

## O CONCURSO PÚBLICO COMO CONSEQÜENTE JURÍDICO NECESSÁRIO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA

Aldemario Araujo Castro  
Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em Alagoas

### I. O princípio fundamental da República, seus conseqüentes (a igualdade, a impessoalidade e a moralidade) e os meios de sua efetivação.

A Constituição do Brasil, já no seu artigo inaugural, consagra a existência entre nós de uma "República Federativa". Habitualmente, a República é lembrada como contraponto à Monarquia. Diz-se, inegavelmente com acerto, que a forma de governo republicana caracteriza-se pela periódica renovação, fundada na soberania popular, do poder político. Juristas de escol, tais como ADILSON DE ABREU DALLARI, JOSÉ AFONSO DA SILVA e GERALDO ATALIBA, entre outros, empenham-se por dar a precisa e adequada latitude jurídica ao **princípio fundamental da República**.

A idéia de República, ao mesmo tempo em que condensa uma série de princípios de direito, define a forma de ser e de agir de um Estado. A partir daquela matriz, desdobrada juridicamente, podemos encontrar a noção de controle, de responsabilidade, de desconcentração do poder e, principalmente, a premissa da igualdade. Portanto, o princípio da isonomia, explicitado no artigo 5º da Carta Magna, em verdade, consiste numa reafirmação, porque já estava contido na noção de República.

Nesta medida, quando numa República, a Administração vai conferir a alguém "um benefício singular insuscetível de extensão a todos os interessados aptos", para resguardar **a igualdade, a impessoalidade e a moralidade** entre todos os seus integrantes e no trato de todos os seus cidadãos, deve lançar mão de meios, mecanismos e expedientes onde assegure as mesmas oportunidades para todos os "interessados aptos".

Entre os meios, mecanismos ou expedientes absolutamente imprescindíveis na República destacam-se a **licitação** e o **concurso público**. A primeira, para obtenção de utilidades (bens e serviços) pelo Poder Público. O segundo, para o preenchimento das vagas destinadas aos agentes operadores da máquina pública. Em qualquer dos casos, o resultado do certame será a entrega daquela vantagem particular ao vencedor. Vencedor, por sua vez, será aquele que, entre os interessados aptos, em condições de igualdade, sem privilégios, favoritismos ou deslealdades, demonstrar as melhores condições de atender as necessidades administrativas, segundo os critérios razoáveis e proporcionais fixados pela mesma.

### II. A evolução do instituto do concurso público e sua melhor adequação histórica, na formulação atual (art. 37, inciso II da Constituição Federal), à idéia de República e seus princípios conformadores

A textura do crucial instituto do concurso público, ressalvada a curta vigência da Constituição de

1967, enquanto a salvo da Emenda nº 01/69 e o Texto Maior atualmente em vigor, sempre apresentou nuances viabilizadoras de expedientes os mais condenáveis.

A redação do art. 97, parágrafo primeiro da Constituição Federal, patrocinada pela referida Emenda Constitucional nº 01/69, tomou as seguintes feições, praticamente idêntica as formulações anteriores:

" A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os cargos indicados em lei."

A menção a " primeira investidura" consagrou uma enorme variedade dos chamados **provimentos derivados**. Assim, após ter ingressado nos quadros do serviço público, necessariamente por concurso, o agente, num sem-número de casos, se via na possibilidade de alcançar certos vãos, em outras condições, inimagináveis ou mesmo, para alguns, impraticáveis.

Dentre as **opções, aproveitamentos, ascensões, transposições, transformações, concursos internos**, e outros menos cotados, viabilizados pela interpretação frouxa, displicente e inconseqüente dada a cláusula " primeira investidura", avulta o instituto do **acesso**. O Decreto-lei nº 8.700, de 1946, admitia a "nomeação por acesso" do final de uma carreira para o início de uma carreira superior. Tudo se passando na intimidade do serviço, longe, muito longe, dos olhos invejosos da plebe, do " Terceiro Estado".

