

INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIDURA EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO

Augusta Azzolin Xavier¹
Oswaldo Bouças Mendes²
João Roberto Cegarra³

Resumo

O presente trabalho tem como escopo o esclarecimento da regra constitucional contida no inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, concernente à vedação da investidura em cargo público sem prévia aprovação em concurso. Além da análise do texto constitucional, pretende-se com o estudo, elucidar definições doutrinárias a cerca dos termos utilizados pela Carta Magna, com a finalidade de se obter melhor percepção a cerca das peculiaridades das contratações de servidores públicos pela Administração Pública. Com posterior exposição do entendimento jurisprudencial consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, intenta-se demonstrar a proteção da Suprema Corte ao referido preceito constitucional.

Palavras-chave: Disposição Constitucional. Vedação. Investidura. Concurso Público.

INCONSTITUCIONALIDAD DE INVESTIDURA EN EL CARGO O EMPLEO PÚBLICO SIN LA APROBACIÓN PREVIA EN MONEDA DE CURSO

Resumen

Este trabajo tiene el objetivo de aclarar la norma constitucional contenida en la fracción II del artículo 37 de la Constitución Federal de 1988, en relación con el sellado de investidura en el cargo público sin la aprobación previa de la competencia. Además del análisis del texto constitucional, que tiene por objeto el estudio, aclarar las definiciones doctrinales acerca de los términos utilizados por la Constitución, con el fin de obtener una mejor idea acerca de las peculiaridades de la contratación de los funcionarios públicos por el Gobierno. Con la posterior exposición del entendimiento jurisprudencial consolidada por el Tribunal Supremo, si se hace un intento de demostrar la protección de la Corte Suprema a esta disposición constitucional.

Palabras clave: disposición constitucional. Sello. Investidura. Tierno.

¹ XAVIER, Augusta Azzolin. Aluna do 9º Período do curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré. gutaazzolin@hotmail.com

² Oswaldo Bouças Mendes. Aluno do 9º Período do curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré. osbomen@yahoo.com.br

³ CEGARRA, João Roberto. Professor Universitário da Faculdade Eduvale de Avaré. Graduado em Administração pela Faculdade de Ciências Contábeis e Administrativas de Avaré. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Itapetininga. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp.

1 INTRODUÇÃO

Os atos da Administração Pública seguem os preceitos constitucionais, dentre princípios e disposições elencadas na Constituição Federal. No tocante à contratação de pessoas, o texto constitucional abarca definições e traça diretrizes categóricas que regem a estrutura gestora dos entes federativos, administração direta e indireta.

O artigo 37, da Carta Magna, dentre outras disposições importantes para o Direito Administrativo, carrega em seu inciso II a exigência de realização de concurso público de provas ou provas e títulos para a investidura de servidor público estatutário ou regido por legislação trabalhista.

Tal condição, somente passou a ser imposta com o advento da Constituição Federal de 1988 (artigo 37, II), modificado pela Emenda Constitucional nº 19/1998, dentre outras importantes disposições normativas com relação à Administração Pública.

Anteriormente à exigência trazida pelo dispositivo constitucional supracitado, a Administração Pública contava com servidores inseridos sem aprovação em concurso público, dada a liberdade de contratação nestes moldes, o que foi regularizado, ante determinação do artigo 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que considerou estáveis os servidores públicos que contavam com pelo menos cinco anos de exercício até 05/10/1988.

As exceções à regra da contratação sem a realização de concurso público estão estabelecidas no próprio texto constitucional, não sendo admitido outro procedimento que não aquele estabelecido pela Carta Maior.

Neste seguimento, analisa-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como o entendimento sumulado por essa Corte com relação às disposições constitucionais.

