

ASPECTO CONSTITUCIONAL DO TEMA

Art. 37, I, CF – 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

ACESSIBILIDADE

► **Princípio constitucional da ampla acessibilidade: na forma da lei**

O art. 37, I, estipula o princípio da ampla acessibilidade, na forma da lei, aos cargos, empregos e funções. Tanto os cargos como os empregos públicos são providos originariamente mediante a realização de procedimento prévio de concurso público, à exceção dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração. (NOHARA, Irene Patrícia. Constituição Federal de 1988: comentários ao capítulo da administração pública: cap. VII do título III: da organização do Estado: artigos 37 a 43 / Irene Patrícia Nohara. – São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 1 / Irene Patrícia Nohara, Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 22)

► **O primeiro princípio constitucional atinente à generalidade dos servidores da Administração direta, indireta ou fundacional é o da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas.**

“O primeiro princípio constitucional atinente à generalidade dos servidores da Administração direta, indireta ou fundacional é o da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (art. 37, I), mediante concurso público, de provas ou de provas e títulos, com ressalva das nomeações para cargo em comissão, declarados, em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II). A lei em causa será da entidade a que pertença o cargo, uma vez que União, Estados, Distrito Federal e Municípios legislam cada qual para os próprios serviços. Mesmo estes cargos em comissão e as funções de confiança, na conformidade do inciso V do mesmo artigo, devem ser exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos termos e condições previstos em lei. Isto é, por agentes que acederam por concurso quando de seu ingresso. Reforça-se nisto o propósito constitucional estampado nos incisos I e II.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime dos servidores da administração direta e indireta (Direitos e deveres), 11ª edição, Editora Malheiros, 1991, p. 47)

► **Os princípios da acessibilidade e do concurso público para preenchimento de cargos, funções e empregos aplicam-se tanto à Administração direta quanto à Administração indireta e fundacional.**

“Por tudo isto, é certo e de certeza absoluta que os princípios da acessibilidade e do concurso público para preenchimento de cargos, funções e empregos aplicam-se tanto

à Administração direta quando à Administração indireta e fundacional. A consequência de sua inobservância numa ou noutra é, consoante o § 2º do art. 37, a nulidade do ato de provimento e a punição da autoridade responsável.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime dos servidores da administração direta e indireta (Direitos e deveres), 11ª edição, Editora Malheiros, 1991, p. 53)

► **A acessibilidade diz respeito às condições e modos pelos quais são propiciadas, aos cidadãos, oportunidades de exercer os cargos, funções e empregos públicos.**

“A acessibilidade diz respeito às condições e modos pelos quais são propiciadas, aos cidadãos, oportunidades de exercer os cargos, funções e empregos públicos. Nos termos do art. 37, I, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, 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. Hoje o preceito possibilita que brasileiros e estrangeiros tenham acesso a cargos, empregos e funções públicas, nas condições fixadas em lei. A Emenda Constitucional 11, de 30.04.1996, já acrescentara dois parágrafos ao art. 207 da CF, para facultar às universidades e às instituições de pesquisa científica e tecnológica a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 20ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 324)

► **A conformação legal do princípio da ampla acessibilidade.**

“Cabe à lei conformar o princípio da ampla acessibilidade, estabelecendo os requisitos necessários para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas. A lei a que se refere é editada pelo ente político responsável pela criação do cargo, emprego ou função. É extrema de qualquer dúvida que a lei, nesta situação, está adstrita à obediência das normas constitucionais, sejam elas princípios ou regras. Importa afirmar, por exemplo, que os requisitos legais devem ser razoáveis, obrigatoriamente ligados à natureza e à complexidade das atribuições, sob pena de inconstitucionalidade.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 826)

► **No caso dos cargos públicos federais submetidos à Lei n.º 8.112/1990, o art. 5º do mencionado diploma determina como requisitos básicos para a investidura em cargo público.**

No caso dos cargos públicos federais submetidos à Lei n.º 8.112/1990, o art. 5º do mencionado diploma determina como requisitos básicos para a investidura em cargo público: (1) a nacionalidade brasileira; (2) o gozo dos direitos políticos; (3) a quitação com as obrigações militares e eleitorais; (4) o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; (5) a idade mínima de 18 anos; e (6) a aptidão física e mental. O art. 5º § 1º, da Lei n.º 8.112/1990 expressa que as atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei. (NOHARA, Irene Patrícia. Constituição Federal de 1988: comentários ao capítulo da administração pública: cap. VII do título III: da organização do Estado: artigos 37 a 43 / Irene Patrícia Nohara. –

São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 1 / Irene Patrícia Nohara, Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 23)

REQUISITOS ESTABELECIDOS EM LEI

► Os requisitos para a acessibilidade não de estar estabelecidos em lei.

“Os requisitos para a acessibilidade a que alude o art. 37, I – como nele claramente se lê –, não de estar estabelecidos em lei; não, portanto, em atos subalternos, próprios da Administração, como os regulamentos, portarias ou editais de concurso. Onde, nem lei poderia, sem ofender o art. 37, I, sem agravar o princípio da independência e harmonia dos Poderes (art. 2º), sem atentar contra a repartição das competências (arts. 44-49, 76-84 e 92 e ss.) e sem violar o cânone básico segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II), transferir genericamente a sujeitos administrativos a fixação dos requisitos para a acessibilidade aos cargos funções e empregos. Assim, também, os cargos em comissão, para os quais se dispensa concurso (art. 37, II, última parte), serão unicamente aqueles por tal modo qualificado em lei, valendo, pois, a mesma averbação que se vem de fazer com respeito à acessibilidade. Em todos estes casos, a lei mencionada será federal, estadual, municipal, ou distrital, conforme se trate de cargo pertencente a uma ou outra destas esferas. Cada qual legisla para si, respeitados os princípios constitucionais e obedecida a legislação federal pertinente às “condições para o exercício das profissões” (art. 22, XVI). Estados fazem-no com fundamento no art. 25 e § 1º, Municípios estabelecidos nos arts. 30, I e V, e Distrito Federal assentando-se no art. 32, § 1º. No caso da União, sua competência legislativa para dispor sobre os próprios serviços há de ser considerada implícita, pois o constituinte esqueceu-se de prevê-la.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime dos servidores da administração direta e indireta (Direitos e deveres), 11ª edição, Editora Malheiros, 1991, p. 59/60)

► O dispositivo constitucional faz referência à lei, não admitindo o estabelecimento de exigências por ato normativo inferior.

“Não obstante, parece claro que o dispositivo constitucional faz referência à lei, não admitindo o estabelecimento de exigências por ato normativo inferior. Ainda que os regulamentos, editais de concurso público e outros atos normativos possam debulhar os conceitos legais e estabelecer regras procedimentais, não se admite que possam trazer exigências ou requisitos que exorbitem das prescrições legais.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 826)

► **No mesmo sentido:** O foco deste ensaio é chegar à conclusão, frente ao ordenamento jurídico pátrio, se os requisitos necessários para um candidato assumirem um cargo público devem estar previstos na lei, seja de forma genérica ou em lei específica que criou o cargo, ou se podem ser criados e exigidos pelo edital do certame. O Princípio da legalidade se manifesta no Ordenamento Pá-

trio, mesmo dentro do próprio Direito Administrativo, por diversos modos distintos. Após todo desenvolvimento, concluímos, em harmonia com a doutrina pátria, que a Administração Pública só pode agir se houver lei autorizando ou determinando a conduta. Por outras palavras: o desenvolvimento das atividades administrativas está subordinado à lei, o que significa que a Administração apenas pode agir se houver legitimidade – leia-se lei.

► **No mesmo sentido:** “a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 79).

► **No mesmo sentido:** “Reza o art. 37, I, da CF/88 que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”. Veja-se que, por força do mandamento constitucional acima transcrito, a lei deverá estabelecer os requisitos para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas. O art. 37, II, da CF/88, à sua vez, estabelece que o concurso público é ato-condição 79 para a investidura nos cargos e empregos públicos. Da interpretação conjugada dos incisos I e II do art. 37 da Constituição da República chega-se à conclusão de que, em linha de princípio, os requisitos deverão ser exigidos por ocasião da investidura, a qual se aperfeiçoa com a posse, em se tratando de cargos, ou no momento da contratação, no caso de empregos públicos, visto que são condições de ingresso no serviço público, a não ser que a sua implementação prévia constitua pressuposto para a própria realização do concurso, que é o antecedente lógico-jurídico para o acesso profissional do cidadão ao Poder Público.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 98)

■ **No mesmo sentido:** “1. O art. 37, inciso I, da CF/88 prevê expressamente a necessidade da existência de lei em sentido formal e material para fins de restrições ou requisitos de acessos aos cargos, empregos e funções públicas. 2. A Lei n. 11.091/2005, que dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, no âmbito das Instituições Federais de Ensino vinculadas ao Ministério da Educação, prevê, como requisito para ingresso no cargo de Auditor, a necessidade de conclusão de curso superior em Economia, Direito ou Ciências Contábeis.” (REO 0007233-45.2016.4.01.3000/AC, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Conv. Juiz Federal Eduardo Moraes Da Rocha (conv.), Sexta Turma, e-DJF1 p. de 23/03/2018).