A expressão " cargo público" despertou a arguta hermenêutica de que era possível, sem concurso, admitir para postos regidos por relação jurídica contratual. Assim, lançando mão de contratos de trabalho seria possível, e foi possível, ocupar e inchar a máquina pública de indivíduos escolhidos sabe-se lá por que critérios, merecimentos, predicados ou afagos.

A parte final do dispositivo constitucional também não passou despercebida pelos " operadores" de plantão, sempre proficientes em potencializar entrâncias e reentrâncias da legislação com fins paternalistas, protecionistas e outros igualmente desabonadores. Portanto, bastava a lei excepcionar o concurso para que a investidura, mesmo originária, fosse possível, sem aquele " horrível" obstáculo. Contra esta " liberalidade", o e. STF, em decisões reiteradas, só admitia a ressalva constante do final do art. 97, parágrafo primeiro para cargos de natureza especial que justificassem a dispensa de concurso público.

Superando os percalços normativos e as mazelas da prática jurídica anterior, o constituinte de 1988 estatuiu no art. 37, inciso II da Carta Política:

" A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

Não descuro o constituinte de instituir as sanções para os desvios do padrão. Fixou, no parágrafo segundo do mesmo art. 37:

" 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."

Aplicáveis, ainda, as disposições contidas no art. 37, parágrafos quarto (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e sanção penal, por atos de improbidade

administrativa) e quinto (imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário).

Por conseguinte, a supressão do termo " primeira" estabeleceu a necessidade de seleção, mediante concurso, para toda e qualquer investidura em cargo (relação estatutária) ou emprego público (relação contratual). A regra constitucional do concurso público, sob o influxo do *caput* do art. 37, projeta seus efeitos sobre os mais diversos quadrantes da Administração Pública. Os níveis governamentais federal, estadual, distrital ou municipal, quer administração direta (*rectius* centralizada), quer indireta (*rectius* descentralizada) e os Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário são constitucionalmente obrigados a admitir por concurso público, salvo, obviamente, os cargos comissionados de nomeação ou exoneração *ad nutum*. Em muito boa hora, a cláusula da ressalva por lei foi afastada.

Coadjuvando a interpretação literal, lógica, sociológica e sistemática da norma em apreço, temos a inegável força da interpretação histórica advinda da justificativa apresentada na Assembléia Nacional Constituinte para a emenda supressiva 2T00736-1:

" Suprima-se, no artigo 38, inciso II, a expressão ' primeira '.

Justificativa

O texto, da forma como está redigido, permite o ingresso no serviço público através de um concurso público para carreiras cujas exigências de qualificação profissional sejam mínimas como mero trampolim para, por mecanismos internos muitas vezes escusos, se atingir cargos mais especializados.

Da mesma forma, por este dispositivo, nada impede que alguém ingresse por concurso em um órgão ' X ', onde não há grande concorrência, e isso sirva como justificativa para admissão em outro sem qualquer concurso." .

O Pretório Máximo, reforçando a tendência moralizante encontrada em seus próprios julgados sobre a cláusula final do antigo artigo 97, parágrafo primeiro, na melhor e mais abalizada doutrina e nos trabalhos constituintes, firmou, naquele que consta como o *leading case* da matéria sob a batuta do novo Texto Maior (ADIn nº 231-7-RJ, DJ de 13.11.92), as seguintes premissas:

" O critério de mérito aferível por concurso público de provas ou provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou de carreira.(...)

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 a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.

O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o ' aproveitamento ', uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo. "

A força da norma constitucional e de sua esmerada inteligência, tal como fixada pela Suprema Corte, realizou profunda revolução nas normas administrativas, sobretudo, eliminando várias das formas clássicas de provimento derivado. Importa destacar que o legislador ordinário, consciente e sensível a estes efeitos, aproveitou, com essência completamente inovadora, alguns destes institutos clássicos. O acesso, por exemplo, ganhou, no regime jurídico único dos servidores federais (Lei nº 8.112/90, art. 9º, parágrafo único) e no regime jurídico único dos servidores estaduais de Alagoas (Lei nº 5.247/91,

art. 37), entre outros, a significação de designação de servidor de carreira, alçado à ela pelo salutar concurso público, para função de direção, chefia e assessoramento. Portanto, a léguas de distância do mesquinho sentido anterior.