2 Disposições Constitucionais e Doutrinárias

A exigibilidade de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos está expressa na Constituição Federal de 1988 e tem delimitadas pela doutrina, determinadas características e definições imprescindíveis para a compreensão da disposição constitucional, assim como das exceções estabelecidas. O entendimento das formas de investidura e as modalidades de contratação possíveis por parte da Administração Pública, a noção do que

vem a ser função administrativa, cargo, classe, carreira e quadro subsidiam no estudo da normatização constitucional.

Dentre outras diretrizes, o artigo 37, inciso II, da Carta Magna 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;

Verifica-se que a exigência da realização de concurso refere-se aos cargos e empregos públicos, ou seja, aos casos de investidura de servidores públicos em sentido estrito. Importante salientar que cargo somente é ocupado por servidor público estatutário, ou seja, aquele que tem seu regime jurídico regido por estatuto, enquanto que servidor público empregado ocupa emprego, com seu regime jurídico regido por legislação trabalhista e ambos têm sua forma de investidura através da referida aprovação em concurso, conforme determina a Constituição Federal.

Inicialmente, insta esclarecer algumas definições doutrinárias. A realização de concurso público pela Administração Pública deve seguir requisitos expressos na Carta Maior, como a criação dos cargos, empregos e funções por meio de lei.

A definição de concurso público, na concepção de Gasparini (2011):

É o procedimento prático-jurídico posto à disposição da Administração Pública direta, autárquica, fundacional e governamental de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade.

Os cargos e empregos públicos podem ser organizados em classe, carreira e quadro. Carreira é o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade e o conjunto de carreiras e ou de cargos isolados constitui o quadro. As classes geralmente são escalonadas segundo a hierarquia do serviço, mas podem não ter a promoção vertical, a depender da natureza, função e exigências do serviço, o que no caso do cargo, denomina-se cargo isolado (MEIRELLES, 2013).

Observa-se que o dispositivo constitucional citado não faz menção à função, mas tão somente a cargo e emprego, isso porque há possibilidade de contratação, sem a realização

de concurso público, para serviços temporários e funções de confiança, conforme norma dos incisos V e IX, do artigo 37, da Constituição Federal (PIETRO, 2007).

Os servidores públicos temporários, portanto, não passam por investidura, conforme dispõe o artigo 37, IX, da Constituição Federal, não ocupam cargo nem emprego, mas exercem somente função.

Para melhor compreensão, tem-se, para a prestação de serviços à Administração Pública, a definição de função administrativa, dada por Silva (2005): “A função administrativa é exercida por agentes administrativos, ou seja, nos termos da Constituição, por servidores públicos, mediante a ocupação de cargo, emprego, função autônoma (chamada função pública) ou por contratação”.

Referida função, como visto, pode ser exercida por servidor público contratado para prestar serviços temporariamente para a Administração Pública.

O termo investidura, que se utiliza somente para cargo ou emprego público, por seu turno, tem sua definição, conforme Filho (2014):

[...] pressupõe, usualmente, um ato unilateral praticado pela Administração Pública, que indica uma pessoa física para ocupação jurídica nos quadros públicos. A investidura propriamente dita consiste no ato de assunção dessa posição jurídica por parte do particular.

De acordo com o que preleciona o artigo 37, II, da Constituição Federal, em síntese, a forma de investidura de cargo ou emprego público se dá por meio de prévia aprovação em concurso público, na forma da lei, prevendo exceção nos casos de nomeação para cargo em comissão, também previsto em lei, de livre nomeação e exoneração.

Além da excepcionalidade trazida pelo dispositivo supracitado, outra exceção que se pode encontrar, é o caso dos servidores públicos que estavam em exercício na data da promulgação da Constituição Federal de 1988 e que contavam com pelo menos cinco anos contínuos nesse exercício, conforme autorização dada pelo artigo 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Ainda, ressalvados os casos de reintegração por consequência da ilegalidade do ato da demissão, Meirelles (2013) considera: "Em razão do art. 37, II, da CF, qualquer investidura em carreira diversa daquela em que o servidor ingressou por concurso é, hoje, vedada."