► **No mesmo sentido:** “(...) Da leitura conjugada dos dispositivos constitucionais acima transcritos, chega-se à inarredável conclusão de que não basta a lei estabelecer os requisitos imprescindíveis para o exercício dos cargos e empregos públicos. É preciso, ainda, que a lei estabeleça requisitos que guardem relação de compatibilidade com a natureza do cargo ou do emprego público, nos termos do art. 39, § 3, in [me, da Constituição da República, que consagra expressamente o princípio da razoabilidade na questão atinente ao acesso do cidadão às fileiras profissionais do Poder Público. Embora essa disposição constitucional

faça menção apenas a cargos públicos, entendemos que ela também se aplica aos empregos públicos, visto que não haveria razão plausível para a restrição, na medida em que os os empregos públicos, por força dos princípios da razoabilidade e da igualdade, também devem ter requisitos diferenciados quando a contratação os exigir.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 102)

☐ **Não pode o edital criar restrições ao acesso a cargo público não previstas na lei que regulamenta o exercício da respectiva profissão.**

“...I – Não pode o edital criar restrições ao acesso a cargo público não previstas na lei que regulamenta o exercício da respectiva profissão. II – “É pacífico o entendimento dessa Corte no sentido de que a regra geral é o acesso de todos aos cargos públicos, salvo limitações decorrentes de lei. Entretanto, elas só serão legítimas se forem fixadas, de forma razoável, para atender às exigências das funções do cargo’ (STF/T2, AI 719268 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie). Se a lei não exige título de especialista para acesso ao cargo de Psicólogo, área clínica, do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, no âmbito das Instituições Federais de Ensino, não pode prevalecer a restrição estabelecida no edital vergastado.” (AC 0019976-23. 2008.4.01.3500/GO, 5ª Turma, Rel. Juiz Federal, convocado, Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, e-DJF1 de 4.12.2015, pág. 1.892). III – Hipótese dos autos em que a Lei nº 6.684/1979, que regulamenta as profissões de Biólogo e de Biomédico, estipula em seu artigo 21, como condição essencial para o exercício das respectivas atividades, tão somente a apresentação prévia da carteira profissional emitida pelo respectivo conselho ou de certidão do Conselho Regional de que o profissional está no exercício de seus direitos, de modo que não é válida a exigência prevista no edital do certame, de inscrição há, no mínimo, 3 anos no Conselho que fiscaliza a profissão. IV – Remessa oficial a que se nega provimento.” (REOMS 0044347-41.2014.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma,e-DJF1 p. de 06/04/2018)”

☐ **Neste sentido, se manifestou o Supremo Tribunal Federal:** “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO. REQUISITOS. IMPOSIÇÃO VIA ATO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. “Apenas a lei em sentido formal (ato normativo emanado do Poder Legislativo) pode estabelecer requisitos que condicionem ingresso no serviço público. As restrições e exigências que emanem de ato administrativo de caráter infra legal revestem-se de inconstitucionalidade.” (Jose Celso de Mello Filho em “Constituição Federal Anotada”). Incompatibilidade da imposição de tempo de prática forense e de graduação no curso de Direito, ao primeiro exame, com a ordem constitucional.” (ADI 1188 MC/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/1995).

☐ **Neste sentido:** “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA PARA O INGRESSO NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE LEI FORMAL RESTRITIVA DE DIREITO. FIXAÇÃO EM EDITAL. IMPOSSIBILI-

DADE. Concurso público para o cargo de policial militar do Distrito Federal. Altura mínima. Impossibilidade de sua inserção em edital de concurso. Norma restritiva de direito que somente na lei tem sua via adequada. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 518863 AgR/DF, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, Julgado em 23/08/2005).

■ **Neste sentido:** “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – CONCURSO PÚBLICO – JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO – REQUISITOS – IMPOSIÇÃO VIA ATO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Exsurgindo a relevância jurídica do tema, bem como o risco de serem mantidos com plena eficácia os dispositivos atacados, impõem-se a concessão de liminar. Isto ocorre no que previstos, em resolução administrativa do Tribunal Superior do Trabalho, requisitos para acesso ao cargo de juiz estranhos a ordem jurídica. Apenas a lei em sentido formal (ato normativo emanado do Poder Legislativo) pode estabelecer requisitos que condicionem ingresso no serviço público. As restrições e exigências que emanem de ato administrativo de caráter infra legal revestem-se de inconstitucionalidade. (Jose Celso de Mello Filho em Constituição Federal Anotada). Incompatibilidade da imposição de tempo de prática forense e de graduação no curso de Direito, ao primeiro exame, com a ordem constitucional.” (ADI 1188 MC/DF, rel.: Min. Marco Aurélio, j. 23/02/1995).

► **Tanto os requisitos intrínsecos (exigências para assumir o cargo em si) como extrínsecos (exigências feitas em concursos públicos) são submetidos a regra da reserva legal.**

Talvez, quanto aos requisitos extrínsecos, o inciso II do artigo 37 da Carta Magna se encaixe melhor. Apenas para que não fiquemos só na teoria, vejamos alguns dispositivos da Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime geral dos servidores públicos da União, Autarquias e Fundações Públicas. Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: I – a nacionalidade brasileira; II – o gozo dos direitos políticos; III – a quitação com as obrigações militares e eleitorais; IV – o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; V – a idade mínima de dezoito anos; VI – aptidão física e mental. § 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei. Percebe-se que todas as exigências constantes nos seis incisos do artigo 5º são requisitos intrínsecos ao provimento do cargo público federal. Já o parágrafo 1º do referido artigo abre margens à possibilidade de novos requisitos (extrínsecos), como é o caso do exame psicotécnico, investigação social, prova física etc., mas, lembre-se, desde que as atribuições do cargo possam justificar tal exigência. Deste modo, não pode o edital inovar e criar exigências sem respaldo legal, pois além de afrontar a legalidade, princípio genérico direcionado a toda Administração Pública, também estará violando o princípio específico da competitividade, ou, da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

► **Há delegação disfarçada de competência quando se transfere o poder de criar os requisitos de acesso ao cargo ao administrador público.**

É interessante notar que delegar ao edital a possibilidade de impor os requisitos de acesso ao cargo é, muitas vezes e de forma transversa, participar ativamente da criação

do cargo por meio deste instrumento, o que é uma verdadeira arbitrariedade e inversão de valores. Veja-se que o cargo público deve ser criado por lei (ou ato de igual idoneidade). Não se cria cargo por meio de decreto, editais ou outros atos administrativos normativos. Quando o cargo é criado o certo é já dizer quais são suas atribuições (competências do agente após assumir o cargo) e os requisitos de acesso ao mesmo (escolaridade, quitação com as obrigações eleitorais, etc.). É muito comum ter-se uma carreira disciplinada por meio de lei e muitas vezes dali também se extraírem algumas competências. Ou, ainda, uma primeira lei cria o cargo, suas atribuições, requisitos e novas leis apenas aumentam o quantitativo. Mas, perceba: teve uma lei que criou o cargo e disciplinou quais são os requisitos necessários para que alguém possa assumir o mesmo! Desta maneira, a título de exemplo, caso uma lei não exija pós-graduação como condição para que o candidato aprovado em concurso tome posse, não pode, sob nenhum aspecto, o edital fazer esta previsão. Mesmo que o gestor não concorde com essas exigências, esta não é a maneira de solucionar o problema. Não se busca solucionar um problema utilizando-se de um mecanismo ilegal! Atualmente as exigências para provimento de determinado cargo devem ser maiores? Ótimo! Que se faça um projeto de lei e submeta o mesmo ao devido processo legislativo para que isso, democraticamente, passe a valer e para todos! Mas, sob nenhum aspecto, há embasamento para estipulação de requisitos de acesso aos cargos por meio de editais, por mais conveniente que isso seja à Administração. A conveniência/opportunidade administrativa tem vários limites e um é bem claro e intransponível que é a Lei e o Poder Judiciário não pode, sob nenhum aspecto, compactuar com esta ilegalidade, caso contrário, ao invés de estar fazendo um bem à sociedade, está estimulando o Poder Público se acostumar com a “inércia da omissão”, de um Judiciário paterno.

■ **Os requisitos para assumir o cargo devem estar na lei, não podendo o edital ampliá-los.**

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR NÍVEL 3. PÓS-GRADUAÇÃO. EXIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. 1. Trata-se de recurso ordinário em que se discute a ilegalidade do Edital nº 002/GDRH/SEAD/2010 ao exigir diploma de pós-graduação em área de tecnologias ou informática, para o cargo de Professor Nível 3 – Multimídias integradas – da Secretaria de Estado da Educação de Rondônia, uma vez que a lei da educação estadual – Lei Complementar nº 420/2008 – prevê apenas a exigência de diploma em ensino superior. 2. Dispõe o art. 5º, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 420/08, que cuida do Plano de Carreira, Cargos e Remuneração dos Profissionais da Educação Básica do Estado de Rondônia que para o cargo de Professor Nível 3 é necessário “formação em curso superior de licenciatura plena, Normal Superior ou outra graduação correspondente à áreas de conhecimento específicas, do currículo escolar, em nível de bacharelado com licenciatura plena; Habilitação pedagógica nas áreas de administração escolar, supervisão escolar, orientação educacional e magistério superior Indígena.” 3. O edital do certame exigiu para o Cargo de Professor Nível 3 – Multimídias Integradas – formação em curso superior de graduação em pedagogia ou outra licenciatura ou bacharel com complementação pedagógica em qualquer área da educação com Pós-Graduação específica da área de Tecnologias ou Informática reconhecidos pelo MEC.