Temos, portanto, na atual quadra histórica, a mais perfeita das fórmulas constitucionais brasileiras para o concurso público. Trata-se, à toda evidência, da formulação mais adequada, que melhor realiza o princípio republicano.

### III. Provimentos derivados subsistentes perante a nova ordem constitucional

A regra geral de que toda investidura em cargo ou emprego público depende de concurso comporta temperamentos. Esta afirmação não é arbitrária, fruto da vontade ou desejo do operador do direito, antes decorre de uma interpretação sistemática da Constituição Federal. Com efeito, a *lex legum* ao fazer referência as carreiras ou planos de carreiras (arts. 39; art. 129, § 3º; art. 131, § 2º; art. 134, parágrafo único; art. 135; art. 144, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, v.g.) veicula necessariamente o instituto da promoção (forma de desenvolvimento na carreira). No art. 38, inciso IV da Carta Magna existe menção expressa a **promoção por merecimento**. A utilização do instituto da disponibilidade, por outro lado, implica na necessidade de **aproveitamento** do servidor em outro cargo (art. 41, § 3º da CF e art. 23 do ADCT).

Assim, o regime constitucional em vigor não eliminou todas as formas de provimento derivado, subsistem aquelas compatíveis ou expressamente consagradas no Texto Maior. Importa fixar, eis a questão crucial, o traço distintivo entre os provimentos derivados legítimos e os ilegítimos. Nesta medida, a premissa básica a ser adotada reside em não admitir os provimentos derivados cujo objetivo ou finalidade consiste em burlar ou fraudar o concurso público. Por este critério finalístico, para prover a administração da força de trabalho necessária a condução de seus serviços, para preencher claros funcionais com vistas a manter a normalidade ou ampliar os serviços públicos, só é possível lançar mão do concurso público de provas ou provas e títulos. Os provimentos derivados destinam-se só, e somente só, a melhor adaptar os quadros de pessoal as mutações internas eventualmente verificadas, sob pena de indesejável engessamento dos recursos humanos disponíveis. Neste sentido, a promoção (como progressão na carreira), o aproveitamento (como utilização do servidor que não mais detém cargo pela extinção daquele que ocupava), a transferência (como forma de melhor distribuir os servidores pelos diversos órgãos administrativos), a readaptação (como forma de utilizar o servidor que tenha sofrido limitações em sua capacidade física ou mental), a reversão (como forma de trazer ao serviço o aposentado cuja invalidez foi declarada insubsistente), a recondução (como forma de retorno do servidor ao cargo anteriormente ocupado) e a reintegração (como forma de reinvestidura do servidor cuja demissão foi invalidada) significam pura e simplesmente a mais perfeita adaptação do serviço as ocorrências possíveis com seus servidores.

Sendo o objetivo do provimento derivado, sob a nova ordem constitucional, adaptar o serviço as mutações funcionais inevitavelmente verificadas, e não, resguardar ou ampliar a força de trabalho das repartições, concluímos, com relativa facilidade, que existem nítidos limites a sua efetivação. Realizado, hoje, um provimento derivado, a ocupação de novo cargo ou a nova denominação funcional ostentada são aspectos menos relevantes para aferir sua validade, importa verificar se este expediente não elevou o padrão remuneratório do servidor, não fixou para o mesmo atribuições mais complexas que as anteriores, não implicou em aumento de requisitos formais de instrução e não conferiu ao detentor do novo cargo prerrogativas e sujeições antes inexistentes. Isto porque, estas características, estes elementos são próprios do provimento por concurso (exatamente aquele "benefício singular insuscetível de extensão a todos os interessados aptos" referido inicialmente). No exercício legítimo do provimento derivado a melhoria de condições verificada é da organização do serviço, e não, do status funcional do servidor, mantido, nos traços essenciais, nos mesmos patamares pretéritos. Trata-se de mudança horizontal, sem ganhos ou elevações de qualquer natureza.