Tem-se, portanto, que o legislador constituinte zelou por deixar expressa no texto da Lei Maior a vedação de investidura em cargo público sem prévia aprovação em

concurso público, buscando maior qualidade na prestação dos serviços e autorizando expressamente os casos que excepcionam a regra. Tratando-se, pois, de mais uma norma peremptória a ser seguida pela Administração Pública.

3 Tutela Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

3.1 Ascensão Funcional

O Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento no sentido de delimitar ainda mais o disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal, o que se fez por intermédio da Súmula Vinculante nº 43, que estabelece “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”.

Na perspectiva de se evitar o descumprimento das disposições já estabelecidas, também sob o fundamento contido no artigo 37, II, da Carta Magna, se deu a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal para o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 602.264, conforme ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
ADMINISTRATIVO. ASCENSÃO FUNCIONAL.
INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À REGRA DO CONCURSO
PÚBLICO. PRECEDENTES. SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ.
INAPLICABILIDADE AO CASO. PLEITO QUE REVELA A PRETENSÃO DE
CONSTITUIR NOVA SITUAÇÃO JURÍDICA E NÃO A PRESERVAÇÃO DE
UMA POSIÇÃO CONSOLIDADA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a promoção do servidor por ascensão funcional constitui forma de provimento derivado incompatível com a determinação prevista no art. 37, II, da Constituição de que os cargos públicos devem ser providos por concurso.

II – Inviável a invocação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé no caso em que se pretende o reconhecimento de uma nova posição jurídica incompatível com a Constituição e não a preservação de uma situação concreta sedimentada.

III – Agravo regimental improvido.

(RE nº 602.264/DF-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 31/5/13).

No caso concreto tutelado pela jurisprudência acima citada, não se trata de simples investidura em cargo público, como explicitado anteriormente, mas de ascensão

funcional, que na prática, confere ao servidor já investido em cargo/função pública, progressão funcional entre cargos de carreiras distintas.

O termo ascensão funcional utilizado, refere-se, conforme assinalado pela Turma da Suprema Corte, à promoção, sendo forma de provimento derivado.

Para melhor entendimento, adentrando no conceito doutrinário, tem-se que provimento de cargos é o ato pelo qual se realiza o preenchimento de cargo público, com a designação de seu titular e este se classifica em originário/inicial e derivado. O provimento originário/inicial ocorre quando a pessoa a ser nomeada não ocupa nenhum cargo anterior, ou seja, é pessoa estranha aos quadros do serviço público. Provimento derivado, por sua vez, se faz por transferência, promoção, remoção, acesso, reintegração, readmissão, enquadramento, aproveitamento ou reversão, alterando a situação do provimento anterior já estabelecido (MEIRELLES, 2013).

Tem-se, portanto, que o provimento derivado depende da ocorrência de provimento anterior, ou seja, o servidor público já ocupa cargo. O que se considerou incompatível com a norma constitucional é a promoção por ascensão funcional, não o provimento derivado genericamente.

A Lei nº 8112, de 1990, que trata do regime jurídico dos servidores públicos da União, autarquias e fundações públicas federais, autorizava o provimento de cargo público por ascensão e transferência em seu artigo 8º, incisos III e IV, respectivamente, dispositivos estes que foram revogados pela lei 9.527, de 10 de dezembro de 1997, passando a não mais ser aceita tal forma de provimento.

Neste sentido, a Súmula 685, do STF, aprovada no ano de 2003, estabelece: “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.”

A ausência de realização de concurso público para provimento derivado de cargo é manifestamente inconstitucional, posto que há previsão expressa no texto constitucional, além da disposição revogada da Lei 8112/90, conforme já estudado. Consequentemente, a progressão em carreira distinta da qual o servidor já estiver inserido, na concepção do Supremo Tribunal Federal e de acordo com o disposto na legislação pátria, fere o mandamento da Carta Maior, não sendo aceita no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta maneira, conforme se extrai do ensinamento exposto e do entendimento do Supremo Tribunal Federal, ainda, diante da norma constitucional posta, não há que se falar

nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, invocados, posto que a aceitação da assunção do agente em cargo diverso ofenderia o preceito constitucional pela ausência da prévia aprovação em concurso público.

3.2 Impossibilidade de reconhecimento de caráter permanente ao temporário

No que se refere à contratação diversa do servidor público estatutário e do servidor público empregado, mais especificamente, ao servidor temporário, extrai-se da ementa a seguir, a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 800,998, do Distrito Federal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO TEMPORARIAMENTE. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CARÁTER PERMANENTE DAS FUNÇÕES DO CARGO TEMPORÁRIO. TRANSFORMAÇÃO EM CARGO EFETIVO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal não admite qualquer forma de acesso a cargo público de provimento efetivo que não seja por meio de aprovação em prévio concurso público. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE nº 800.998/DF-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, Dje de 04/5/16).

No caso de contratação temporária, de que trata o julgado, o reconhecimento do caráter permanente das funções, conforme postulado, significaria o descumprimento do dispositivo constitucional estabelecido no inciso II, do artigo 37, em comento. Outrossim, o mesmo artigo 37 determina, em seu inciso IX, que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Como explicitado em capítulo anterior, há a possibilidade de contratação por parte da Administração Pública por tempo determinado, porém, tal contratação não enseja a investidura em cargo público nem em emprego público, pois para tanto é necessária aprovação em concurso público, excetuados somente os casos autorizados pelo artigo 19 da ADCT.

A contratação por tempo determinado segue os requisitos impostos pelo dispositivo constitucional citado e regulada por lei específica, não necessitando da realização

de concurso público, mas sim de processo seletivo simplificado, conforme o disposto no artigo 3º, da Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993, a saber: “O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público”.

Referida lei dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, dentre outras premissas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem-se, portanto, que o legislador constituinte cuidou por deixar expressa em seu texto a vedação da investidura do servidor público em sentido estrito sem prévia aprovação em concurso público, autorizando expressamente os casos que excepcionam a regra, tratando-se de mais uma norma peremptória a ser seguida pela Administração Pública.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, auxilia para que sejam garantidos os preceitos constitucionais firmados quando da criação da regra que exige a prévia aprovação em concurso público. Tais preceitos fundam-se nos princípios da administração pública expressos no próprio artigo 37 da Carta Maior. Neste sentido, temos o princípio da igualdade, pelo qual não se pode outorgar vantagens a ninguém, salvo por permissão da própria Lei Maior, como ocorre com o § 1º do art. 19 do ADCT da CF/88. (GASPARINI, 2011)

Ainda, ressalvados os casos de reintegração por consequência da ilegalidade do ato da demissão, Meirelles (2013) considera: "Em razão do art. 37, II, da CF, qualquer investidura em carreira diversa daquela em que o servidor ingressou por concurso é, hoje, vedada."

Extraí-se do estudo, portanto, a relevância da exigência da prévia aprovação em concurso público, devendo esta ser tutelada para bem da Administração Pública e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 mar. 2017.

BRASIL. Constituição 1988. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em 18 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28602264%2ENU%2E+OU+602264%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hp2nswc>>. Acesso em 19 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28800998%2ENU%2E+OU+800998%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jdnzfd6>>. Acesso em 23 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas. Súmula Vinculante 43**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=43.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 19 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas. Súmula 685**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=685.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 24 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.112/1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 24 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.745/1993**. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745cons.htm>. Acesso em 19 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.527/1997**. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm>. Acesso em 25 mar. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. “**Mini Aurélio Século XXI Escolar: o minidicionário da língua portuguesa**”. 4 ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 10.^aed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros: 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 20^a ed., 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25^a ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional nº 48, de 10 ago. 2005. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.