4. Comparando-se o texto da Lei Complementar Estadual nº 420/2008 e o edital do certame, verifica-se que a exigência de Pós-Graduação não encontra previsão na legislação estadual, não podendo ser cobrada para a admissão no referido cargo. 5. Recurso ordinário provido.” (RMS 33.478/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 01/04/2013)

■ **Neste sentido:** “APELAÇÃO CÍVEL CONCURSO PÚBLICO CARGO DE CIRURGIÃO DENTISTA DESCLASSIFICAÇÃO DO APELANTE – EXIGÊNCIA DE ESPECIALIDADE REQUISITO NÃO PREVISTO NA LEI INSTITUIDORA DO CARGO OU REGULAMENTADORA DA PROFISSÃO IMPOSSIBILIDADE PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CF, ART. 37, INC. I – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1) Embora o Edital nº 001/2011, em seu Anexo I, indique como escolaridade exigida para a função de cirurgião dentista/buco-maxilo, além de curso superior completo em Odontologia e registro no Conselho Regional de Classe, o título de especialista na área a que concorre (fl. 39), esta última exigência não encontra ressonância na legislação federal e municipal que disciplina a matéria. 2) A Lei Municipal nº 1.824/1995, que estabelece o plano de carreira e vencimentos dos servidores do Município da Serra, ao instituir o cargo de Técnico de Nível Superior, destinou-o a executar atividades de exigência de formação especializada em nível superior nos termos da legislação e das normas relacionadas a sua atividade profissional, no âmbito da administração pública municipal, responsabilizando-se tecnicamente pelo serviço inerente a sua função, ao passo que a Lei Federal nº 5.081/1966, que regulamenta o exercício da Odontologia em território nacional, assegura aos cirurgiões-dentistas habilitados em curso superior e inscritos no Conselho Regional de Odontologia sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade, a prerrogativa de praticar todos os atos pertinentes a Odontologia, decorrentes de conhecimentos adquiridos em curso regular ou em cursos de pós-graduação (art. 6º, inciso I). 3) O cargo público, como nos esclarece José dos Santos Carvalho Filho, é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente. 4) Essa necessidade dos requisitos de acesso aos cargos públicos virem expressamente previstos em lei, além de ínsita ao princípio republicano, é expressão direta dos princípios da legalidade e da impessoalidade, pois se a res é pública e a todos pertencem, em idêntica proporção, somente aos titulares do poder, através de seus legítimos representantes, é dado estabelecer as condições de ingresso no serviço público, sob pena de se outorgar ao administrador discricionariedade incompatível com as vigas mestras de nossa ordem constitucional e com a previsão contida no art. 37, inc. I, de nossa Carta Maior. 5) Não estivessem os requisitos de acesso previamente delineados em lei da entidade a quem pertença o cargo, o administrador estaria liberto de peias jurídicas para estabelecê-los no edital do certame, podendo, ainda que a pretexto de escolher o candidato mais qualificado, recrudescer de tal forma as exigências que o universo de possíveis candidatos restasse plenamente identificável, em descompasso com o princípio da impessoalidade. 6) Como a legislação que regulamenta a matéria não con-

templa a exigência que justificou a desclassificação do apelante para o cargo no qual ele restou aprovado, falece o instrumento convocatório do certame ou qualquer outro ato normativo subalterno da prerrogativa de instituir validamente dita exigência, sob pena de invadir competência privativa alheia, reservada ao legislador ordinário. Precedentes desta egrégia Corte. 7) Uma vez que a exigência administrativa não encontra suporte na lei instituidora do cargo e nem naquela que regulamentou o exercício da profissão no território nacional, não se tem dúvidas em proclamar sua nulidade, na esteira da orientação deste egrégio Tribunal, determinando a nomeação do apelante, aprovado dentro do número de vagas disponibilizado pelo Edital nº 001/2011. 8) Recurso conhecido e provido. 1. in Manual de Direito Administrativo. 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p 406.” (TJES, Classe: Apelação, 048120017511, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/04/2018, Data da Publicação no Diário: 04/05/2018)

CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO

► **A Constituição Federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos cargo, emprego e função para designar realidades diversas, porém coexistentes na Administração Pública.**

“A Constituição Federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos cargo, emprego e função para designar realidades diversas, porém coexistentes na Administração Pública. Cumpre, pois, distingui-los. As três expressões equivalem a postos de trabalho criados por lei, com denominação, remuneração e atribuições por ela definidas, para serem ocupados pelos servidores públicos, sejam eles estatutários, empregados públicos ou temporários. Para bem compreender o sentido dessas expressões, é preciso partir da ideia de que na Administração Pública todas as competências são definidas pelo ordenamento jurídico positivo e distribuídas em três níveis diversos: pessoas jurídicas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com distribuição de competências fixada pela Constituição Federal), órgãos (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e agentes públicos; entre estes, os servidores públicos ocupam cargos ou empregos ou exercem função. Por outras palavras, cada pessoa jurídica estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) é titular de um plexo de atribuições que são outorgadas pela Constituição Federal e, respeitada a hierarquia das normas, pelas Constituições Estaduais e leis orgânicas dos municípios. Do mesmo modo, as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que compõem a Administração Indireta também são titulares de atribuições outorgadas por meio de leis dos entes políticos que as instituíram.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 371)

► **Cargo é a unidade administrativa criada por lei, ou por ato de força equivalente, à qual é atribuído um plexo de atribuições a serem desempenhadas pelo funcionário.**

“Cargo é a unidade administrativa criada por lei, ou por ato de força equivalente, à qual é atribuído um plexo de atribuições a serem desempenhadas pelo funcionário.

No exato dizer de Celso Antônio, “cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação pró pria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas”. Os cargos do Poder Executivo são criados e extintos por lei (inciso X do art. 48 da CF), podendo ser extintos por decreto quando vagos (alínea “c” do inciso VI do art. 84 da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional 32/2001). Também por lei criam-se e extinguem-se cargos no Judiciário (alínea “b” do inciso II do art. 96 da CF). No Legislativo podem ser criados e extintos por Resolução do Senado (inciso XIII do art. 52 da CF) ou da Câmara (inciso IV do art. 51 da CF).” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*, 2ª edição, Editora Malheiros, 2008, p. 35)

► **No mesmo sentido:** “Para o desempenho da função pública pode ser atribuído à pessoa um cargo público. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, criado por lei em número determinado, com nome certo e remuneração especificada por meio de símbolos numéricos e/ou alfabéticos. Todo cargo implica o exercício de função pública. O ato administrativo que atribui, a uma pessoa, exercício inicial de um cargo é a nomeação.” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 20ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 323)

► **No mesmo sentido:** “Na esfera federal, a Lei 8.112, de 11.12.1990 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas) define cargo público, como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor” (art. 3.º). Pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, “os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de Direito Administrativo*, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 371)

► Características dos cargos públicos

“Por esses dispositivos, podem ser apontadas as seguintes características para os cargos públicos: (a) compreendem um rol de atribuições e responsabilidades; (b) são atribuídos a um servidor; (c) são criados por lei; (d) têm denominação própria; (e) têm vencimento fixado em lei; (f) podem ser providos em caráter efetivo (por concurso público, com direito à estabilidade) ou em comissão. Tais características são praticamente as mesmas que podem ser apontadas em relação aos empregos públicos, que também compreendem um rol de atribuições e responsabilidades, são incumbidas a um servidor, criados por lei, com denominação própria e vencimento fixado em lei. Embora decorrentes de concurso público, os provimentos não dão direito à estabilidade. Seus ocupantes não se sujeitam ao regime estatutário, ainda que usufruam de alguns benefícios previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional para os servidores estatutários.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de Direito Administrativo*, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 371/372)

► **O cargo de provimento efetivo dá direito à estabilidade ao servidor se ele passar no estágio probatório.**

Enquanto o cargo de provimento efetivo dá direito à estabilidade, após o período aquisitivo, o cargo em comissão é de livre provimento e exoneração, ou seja, seu ocupante não tem estabilidade, podendo ser afastado ad nutum, isto é, por conveniência da autoridade nomeante. (NOHARA, Irene Patrícia. Constituição Federal de 1988: comentários ao capítulo da administração pública: cap. VII do título III: da organização do Estado: artigos 37 a 43 / Irene Patrícia Nohara. – São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 1 / Irene Patrícia Nohara, Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 21)

► **A criação e a transformação de cargos somente podem ser efetuadas, ressalvadas as observações já feitas, por lei.**

“A criação e a transformação de cargos somente podem ser efetuadas, ressalvadas as observações já feitas, por lei.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*, 2ª edição, Editora Malheiros, 2008, p. 35)

► **O Chefe do Poder Executivo pode extinguir, por Decreto, cargo vago.**

“Merece referência a possibilidade de extinção de cargos públicos por ato do Poder Executivo, instaurada no ordenamento pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001. A citada emenda alterou a redação do art. 84, inciso VI, e conferiu em sua alínea “b” competência privativa ao Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Independente de qualquer disputa semântica e da conhecida aversão acadêmica à utilização da expressão “decreto autônomo”, o ato referido parece ter força primária: extingue, por decreto, algo que foi criado por lei. Ora, ato inferior não pode retirar do mundo jurídico algo criado por ato superior – não parece acertado entender existir, neste caso, subordinação do decreto à lei.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 825)

► **Pode ocorrer que um cargo, originariamente criado para provimento em comissão, seja transformado em cargo de provimento efetivo. Toda alteração deve ocorrer por lei.**

“Pode ocorrer que um cargo, originariamente criado para provimento em comissão, seja transformado em cargo de provimento efetivo. Toda alteração deve ocorrer por lei. A transformação, no dizer de Diógenes Gasparini “significa uma alteração de molde a atingir sua natureza.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*, 2ª edição, Editora Malheiros, 2008, p. 35)

► **Por imperativo da hierarquia existente entre as diversas normas, como cargo público é criado por lei, somente por intermédio do mesmo instrumento é possível a efetivação de qualquer alteração em sua conformação ou mesmo sua extinção.**

“Por imperativo da hierarquia existente entre as diversas normas, como cargo público é criado por lei, somente por intermédio do mesmo instrumento é possível a efe-

tivação de qualquer alteração em sua conformação ou mesmo sua extinção. De acordo com o entendimento do STF: “A extinção de cargos públicos, sejam eles efetivos ou em comissão, pressupõe lei específica, dispondo quantos e quais cargos serão extintos, não podendo ocorrer por meio de norma genérica inserida na Constituição. Incabível, por emenda constitucional, nos Estados-membros, que o Poder Legislativo disponha sobre espécie reservada à iniciativa privativa dos demais Poderes da República, sob pena de afronta ao art. 61 da Lei Maior.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, MOTTA, Fabrício, FERRAZ, Luciano de Araújo. Servidores públicos na Constituição Federal. 3ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 18)

► **Emprego público é a designação de atribuições pautadas em vínculo contratual, sendo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).**

Emprego público é a designação de atribuições pautadas em vínculo contratual, sendo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). No caso da Administração Pública, há a contratação de empregado público geralmente nas empresas públicas e sociedades de economia mista e subsidiárias que explorem atividade econômica, conforme se extrai do art. 173, § 12, II, da Constituição. (NOHARA, Irene Patrícia. Constituição Federal de 1988: comentários ao capítulo da administração pública: cap. VII do título III: da organização do Estado: artigos 37 a 43 / Irene Patrícia Nohara. – São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 1 / Irene Patrícia Nohara, Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 21)

► **No mesmo sentido:** “Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto os ocupantes de cargo público (efetivo ou em comissão) e de função (de confiança) têm um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei 8.112/1990) e em legislação esparsa que o complementa.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 372)

► **Diferença de cargo público para emprego público.**

“A expressão emprego público, ao seu turno, possui significado lato semelhante ao de cargo público, com uma diferença principal: trata-se de relação jurídica regida pelas leis trabalhistas, com o Estado na qualidade de empregador. A relação entre empregado e poder público é firmada por meio de um contrato de trabalho, não sendo, por isso, estatutária. A presença do Estado em um dos polos da relação jurídica acarreta algumas alterações no regime trabalhista verificado nos vínculos totalmente particulares, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, em razão da inolvidável ligação estatal com a defesa do interesse público. As alterações de maior substância devem-se à influência direta de regras e princípios constitucionais (como a exigência de concurso

público e a existência de regras para a acumulação), no regime dos empregos públicos. Na órbita federal, diante da competência privativa da União para legislar sobre direito trabalho (art. 22, inciso I) outras características específicas podem existir, sendo atualmente a questão tratada na Lei 9.962/00. Por imposição do art. 61, § 1º, inciso II, “a”, a criação de empregos públicos na administração direta e nas autarquias depende de lei de iniciativa do Presidente da República.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 826)

► **Qual tratamento o ordenamento constitucional dispensa às funções públicas?**

“Um primeiro sentido, demasiado amplo, entende função como sinônimo de atribuição ou conjunto de atribuições, desempenhadas por qualquer agente público, independente de cargo ou emprego. Outro sentido é o materializado na referência constante no inciso V deste artigo 37, adiante comentado, tocante às funções de confiança exercidas por titulares de cargo efetivo. Por derradeiro, também se reconhece o exercício de função pública no caso das contratações temporárias efetivadas com fundamento no art. 37, inciso IX, em razão de excepcional interesse público. Há, em todo o texto constitucional, normas que utilizam a expressão tratada nos três sentidos referidos, o que exige a atenção do intérprete em cada situação.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 826)

► **Ao lado do cargo e do emprego, que têm uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então, em função.**

“A função abrangia, antes da atual Constituição, pelo menos, duas modalidades diversas: 1. a de chefia, assessoramento, direção e tantas outras, remuneradas, normalmente, mediante acréscimos pecuniários ao padrão do funcionário, sob os mais variados títulos, como pro labore, representação, gratificação, função gratificada; 2. a exercida, antes da atual Constituição, pelos chamados servidores extranumerários, interinos, temporários e que compunham um quadro de funções paralelo ao quadro de cargos; normalmente essas funções tinham a mesma denominação, a mesma remuneração e idênticas atribuições dos cargos correspondentes, porém eram de livre provimento e exoneração, não conferindo estabilidade àqueles que as exerciam; sempre serviram aos propósitos de apadrinhamento próprios da Administração Pública brasileira, em todos os tempos. Era uma forma de atender às exigências do serviço público, criando-se a função sem criar-se o cargo; com isso, contornava-se a exigência constitucional de concurso público para a investidura.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 373)

► **Perante a Constituição atual, quando se fala em função, deve-se ter em vista dois tipos de situações.**

“1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no art. 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento. Assim, a Lei 8.112/1990 definia, no art. 233, § 3.º, as hipóteses em que o concurso era

dispensado; esse dispositivo foi revogado pela Lei 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que agora disciplina a matéria, com as alterações posteriores; 2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da EC 19/1998, que “as funções de confiança serão 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.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 374)

► **Função de confiança distingue-se de cargo em comissão pelo fato de aquela não titularizar cargo público.**

“Função de confiança distingue-se de cargo em comissão pelo fato de aquela não titularizar cargo público. Demais disso, se função nada mais é que atribuição ou conjunto de atribuições inerentes a todos os servidores públicos, função de confiança é o plexo de atribuições conferidas a determinado funcionário de carreira em razão de vínculo existente entre o Chefe do Executivo e o titular de cargo efetivo. Essas são as funções, permanentes e de livre escolha e exoneração, referidas no inciso V do art. 37 da CF, que em nada se aproximam das funções temporárias previstas no inciso IX. Para estas seria incompreensível a exigência de concurso público, pois se destinam a suprir necessidades temporárias e excepcionais, geralmente urgentes, incompatíveis com a demora de realização de concurso. Destinam-se, em última análise, a suprir uma insuficiência de pessoal, o que explica o porquê da dispensa de seleção pública.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Servidores Públicos, 2ª edição, Editora Malheiros, 2008, p. 51)

► **Sentidos da expressão “função pública”.**

“Resta verificar que tratamento o ordenamento constitucional dispensa às funções públicas. Um primeiro sentido, demasiado amplo, entende função como sinônimo de atribuição ou conjunto de atribuições, desempenhadas por qualquer agente público, independentemente de cargo ou emprego. Outro sentido é o materializado na referência constante no inciso V deste artigo 37, adiante comentado, no tocante às funções de confiança exercidas exclusivamente por titulares de cargo efetivo. Por derradeiro, também se reconhece o exercício de função pública no caso das contratações temporárias efetivadas com fundamento no artigo 37, inciso IX, em razão de excepcional interesse público. Há, em todo o texto constitucional, normas que utilizam a expressão tratada nos três sentidos referidos, o que exige atenção do intérprete em cada situação.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, MOTTA, Fabrício, FERRAZ, Luciano de Araújo. Servidores públicos na Constituição Federal. 3ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p.19)

► **A função pública pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo.**

“A função pública pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo de

trabalho em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargos, pois somente detêm funções.” (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 20ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 323)

► **Nem toda função pública implica exercício de cargo**

“Nem toda função pública implica exercício de cargo. Por exemplo: exercem funções públicas os contratados por tempo determinado nos termos do art. 37, IX, da CF, os antigos admitidos a título precário. Nem todas as funções são criadas por lei, em número certo; muitas decorrem das atividades típicas de cada órgão ou ente administrativo, sem número determinado; por vezes existem tabelas de lotação de pessoal para cada órgão, como atos internos, nas quais são listadas as funções de modo quantificado, em número suficiente para o órgão realizar suas atribuições legais. Por outro lado, há funções cujo exercício pressupõe vínculo com a Administração, como ocorre com as funções gratificadas, funções da carreira docente e funções de chefia acadêmica em faculdades e universidades públicas.” (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 20ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 323)

■ **Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material. (Repercussão geral reconhecida com mérito julgado)**

“Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material. Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.” [RE 898.450, rel. min. Luiz Fux, j. 17-8-2016, P, DJE de 31-5-2017, Tema 838.]

► **Não é permitido ao regulamento, ao edital ou a qualquer ato administrativo criar outras condições de acesso que não essas definidas em lei.**

Como adverte Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não é permitido “ao regulamento, ao edital ou a qualquer ato administrativo criar outras condições de acesso que não essas definidas em lei” Ademais disso, a lei que disciplinar o tema deverá ter derivado de projeto do Chefe do Poder Executivo, o qual é titular de iniciativa exclusiva em tais assuntos (CF/1988, art. 61, § 1.º, II, a). (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 13ª. ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 734)

► **Requisitos não previstos em lei fere o inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que diz respeito ao direito ao livre exercício de profissão.**

A Constituição Federal estabeleceu no inciso XIII do art. 5º o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, in verbis: Art. 5º [...]. XIII—é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Dessa forma, consagrou-se o direito ao livre exercício de profissão como norma constitucional de eficácia contida, pois previu a possibilidade de edição de lei que estabeleça as qualifi-

cações necessárias a seu exercício. Cita-se, a título de exemplo, a Lei nº 7.498/86, de 25 de junho de 1986, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da Enfermagem e dá outras providências, a habilitação para o exercício profissional de enfermagem, tanto na área privada, quanto na pública, independentemente de qualquer tipo de especialização, bastando apenas inscrição do graduado em enfermagem no Conselho Regional de Classe. De acordo com a Constituição Federal somente a lei-ato normativo emanado do Poder Legislativo-pode regular o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, sendo essa atribuição indelegável a qualquer outro Poder. Sendo assim, um edital que regula o concurso público, que é um ato administrativo, jamais poderia criar uma regra que contraria o disposto na Lei nº Lei nº 7.498/86, que regula a Profissão de Enfermagem, e tem abrangência nacional. A questão é bem simples, se a Lei nº 7.498/86 diz que para o exercício da profissional de enfermagem basta que o graduado se inscreva no Conselho Regional de Classe, não pode um edital impedir o exercício dessa profissão no serviço público exigindo uma qualificação não elencada pela lei. Como se vê, tal exigência editalícia além de violar aos princípios da legalidade e da razoabilidade, também impede o livre exercício da profissão de enfermeiro ao barrar determinados candidatos de ingressarem no serviço público.

▣ Controle concentrado de constitucionalidade. Lei orgânica do Distrito Federal que veda limite de idade para ingresso na administração pública

“Lei orgânica do Distrito Federal que veda limite de idade para ingresso na administração pública. Caracterizada ofensa aos arts. 37, I, e 61, § 1º, II, c, da CF, iniciativa do chefe do Poder Executivo em razão da matéria – regime jurídico e provimento de cargos de servidores públicos. Exercício do poder derivado do Município, Estado ou Distrito Federal. Caracterizado o conflito entre a lei e a CF, ocorrência de vício formal.” [ADI 1.165, rel. min. Nelson Jobim, j. 3-10-2001, P, DJ de 14-6-2002.] = ADI 2.873, rel. min. Ellen Gracie, j. 20-9-2007, P, DJ de 9-11-2007.

▣ Não é possível criar requisito de acesso ao cargo por meio do edital.

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL CONCURSO PÚBLICO CARGO DE CIRURGIÃO DENTISTA DESCLASSIFICAÇÃO DO APELANTE – EXIGÊNCIA DE ESPECIALIDADE REQUISITO NÃO PREVISTO NA LEI INSTITUIDORA DO CARGO OU REGULAMENTADORA DA PROFISSÃO IMPOSSIBILIDADE PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CF, ART. 37, INC. I – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1) Embora o Edital nº 001/2011, em seu Anexo I, indique como escolaridade exigida para a função de cirurgião dentista/buco-maxilo, além de curso superior completo em Odontologia e registro no Conselho Regional de Classe, o título de especialista na área a que concorre (fl. 39), esta última exigência não encontra ressonância na legislação federal e municipal que disciplina a matéria. 2) A Lei Municipal nº 1.824/1995, que estabelece o plano de carreira e vencimentos dos servidores do Município da Serra, ao instituir o cargo de Técnico de Nível Superior, predestinou-o a executar atividades de exigência de formação especializada em nível superior nos termos da legislação e das normas relacionadas a sua atividade profissional, no âmbito da administração pública municipal, responsabilizando-se tecnicamente pelo serviço inerente a sua função, ao passo que a

Lei Federal nº 5.081/1966, que regulamenta o exercício da Odontologia em território nacional, assegura aos cirurgiões-dentistas habilitados em curso superior e inscritos no Conselho Regional de Odontologia sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade, a prerrogativa de praticar todos os atos pertinentes a Odontologia, decorrentes de conhecimentos adquiridos em curso regular ou em cursos de pós-graduação (art. 6º, inciso I). 3) O cargo público, como nos esclarece José dos Santos Carvalho Filho, é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente. 4) Essa necessidade dos requisitos de acesso aos cargos públicos virem expressamente previstos em lei, além de ínsita ao princípio republicano, é expressão direta dos princípios da legalidade e da impessoalidade, pois se a res é pública e a todos pertencem, em idêntica proporção, somente aos titulares do poder, através de seus legítimos representantes, é dado estabelecer as condições de ingresso no serviço público, sob pena de se outorgar ao administrador discricionariedade incompatível com as vigas mestras de nossa ordem constitucional e com a previsão contida no art. 37, inc. I, de nossa Carta Maior. 5) Não estivessem os requisitos de acesso previamente delineados em lei da entidade a quem pertença o cargo, o administrador estaria liberto de peias jurídicas para estabelecê-los no edital do certame, podendo, ainda que a pretexto de escolher o candidato mais qualificado, recrudescer de tal forma as exigências que o universo de possíveis candidatos restasse plenamente identificável, em descompasso com o princípio da impessoalidade. 6) Como a legislação que regulamenta a matéria não contempla a exigência que justificou a desclassificação do apelante para o cargo no qual ele restou aprovado, falece o instrumento convocatório do certame ou qualquer outro ato normativo subalterno da prerrogativa de instituir validamente dita exigência, sob pena de invadir competência privativa alheia, reservada ao legislador ordinário. Precedentes desta egrégia Corte. 7) Uma vez que a exigência administrativa não encontra suporte na lei instituidora do cargo e nem naquela que regulamento o exercício da profissão no território nacional, não se tem dúvidas em proclamar sua nulidade, na esteira da orientação deste egrégio Tribunal, determinando a nomeação do apelante, aprovado dentro do número de vagas disponibilizado pelo Edital nº 001/2011. 8) Recurso conhecido e provido. 1. in Manual de Direito Administrativo. 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p 406.” (TJES, Classe: Apelação, 048120017511, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/04/2018, Data da Publicação no Diário: 04/05/2018)

ART. 37, II, CF – 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.

INVESTIDURA

► Investidura e provimento: divergências doutrinárias.

“Não há consenso entre os doutrinadores na definição de investidura. José dos Santos Carvalho Filho, baseando-se na lição de José Cretella Júnior, entende que a investidura “retrata uma operação complexa, constituída de atos do Estado e do interessado, para permitir o legítimo provimento do cargo público”. Ela exige o provimento, a posse e o exercício. Hely Lopes Meirelles fala apenas em investidura, sem qualquer referência a provimento. Para o autor, “todo agente público vincula-se ao Estado por meio de ato ou procedimento legal a que se denomina investidura, variável na forma e nos efeitos, segundo a natureza do cargo, do emprego, da função ou do mandato que se atribui ao investido”. O jurista distingue diferentes modalidades de investidura: administrativa (que vincula o agente a cargo, função ou mandato administrativo) e política (a que se realiza, em regra, por eleição direta ou indireta, mediante sufrágio universal); originária (que vincula inicialmente o agente ao Estado, como ocorre com a nomeação) e derivada (que decorre de vínculo anterior com a Administração, como ocorre com a promoção, a transferência, a remoção, a reintegração etc.); vitalícia (que tem caráter perpétuo e cuja destituição depende de sentença judicial), efetiva (que tem pressuposto de definitividade, para tornar o agente estável no serviço público e cuja destituição depende de processo administrativo ou sentença judicial) e em comissão (de natureza transitória, para cargos ou funções de confiança, sendo o agente exonerável ad nutum). Como se verifica, o autor utiliza o vocábulo investidura no mesmo sentido que outros falam em provimento. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, investidura “é o ato pelo qual o servidor se imite na condição de titular de cargo público para o qual foi nomeado ou ao qual ascendeu”. Ainda segundo a autora, “a investidura decorre do ato de provimento, e é ele que aperfeiçoa o vínculo que ata, funcionalmente, o servidor à entidade estatal que tem, em sua administração, o cargo para o qual se dá a suprir e a ter as suas funções desenvolvidas”. Segundo a autora, a investidura ocorre quando o servidor, depois de praticado o ato de provimento, toma posse do cargo. Em outro ponto da obra, ela distingue o provimento da investidura, dizendo que o primeiro diz respeito ao cargo e o segundo, ao agente: “o cargo é provido e o agente é investido na condição de seu titular”. Para ela, “o provimento de cargo, função ou emprego público tem dupla face em sua caracterização jurídico-administrativa: pelo lado do agente, traduz ou determina a outorga que lhe é feita de desempenhar o conjunto de atribuições inerentes ao cargo, função ou emprego público; vislumbrando-se a partir do cargo ou

do emprego, significa a definição administrativa daquele agente que o titulariza, quer dizer, que se põe como seu titular para o desenvolvimento das atividades que lhe são inerentes na forma da lei.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de Direito Administrativo*, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 381)

► **Distinção entre os institutos.**

“Pelo ato de provimento (nomeação ou promoção, por exemplo), é designado o servidor que vai ocupar o cargo; pela investidura (posse e exercício), o servidor público passa a ocupar o cargo, vinculando-se à entidade estatal que praticou o ato de provimento. Essa distinção decorre, implicitamente, dos conceitos adotados na Lei 8.112, de 11.12.1990. Pelo art. 6.º, “o provimento dos cargos públicos far-se-á mediante ato da autoridade competente de cada Poder”. Pelo art. 7.º, “a investidura em cargo público ocorrerá com a posse”. Portanto, o provimento é ato do Poder Público, enquanto a investidura é ato do servidor.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de Direito Administrativo*, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 382)

► **A investidura pode ser em caráter efetivo, vitalício e em comissão.**

“Tanto a investidura como o provimento podem ser qualificados como efetivos (feitos por concurso público, dando direito à estabilidade se cumpridos os requisitos exigidos para o estágio probatório, com a garantia de que a perda do cargo depende de procedimentos previstos na Constituição), vitalícios (por concurso ou sem ele, nas hipóteses previstas na Constituição, com a garantia de que a destituição somente ocorrerá por sentença judicial transitada em julgado) ou em comissão (quando provido sem concurso público e sem qualquer garantia de permanência no cargo, uma vez que a exoneração pode ser feita a critério da Administração). Os três qualificativos somente se aplicam ao provimento ou à investidura em cargos e não aos empregos (porque nestes, embora providos por concurso público, não dão direito à estabilidade), nem às funções (já que não dependem de concurso público nem dão direito à estabilidade).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de Direito Administrativo*, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 382/383)

► **Embora os autores em geral tratem da investidura e do provimento em relação ao cargo, na realidade, o dispositivo fala em investidura no cargo ou emprego público.**

“Embora os autores em geral tratem da investidura e do provimento em relação ao cargo, na realidade, o dispositivo fala em investidura no cargo ou emprego público. E também não há razão para deixar de falar em investidura em função. A norma do art. 37, II, não se refere a função porque para esta não há exigência de concurso público. Contudo, nas três situações, existe um ato de provimento e um ato de investidura, abrangendo a posse e o exercício. O que muda é o tipo de ato de provimento que designa o servidor: pode ser a nomeação (para cargo), a contratação (para o emprego público e para a função temporária) e a designação ou outro ato semelhante (para a função de confiança).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de Direito Administrativo*, Volume 2, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 382)

► **O inc. II do art. 37 menciona investidura em cargo ou emprego, omitindo função pública.**

“Ficaria estranho, ante o espírito da Constituição Federal e os princípios da Administração aí consagrados, que a investidura em função escapasse à exigência de concurso. Surgiu entendimento no sentido de que só existiria função no caso de contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista no inc. IX do art. 37; portanto, o acesso a essa contratação independeria de aprovação em concurso público. Todos os demais vínculos seriam cargos e empregos, com investidura condicionada à aprovação em concurso público, ressalvados os cargos em comissão. No entanto, há casos de contratos de pessoal que não são regidos pela CLT, nem se inserem no referido inc. IX; trabalho realizado em virtude desses contratos qualifica-se como função pública, sem dúvida; e, ante os princípios da igualdade e da moralidade administrativa, tais contratações só podem se efetuar com pessoas habilitadas em concurso público.” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 20ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 324)

CONCURSO PÚBLICO

► **O que é o concurso público?**

“O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. Malheiros, 2016, p. 542)

■ **O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II).**

“A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o poder público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros.” [ADI 2.364 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-8-2001, P, DJ de 14-12-2001.] = ADI 2.113, rel. min. Cármen Lúcia, j. 4-3-2009, P, DJE de 21-8-2009

► **Segundo o art. 37, II, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo o cargo em comissão.**

“A exigência de concurso público para ascender a postos de trabalho no setor público atende, principalmente, ao princípio da igualdade e ao princípio da moralidade administrativa. Para os concursos públicos no âmbito da Administração Federal, direta e indireta, a Lei 12.990, de 09.06.2014, determina reserva, aos negros, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas para provimento de cargos efetivos e empregos públicos. A reserva de vagas se aplica nos casos em que o número de vagas for igual ou superior a 3 (três). Referida Lei fixa outras diretrizes a respeito.” (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 20ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 324)

► **Os incisos I e II do artigo da CF quando estipula que “a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público” está a se referir, de modo exclusivo, ao provimento originário e autônomo que tecnicamente se denomina nomeação.**

“Os preceitos atinentes à acessibilidade e ao concurso público, estabelecidos nos incisos I e II do art. 37, comportam a seguinte observação. Embora, o art. 37, II, estabeleça que “a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público”, obviamente, está a se referir, de modo exclusivo, ao provimento originário e autônomo, que tecnicamente se denomina nomeação. Isto é: ao provimento que independe de qualquer relação anterior que o eventual candidato à investidura tenha ou haja tido com o serviço público. Isto porque inúmeras outras formas de provimento prescindem de concurso público, pois a investidura no cargo procede de alguma anterior relação que o provido tem ou teve com o serviço público.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime dos servidores da administração direta e indireta (Direitos e deveres), 11ª edição, Editora Malheiros, 1991, p. 55)

► **O direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, às posições públicas estáveis.**

“O princípio isonômico, em apertada síntese, determina um equânime tratamento dos cidadãos, de acordo com sua situação pessoal, não havendo amparo para tratamento injustificadamente privilegiado ou desfavorecido por parte do Estado. A dimensão do princípio que ora se encarece é a igualdade de oportunidade, de todos, na disputa por cargos e empregos públicos. Em conclusão parcial, é possível afirmar que o direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, aos cargos e empregos públicos, é decorrente do regime republicano-democrático e do princípio da igualdade.)” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 829)

► **A realização de certame competitivo, prévio ao acesso aos cargos e empregos públicos, objetiva realizar os princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente os princípios da democracia e isonomia.**

“A realização de certame competitivo, prévio ao acesso aos cargos e empregos públicos, objetiva realizar os princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente os princípios da democracia e isonomia, e efetiva-se por meio de processo administrativo. Utilizando este mecanismo, são atendidas também as exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada. O acesso aos cargos e empregos públicos deve ser amplo e democrático, precedido de um procedimento impessoal onde se assegurem igualdade de oportunidades a todos interessados em concorrer para exercer os encargos oferecidas pelo Estado, a quem incumbirá identificar e selecionar os mais adequados, mediante critérios objetivos.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 830)

■ **A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia**

“A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da Carta Federal, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal. Precedentes: ADI 498, rel. min. Carlos Velloso (DJ de 9-8-1996), e ADI 208, rel. min. Moreira Alves (DJ de 19-12-2002), entre outros. [ADI 100, rel. min. Ellen Gracie, j. 9-9-2004, Plenário, DJ de 1º-10-2004.] = RE 356.612 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 31-8-2010, 2ª T, DJE de 16-11-2010. Vide ADI 3.609, rel. min. Dias Toffoli, j. 5-2-2014, P, DJE de 30-10-2014

► **Quando a Constituição fala em concurso público ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados, ficando vedados os chamados concursos internos.**

“Quando a Constituição fala em concurso público, ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados, ficando vedados os chamados concursos internos, só abertos a quem já pertence ao quadro de pessoal da Administração Pública. Daí não terem mais fundamento algumas formas de provimento, sem concurso público, previstas na legislação ordinária anterior à Constituição de 1988, como a transposição (ou ascensão) e a readmissão.” (PIETRO, DI, Maria Zanella. Direito Administrativo, 31ª edição. Forense, 03/2018. P. 718-724)

► **Existe concurso público apenas para função?**

“Uma dúvida que pode ensejar a norma do artigo 37, II, é sobre a razão de o dispositivo mencionar a exigência de concurso público apenas para cargo ou emprego público, deixando de lado as funções. José Afonso da Silva (2003:659), comentando

esse preceito, diz que “deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para admissão às funções (autônomas) referidas no artigo 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões a funções autônomas sempre foram fontes de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursados”. Permitimo-nos discordar do jurista por entendermos que função, em paralelo a cargo e emprego, só existirá para os contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, nos termos do artigo 37, IX, e para funções de confiança, de livre provimento e exoneração. Pelo inciso V, na nova redação, essas funções de confiança somente são possíveis nas atribuições de direção, chefia e assessoramento. (...) Com relação às funções de confiança, também não se justifica o concurso público, apenas exigindo a Constituição, no artigo 37, V, que sejam exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e que se limitem às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Essa exigência, que decorre de alteração introduzida nesse inciso pela Emenda Constitucional no 19, impede que pessoas estranhas aos quadros do funcionalismo sejam admitidas para funções de confiança. Do mesmo modo, não se justifica o concurso para os cargos em comissão, tendo em vista a ressalva contida na parte final do inciso II, e a norma do inciso V, que, com a redação dada pela Emenda Constitucional no 19, exige apenas que os mesmos sejam preenchidos “por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei”. Isto significa que a lei que vier a disciplinar esse dispositivo deverá assegurar que um mínimo de cargos em comissão seja ocupado por servidores de carreira.” (PIETRO, DI, Maria Zanella. *Direito Administrativo*, 31ª edição. Forense, 03/2018. P. 718-724)

► Concurso público de provas ou de provas e títulos

“A configuração do concurso como de provas ou de provas e títulos deverá ser feita, nos termos do dispositivo constitucional, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei. A lei a que se refere é a lei de criação dos cargos ou empregos, ou ainda o diploma que tratar do regime jurídico respectivo. Em qualquer situação, a previsão legal deverá ser razoável, mantendo relação harmônica com as atribuições que serão desempenhadas pelo agente público.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013, p. 831)

► Não é o tipo de certame que propicia a estabilidade, mas o tipo de cargo: o cargo de provimento efetivo.

“Há um raciocínio segundo o qual quem presta concurso público terá direito à aquisição de estabilidade após três anos de trabalho; porém, os termos da redação atual do art. 41, caput, tornam claro que somente os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo podem adquirir estabilidade, porque reza o seguinte: “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”. Em virtude dessa associação entre concurso público e estabilidade, muitos órgãos e entes administrativos passaram a denominar processo seletivo público os certames para contratar pela CLT ou para outro tipo de

contrato, reservando a locução concurso público para os cargos de provimento efetivo. Na verdade, não é o tipo de certame que propicia a estabilidade, mas o tipo de cargo, o cargo de provimento efetivo, como é mencionado no art. 41, caput; contrato algum possibilita aquisição de estabilidade. Por outro lado, o caput do art. 41 usa o termo “efetivo” e usa o termo “nomeados”, típicos do desempenho de cargo de provimento efetivo, pois inexistem contratos efetivos e inexistente nomeação em vínculo contratual.” (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 20ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 325)

► **Obrigatoriedade da aprovação prévia em concurso público**

“Há obrigatoriedade da aprovação prévia em concurso público, que vem a ser um certame seletivo de provas ou de provas e títulos, indispensável para qualquer investidura em cargo e emprego público, sem exceções, salvo as previstas na própria Constituição. É a institucionalização do sistema do mérito e a sacralização da impessoalidade no recrutamento de servidores públicos (CF, art. 37, II). O concurso, formalmente considerado, vem a ser um procedimento declaratório de habilitação individual à investidura, que obedece a um ato inicial de convocação de interessados, o edital, ao qual se vinculam todos os atos posteriores do certame, e se perfaz através de provas ou de provas e de títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, não sendo permitido ao regulamento, ao edital ou a qualquer ato administrativo criar outras condições de acesso que não essas definidas na lei.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 16ª. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 327)

■ **Na contratação de empregado para prestação de serviços de assessoria jurídica que sejam inerentes às atividades finalísticas da entidade, deve ser promovido o devido concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da CF/1988.**

Na contratação de empregado para prestação de serviços de assessoria jurídica que sejam inerentes às atividades finalísticas da entidade, deve ser promovido o devido concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da CF/1988. (Acórdão 2124/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER)

■ **Distinção do serviço a ser contratado para saber se é caso de se adotar a licitação ou o concurso público.**

No âmbito dos conselhos de fiscalização profissional, a celebração de contratos de serviços de assistência jurídica que não integram o rol das atribuições finalísticas da instituição deve-se dar mediante o devido e prévio procedimento licitatório (art. 2º da Lei 8.666/1993). Os serviços de assessoria jurídica que sejam inerentes às atividades finalísticas da entidade devem ser prestados por empregados admitidos por meio do devido concurso público (art. 37, inciso II, da Constituição Federal). (Acórdão 1797/2017-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER)

■ **No mesmo sentido:** No âmbito dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, a contratação de empregados para prestação dos serviços de

assessoria jurídica que sejam inerentes às atividades finalísticas da entidade deve ocorrer por meio de concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Para a celebração de contratos de serviços de assistência jurídica que não integram o plexo das atribuições finalísticas da instituição, cabe promover prévio procedimento licitatório, com fundamento no art. 2º da Lei 8.666/1993. (Acórdão 600/2017-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER)

O preenchimento de vagas existentes no quadro de pessoal dos conselhos de fiscalização profissional deve observar a regra do prévio concurso público

O preenchimento de vagas existentes no quadro de pessoal dos conselhos de fiscalização profissional deve observar a regra do prévio concurso público, em cumprimento ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal e à Súmula 231 da Jurisprudência do TCU. (Acórdão 1618/2007-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER)

Os conselhos de fiscalização profissional devem observar as disposições do art. 37, inciso II, da Constituição Federal e da Súmula TCU 231, promovendo a nulidade das admissões efetuadas, a partir de 18/5/2001, com inobservância da realização de concurso público.

Os conselhos de fiscalização profissional devem observar as disposições do art. 37, inciso II, da Constituição Federal e da Súmula TCU 231, promovendo a nulidade das admissões efetuadas, a partir de 18/5/2001, com inobservância da realização de concurso público. (Acórdão 5726/2017-Primeira Câmara | Relator: WEDER DE OLIVEIRA)

NATUREZA E COMPLEXIDADE DO CARGO OU FUNÇÃO

► A validade dos requisitos de participação e dos critérios de julgamento depende da sua adequação e necessidade diante das virtudes desejáveis para o futuro servidor público.

“A validade dos requisitos de participação e dos critérios de julgamento depende da sua adequação e necessidade diante das virtudes desejáveis para o futuro servidor público, tal como da compatibilidade da exigência com os valores constitucionais fundamentais. É impossível afirmar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma exigência sem examinar as circunstâncias. Toda exigência apresenta cunho de instrumentalidade, no sentido de que se relaciona com determinados fins buscados. Se esse vínculo de instrumentalidade for defeituoso por inadequação ou excesso, haverá infração ao princípio da isonomia. Por isso, é impossível afirmar que a vedação à participação em concurso público a uma pessoa portadora de deficiência visual será necessariamente inconstitucional. Isso dependerá da natureza das atribuições inerentes ao cargo. Haverá situações em que o desempenho da competência própria do cargo pressuporá a existência de certas habilidades físicas ou de outras condições materiais ou imateriais, mas, em todo caso, não poderá o Estado furtar-se ao princípio da motivação. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 13ª. ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 732)

► **A configuração do concurso como de provas ou de provas e títulos deverá ser feita, nos termos do dispositivo constitucional, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.**

“A lei a que se refere é a lei de criação dos cargos ou empregos, ou ainda o diploma que tratar do regime jurídico respectivo. Em qualquer situação, a previsão legal deverá ser razoável, mantendo relação harmônica com as atribuições que serão desempenhadas pelo agente público.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 831)

► **A admissão de pontuação por títulos deve ser feita para cargos e empregos cujas atribuições recomendem experiência ou qualificação pessoal anterior necessária para o eficiente exercício de tais atribuições.**

“A admissão de pontuação por títulos deve ser feita para cargos e empregos cujas atribuições recomendem experiência ou qualificação pessoal anterior necessária para o eficiente exercício de tais atribuições, como ocorre com os cargos de professor, promotor de justiça, juiz de direito etc. Não é razoável admitir avaliação dos títulos quando as atividades a serem desempenhadas forem simples, repetitivas, sem demandar um grau mínimo de complexidade e formação. De qualquer maneira, os títulos aceitos e a valoração respectiva devem ser previstos com antecedência na lei ou no edital de concurso. A jurisprudência tem entendido que “coaduna-se com o princípio da razoabilidade constitucional conclusão sobre a circunstância de a pontuação dos títulos apenas servir à classificação do candidato, jamais definindo aprovação ou reprovação.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 831)

► **A admissão de pontuação por títulos deve ser feita para cargos e empregos cujas atribuições recomendem experiência ou qualificação pessoal anterior necessária para o eficiente exercício de tais atribuições, como ocorre com os cargos de professor, promotor de justiça, juiz de direito etc.**

“Não é razoável admitir avaliação dos títulos quando as atividades a serem desempenhadas forem simples, repetitivas, sem demandar um grau mínimo de complexidade e formação. De qualquer maneira, os títulos aceitos e a valoração respectiva devem ser previstos com antecedência na lei ou no edital de concurso. A jurisprudência tem entendido que “coaduna-se com o princípio da razoabilidade constitucional conclusão sobre a circunstância de a pontuação dos títulos apenas servir à classificação do candidato, jamais definindo aprovação ou reprovação.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 831)

BURLAS AO INSTITUTO DO CONCURSO

▣ **O instituto do acesso é incompatível com o princípio da ampla acessibilidade, preconizado pelo art. 37, II, da Constituição.**

“A Lei 10.961/1992 do Estado de Minas Gerais autoriza que cargos sujeitos a preenchimento por concurso público sejam providos por “acesso”, ficando preferencialmen-

te destinados a categoria de pretendentes que já possui vínculo com a administração estadual. Com tal destinação, o instituto do acesso é, portanto, incompatível com o princípio da ampla acessibilidade, preconizado pelo art. 37, II, da Constituição.” [ADI 917, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 6-11-2013, P, DJE de 30-10-2014.]

❑ **A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, I e II, da Constituição da República.**

“Criação de quadro de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário e sua inserção na estrutura organizacional de secretaria de estado. (...) A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, I e II, da Constituição da República.” [ADI 2.113, rel. min. Cármen Lúcia, j. 4-3-2009, P, DJE de 21-8-2009.]

❑ **Sob o rótulo de reestruturação da carreira na Secretaria da Fazenda, procedeu-se, na realidade, à instituição de cargos públicos, cujo provimento deve obedecer aos ditames constitucionais.**

“Provimento derivado de cargos. (...) Dispositivos legais impugnados que afrontam o comando do art. 37, II, da CF, o qual exige a realização de concurso público para provimento de cargos na administração estatal. Embora sob o rótulo de reestruturação da carreira na Secretaria da Fazenda, procedeu-se, na realidade, à instituição de cargos públicos, cujo provimento deve obedecer aos ditames constitucionais.” [ADI 3.857, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 18-12-2008, P, DJE de 27-2-2009.]

❑ “É inconstitucional a lei que autoriza o sistema de opção ou de aproveitamento de servidores federais, estaduais e municipais sem que seja cumprida a exigência de concurso público.” [ADI 980, rel. min. Menezes Direito, j. 6-3-2008, P, DJE de 1º-8-2008.] = ADI 3.552, rel. min. Roberto Barroso, j. 17-3-2016, P, DJE de 14-4-2016

❑ **A conversão automática dos cargos de procurador do tribunal de contas dos Municípios para os de procurador de justiça – cuja investidura depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos – ofende também o art. 37, II, do Texto Magno.**

“Segundo precedente do STF (ADI 789/DF), os procuradores das cortes de contas são ligados administrativamente a elas, sem qualquer vínculo com o Ministério Público comum. Além de violar os arts. 73, § 2º, I, e 130 da CF, a conversão automática dos cargos de procurador do tribunal de contas dos Municípios para os de procurador de justiça – cuja investidura depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos – ofende também o art. 37, II, do Texto Magno.” [ADI 3.315, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 6-3-2008, P, DJE de 11-4-2008.]

❑ **Não guarda consonância com o texto da Constituição do Brasil o preceito que dispõe sobre a possibilidade de “reinclusão” do servidor que se desligou voluntariamente do serviço público**

“Não guarda consonância com o texto da Constituição do Brasil o preceito que dispõe sobre a possibilidade de “reinclusão” do servidor que se desligou voluntariamente do serviço público. O fato de o militar licenciado ser considerado “adido especial” não autoriza seu retorno à corporação. O licenciamento consubstancia autêntico desligamento do serviço público. O licenciado não manterá mais qualquer vínculo com a administração. O licenciamento voluntário não se confunde o retorno do militar reformado ao serviço em decorrência da cessação da incapacidade que determinou sua reforma. O regresso do ex-militar ao serviço público reclama sua submissão a novo concurso público [art. 37, II, da CF/1988]. O entendimento diverso importaria flagrante violação da isonomia [art. 5º, I, da CF/1988].” [ADI 2.620, rel. min. Eros Grau, j. 29-11-2007, P, DJE de 16-5-2008.]

❑ **Não cabimento da transposição de servidores ocupantes de distintos cargos para o de defensor público no âmbito dos Estados-membros**

“Afronta ao disposto no art. 37, II, e art. 134, § 1º, da Constituição do Brasil. (...) Servidores estaduais integrados na carreira de defensor público estadual, recebendo a remuneração própria do cargo de defensor público de primeira classe, sem o prévio concurso público. Servidores investidos na função de defensor público, sem especificação do modo como se deu a sua investidura, e ocupantes dos cargos de assistente jurídico de penitenciária e de analista de justiça. A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia. Não cabimento da transposição de servidores ocupantes de distintos cargos para o de defensor público no âmbito dos Estados-membros. (...) O servidor investido na função de defensor público até a data em que instalada a Assembleia Nacional Constituinte pode optar pela carreira, independentemente da forma da investidura originária [art. 22 do ADCT].” [ADI 3.819, rel. min. Eros Grau, j. 24-10-2007, P, DJE de 28-3-2008.] = Rcl 16.950, rel. min. Cármen Lúcia, j. 1º-12-2015, 2ª T, DJE de 18-12-2015

❑ **O STF firmou sólida jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da CF rejeita qualquer burla à exigência de concurso público.**

“O STF firmou sólida jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da CF rejeita qualquer burla à exigência de concurso público. Há diversos precedentes em que a tônica é a absoluta impossibilidade de se afastar esse critério de seleção dos quadros do serviço público (cf. ADI 2.689, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, j. 9-10-2003; ADI 1.350 MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 27-9-1995; ADI 980 MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 3-2-1994); ADI 951, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 18-11-2004), até mesmo restringindo possíveis ampliações indevidas de exceções contidas na própria Constituição, a exemplo do disposto no art. 19 do ADCT (cf. ADI 1.808 MC, rel. min. Sydney Sanches, Pleno, j. 1º-2-1999). O rigor na interpretação desse dispositivo constitucional impede inclusive formas de provimento derivado de cargo público, por

ascensão interna.” [ADI 3.434 MC, voto do rel. min. Joaquim Barbosa, j. 23-8-2006, P, DJ de 28-9-2007.]

❑ **Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.**

“Não procede a alegação de que a OAB se sujeita aos ditames impostos à administração pública direta e indireta. 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. 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”. 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. (...) Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o art. 37, II, da Constituição do Brasil ao caput do art. 79 da Lei 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.” [ADI 3.026, rel. min. Eros Grau, j. 8-6-2006, P, DJ de 29-9-2006.]

❑ **É inconstitucional a chamada investidura por transposição.**

“É inconstitucional a chamada investidura por transposição.” [ADI 3.332, rel. min. Eros Grau, j. 30-6-2005, P, DJ de 14-10-2005.] = RE 565.603 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 27-10-2009, 1ª T, DJE de 27-11-2009

❑ **Não se aplica o prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/99 para a Administração rever atos irregulares de transposição de empregados públicos.**

Não se aplica o prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/99 para a Administração rever atos irregulares de transposição de empregados públicos, demitidos de empresa extinta e reintegrados por decisão judicial, do regime celetista para o estatutário, pois em situações de inconstitucionalidade o STF entende inaplicável o mencionado dispositivo. Nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, o acesso a cargo público somente pode ocorrer por meio de concurso público. (Acórdão 1292/2016-Primeira Câmara | Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO)

❑ **A vigente ordem constitucional não mais tolera a transferência ou o aproveitamento como formas de investidura que importem no ingresso de cargo ou emprego público sem a devida realização de concurso público de provas ou de provas e títulos.**

“Conforme sedimentada jurisprudência deste Supremo Tribunal, a vigente ordem constitucional não mais tolera a transferência ou o aproveitamento como formas de investidura que importem no ingresso de cargo ou emprego público sem a devida realização de concurso público de provas ou de provas e títulos.” [ADI 2.689, rel. min. Ellen Gracie, j. 9-10-2003, P, DJ de 21-11-2003.] = ADI 97, rel. min. Moreira Alves, j. 25-6-1993, P, DJ de 22-10-1993.

▣ **Aproveitamento de servidores. Não submissão a concurso público. Ofensa ao CF 37 II.**

“É materialmente inconstitucional o LE-DF 1626/97 3.º, porquanto ele determina que, nos novos cargos de fiscal tributário, haja o aproveitamento dos servidores dos cargos extintos de técnico tributário, sem, portanto, a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos como exige, para a investidura, que não mais se limita à primeira, de cargo ou emprego público, o disposto no CF 37 II, que, nesse ponto, a EC 19/98 o manteve como redigido originariamente, razão por que pode servir de parâmetro para a aferição da inconstitucionalidade em causa. ADIn que se julga procedente, para se declarar a inconstitucionalidade da L 1626, de 11.9.1997, do DF” (STF, Pleno, ADIn 1677-4-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 3.2.2003, v.u., DJU 28.3.2003, p. 61).

▣ **Para que não haja ilegalidade a redistribuição por reciprocidade é admitida em caráter excepcional desde que inexistam concurso público em andamento ou em vigência para as especialidades dos cargos interessados na redistribuição, no caso de cargo vago.**

A redistribuição por reciprocidade é admitida em caráter excepcional, desde que atendidas as seguintes condições: a) preenchimento dos requisitos do art. 37 da Lei 8.112/1990, em especial o interesse da Administração, que deve estar devidamente comprovado nos autos do processo administrativo; b) inexistência de concurso público em andamento ou em vigência para as especialidades dos cargos interessados na redistribuição, no caso de cargo vago; c) concordância expressa do servidor, no caso de cargo ocupado. (Acórdão 5240/2017-Primeira Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

▣ **É inconstitucional o dispositivo da Constituição de Santa Catarina que estabelece o sistema eletivo, mediante voto direto e secreto, para escolha dos dirigentes dos estabelecimentos de ensino.**

“É que os cargos públicos ou são providos mediante concurso público, ou, tratando-se de cargo em comissão, mediante livre nomeação e exoneração do chefe do Poder Executivo, se os cargos estão na órbita deste (CF, art. 37, II, art. 84, XXV).” [ADI 123, rel. min. Carlos Velloso, j. 3-2-1997, P, DJ de 12-9-1997.] = ADI 2.997, rel. min. Cezar Peluso, j. 12-8-2009, P, DJE de 12-3-2010

▣ **No mesmo sentido:** “Serventias judiciais e extrajudiciais. Concurso público: arts. 37, II, e 236, § 3º, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, de 5-10-1989, que diz: “Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição”. É inconstitucional esse dispositivo por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo público, como é o caso do titular de serventias judiciais (art. 37, II, da CF), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, §

3º).” [ADI 363, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-2-1996, P, DJ de 3-5-1996.] = AI 719.760 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 16-11-2010, 2ª T, DJE de 1º-12-2010

❑ Viola o princípio do inciso II do art. 37 da CF o disposto no art. 22 do ADCT da Constituição do Estado de Goiás, no ponto em que, sem concurso prévio de provas e títulos, assegura aos substitutos das serventias judiciais, na vacância, o direito de acesso a titular, desde que legalmente investidos na função até 5-10-1988, obrigados, apenas, a se submeterem à prova específica de conhecimento das funções, na forma da lei.

❑ **Viola o princípio do inciso II do art. 37 o “concurso público a posteriori”**

“O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil revela-se incompatível com quaisquer prescrições normativas que, estabelecendo a inversão da fórmula proclamada pelo art. 37, II, da Carta Federal, consagrem a esdrúxula figura do concurso público a posteriori.” [ADI 1.203 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 16-2-1995, P, DJ de 19-2-1995.]

❑ **Configura fuga ao princípio constitucional do concurso público (art. 37, inciso II, da CF/1988) a requisição de servidor para exercer função de confiança seguida do desvirtuamento desse objetivo mediante a atribuição ao requisitado de tarefas próprias de ocupante de cargo efetivo no órgão requisitante.**

Configura fuga ao princípio constitucional do concurso público (art. 37, inciso II, da CF/1988) a requisição de servidor para exercer função de confiança, seguida do desvirtuamento desse objetivo mediante a atribuição ao requisitado de tarefas próprias de ocupante de cargo efetivo no órgão requisitante. (Acórdão 2632/2008-Primeira Câmara | Relator: VALMIR CAMPELO)

❑ **Os contratos de trabalho de empregados admitidos por conselhos de fiscalização profissional sem prévio concurso público, após 18/05/2001, devem ser rescindidos, ressalvadas as situações relativas a cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.**

Os contratos de trabalho de empregados admitidos por conselhos de fiscalização profissional sem prévio concurso público, após 18/05/2001, devem ser rescindidos, ressalvadas as situações relativas a cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, destinados ao exercício de atividades de direção, chefia e assessoramento (art. 37, inciso II, da Constituição Federal c/c Súmula TCU 277). (Acórdão 6633/2018-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN)

❑ **É irregular a manutenção de funcionários terceirizados nos hospitais universitários desempenhando atividades-fim (assistenciais e hospitalares), pois afronta o art. 37, inciso II, da Constituição Federal.**

É irregular a manutenção de funcionários terceirizados nos hospitais universitários desempenhando atividades-fim (assistenciais e hospitalares), pois afronta o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que condiciona a investidura em cargo ou emprego

público à prévia aprovação em concurso público, bem como o Decreto 2.271/1997, que trata da terceirização na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. (Acórdão 2983/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS)

☐ **Súmula 685 do STF:** “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.”

☐ **Súmula Vinculante 43 do STF:** 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.

☐ **Súmula 16 do STF:** Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse.

☐ **Súmula 15 do STF:** Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

☐ **Súmula 684 do STF:** É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.

☐ **Súmula STF 683:** O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

☐ **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.

☐ **Súmula 363 do TST:** “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2.º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.