#### IV. Transposições constitucionais e transposições inconstitucionais

A *transposição*, como classicamente formulada, era o ato pelo qual o servidor passava, por meios exclusivamente internos, de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Com este sentido foi superada a partir da edição da Constituição Federal de 1988, eis que significa benefício direto ao servidor, com vistas a prover força de trabalho, onde o interesse público, a adequação do serviço, móvel necessário do atual provimento derivado, é meramente secundária ou reflexa.

Atualmente, os movimentos que pretendem transpor cargos ou empregos de advogados, assessores ou assistentes jurídicos de fundações e outras entidades da administração indireta (*rectius* descentralizada) para compor os quadros funcionais das Defensorias Públicas e outras instituições jurídicas não apresentam a mínima condição de prosperar. Conforme frisamos, trata-se de transposição ilegítima, espúria, burla o concurso público, única forma de restabelecer ou ampliar força de trabalho no serviço estatal, eleva padrões remuneratórios, fixa atribuições antes inexistentes, confere prerrogativas funcionais ausentes na situação funcional anterior e, possui a agravante, de pretender movimento funcional da Administração Indireta para a Direta, de entidades distintas com autonomia administrativa. Por mais relevantes que sejam as funções das Defensorias Públicas não podem obviar o necessário concurso público para provimento de seus claros. **Na ética republicana, os fins não justificam os meios.**

Assim como fez com o acesso, o legislador ordinário vem utilizando a transposição com nova essência, radicalmente distinta da feição tradicional, como forma constitucionalmente legítima de provimento derivado. O legislador federal, por exemplo, para realizar os comandos da Constituição e da Lei Complementar nº 73/93, transpôs os cargos de Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico para os quadros da Advocacia-Geral da União (Lei nº 9.028/95, art. 19). Não houve mudança de denominação, não houve acréscimo remuneratório, não houve mudança de atribuições e não houve alteração de prerrogativas funcionais. Ocorreu, simplesmente, uma modificação espacial, uma realocação dos cargos nos quadros funcionais da União para adequá-los as necessidades estruturais do serviço jurídico da mesma. Este, inclusive, o sentido legítimo da nova transposição: permitir o deslocamento de cargos e seus ocupantes para quadros funcionais distintos, sem alterações essenciais dos traços caracterizadores dos cargos movimentados (ADIn nº 266-0-RJ, DJ de 06.08.93).

As tentativas de transposições saudosistas, a serem realizadas sob a égide da Constituição de 1988, mas com as características de outrora, vêm sendo sistematicamente afastadas pelo Judiciário. A transposição (a pedido, para outro cargo público permanente mediante obtenção de qualificação profissional e seleção interna) prevista no art. 49, inciso X da Constituição de Alagoas foi fulminada pelo STF na ADIn nº 362-3-AL (DJ de 26.20.90). A transposição (de funcionários de um quadro especial, temporário e destinado a extinção para um quadro permanente de cargos efetivos) prevista nos arts. 6º e 8º da Resolução nº 382/94 da Assembléia Legislativa de Alagoas foi cassada pelo STF na ADIn nº 1.222-3-AL (DJ de 19.05.95). O enquadramento (de advogados e assistentes jurídicos estáveis do quadro único do Poder Executivo no cargo inicial da carreira de defensor público) previsto no art. 55 do ADCT da Constituição do Paraná foi declarado inconstitucional pelo STF na ADIn nº 175-2-PR (DJ de 08.10.93). A transposição (dos ocupantes do cargo de assistente judiciário para o cargo de defensor público) prevista no art. 16 da Lei Complementar nº 9.230/91, do Rio Grande do Sul, teve sua inconstitucionalidade argüida pela Procuradoria-Geral da República (ADIn nº 576-6-RS). São alguns dos incontáveis exemplos no mesmo sentido.

Em suma, a " coisa pública" merece respeito, lealdade, atenção e o melhor dos cuidados. Respeitar o concurso público, promover o concurso público despido de injunções familiares, corporativistas e partidárias significa guardar a Constituição, o Estado Democrático de Direito e a República, em última análise, o cidadão, razão primeira da existência da " sociedade politicamente organizada"

denominada Estado.

---

**Publicação:**

Tribuna do Procurador. Ano V. Número 9. Abril de 96. Informativo da Associação dos Procuradores de Estado de Alagoas.

---