cargos da Pública Administração, pessoas de sua fidúcia, fato que dará ao gestor maior segurança no exercício de suas funções.

Em suma, a Carta Republicana apresentou adequado tratamento às formas de Admissão no serviço Público por parte dos brasileiros. O que se lamenta, apenas, é a brecha permissiva da Emenda Constitucional nº 51/2006, posto que, entendo ter o art. 37, IX, da Carta Maior, suprido a situação tratada na Emenda de uma forma mais isenta e coerente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

SERGIPE. Lei nº 2.781, de 02 de Janeiro de 1990. Dispõe sobre a contratação de servidores para atender necessidade temporária do serviço, em casos de excepcional interesse público, na Administração Pública Direta e Indireta, inclusive fundacional, do Estado de Sergipe.
_____ Lei nº 6.346, de 02 de Janeiro de 2008. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação de Saúde “Parreiras Horta” - FSPH, e dá providências correlatas.

_____. Lei nº 6.347, de 02 de Janeiro de 2008. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Hospitalar de Saúde - FHS, e dá providências correlatas.

_____. Lei nº 6.348 de 02 de Janeiro de 2008. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Estadual de Saúde - FUNESA, e dá providências correlatas.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral. O Ingresso no Serviço Público - Condição e Exceções à Regra. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, julho/agosto/setembro de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PATRICIA-VERONICA-NUNES-CARVALHO-SOBRAL-DE-SOUZA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:
Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: