

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS
BACHARELADO EM DIREITO

MAGNÓRIA JOSEFA DE SOUZA

**A CONTRATAÇÃO DE PESSOAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: DO
CONCURSO À CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA**

Campina Grande-PB

2015

MAGNÓRIA JOSEFA DE SOUZA

**A CONTRATAÇÃO DE PESSOAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: DO
CONCURSO À CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA**

Trabalho monográfico apresentado à Coordenação do
Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos-
FARR, como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Me. Alberto Jorge dos Santos
Lins Carvalho.

Campina Grande-PB

2015

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

S279c Souza, Magnória Josefa de.
A contratação de pessoas na administração pública federal: do concurso à contratação temporária / Magnória Josefa de Souza. – Campina Grande, 2015.
59 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientador: Prof. Me. Alberto Jorge dos Santos Lins Carvalho.

1. Administração Pública. 2. Contratação Irregular. 3. Concurso Público. I. Título.

CDU 35(043)

MAGNÓRIA JOSEFA DE SOUZA

**A CONTRATAÇÃO DE PESSOAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: DO
CONCURSO À CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA**

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

**Professor Me. Alberto Jorge dos Santos Lins Carvalho
Faculdade Reinaldo Ramos-FARR
(Orientador)**

**Professor Esp. Jardon Souza Maia
Faculdade Reinaldo Ramos-FARR
(1ºExaminador)**

**Professor Me. Flávio Alberto Correia
Faculdade Reinaldo Ramos-FARR
(2ºExaminador)**

A meus pais João de Souza Aragão (in memorian) e
Mariza Josefa de Souza, grandes incentivadores dos
meus estudos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida; aos meus pais João de Souza Aragão (in memorian) e Mariza Josefa de Souza meus grandes mestres; agradeço a meus irmãos Marizelma de Souza Aragão pelo apoio e encorajamento nas horas difíceis e Otoniel Alves de Souza pelo carinho e pelos ensinamentos valiosos dados desde minha infância, sem dúvida os mesmos foram decisivos nas minhas escolhas e na formação do meu caráter.

Agradeço ao professor Jardon Souza Maia pela ajuda na escolha e delimitação do tema trabalhado, o qual também fez parte da banca avaliadora juntamente com o professor Flávio Alberto Correia, agradeço imensamente a ambos.

Agradeço ao professor e orientador Alberto Jorge dos Santos Lins Carvalho pelo apoio contínuo na pesquisa e a todos os demais professores da faculdade pelos conhecimentos transmitidos ao longo da minha jornada acadêmica.

Agradeço aos amigos que fiz durante minha jornada nesta faculdade Savana Galvão, Elizabeth Farias, Walker Hiluey, Renata Susiany, Edilma Brasileiro, Deibson Naque e aos demais colegas de sala que formaram a turma de Direito 2015.2 da CESREI.

Agradeço aos meus amigos Nayana Ribeiro Pinto, Trajano Netto, Rosemery França, Joilma Queiroz, Eloisa Oliveira, Inácia Bezerra, Eline Gonçalves, Tatiane Lima e todos aqueles que sempre me deram apoio força através de palavras e atitudes nos momentos que eu mais precisei, que acreditaram na minha capacidade e torceram verdadeiramente por mim.

“O próprio Senhor irá à sua frente e estará com
você; ele nunca o deixará, nunca o abandonará.
Não tenha medo! Não se desanime!”

Deuteronômio 31:8

RESUMO

O presente trabalho, procurar enfatizar a importância do concurso público dentro do atual Estado Democrático de Direito como uma forma de assegurar a imparcialidade entre os candidatos, bem como garantir que o serviço público ofertado pelo Estado através da Administração Pública seja realizado por pessoas qualificadas, detentoras do conhecimento técnico necessário ao cargo ocupado; objetivando em ambos os casos o interesse público; presente também no trabalho aspectos sobre a contratação de pessoas na Administração Pública Federal trabalhando desde a regra concursal até as exceções legais. A pesquisa a ser realizada neste trabalho pode ser classificada como bibliográfica. Faremos uma abordagem teórica, descritiva e explicativa acerca das estratégias fraudulentas usadas pelos maus gestores em incidirem nas exceções legais/ constitucionais para a não realização do concurso público, como forma de obterem vantagens. O presente trabalho tem por objetivo geral analisar as exceções legais à regra do concurso público (destacando a contratação de pessoas na Administração Pública Federal por excepcional interesse público) como forma de afrontar a determinação legal imposta pela Constituição Federal/1988; tem por escopo também descrever o prejuízo causado à Administração Pública quando os maus gestores praticam contratações aparentemente legais, definindo assim suas responsabilidades. Concluindo que, no âmbito do moderno Estado Democrático de Direito, o concurso público passou a constituir um importante instrumento de democratização dos meios de acesso aos cargos e empregos públicos, sob sistema de mérito, traduzindo um certame de que todos os cidadãos podem igualmente participar, em idênticas condições de concorrência, para ter acesso às carreiras públicas geralmente bem remuneradas e com garantia de estabilidade. Para muitos gestores públicos, o concurso é visto como um problema, levando-os, em muitos casos, até mesmo, a evitá-lo, desviando servidores que titularizam cargo em comissão, e que deveriam exercer atribuições de chefia, direção ou assessoramento (CF, art. 37, V), para a área administrativa-operacional, ou então, preenchendo os espaços funcionais com estagiários. Em qualquer dessas hipóteses, a burla ao concurso público e à própria Constituição Federal, especificamente, ao seu art. 37, II, está caracterizada.

Palavras-chaves: Administração Pública. Contratação irregular. Princípios administrativos. Interesse Público.

ABSTRACT

This study sought to emphasize the importance of the public tender within the current democratic state as a way to ensure fairness between the candidates, and to ensure that the public service offered by the State Public Administration is performed by qualified persons, holders the technical knowledge required for the position held; aimed in both cases the public interest; also present in the work aspects of hiring people in the Federal Public Administration working since the tender rule until the legal exceptions. The research to be conducted in this work can be classified as literature. We will do a theoretical, descriptive and explanatory approach about fraudulent strategies used by bad managers impinge on legal / constitutional exceptions to the non-operation of the public tender, in order to obtain benefits. This work has the objective to analyze the legal exceptions to the public tender rules (particularly the hiring of people in the Federal Public Administration for exceptional public interest) as a way of facing the legal requirement imposed by the Federal Constitution / 1988; has the scope also describe the damage caused to the Public Administration when bad managers practice apparently legal contracts, defining their responsibilities. Concluding that, in the modern democratic state, the public contest has become an important democratic tool of the means of access to public offices and positions under merit system, reflecting an event that all citizens can also participate, under identical conditions of competition, to have access to public careers usually well remunerated and guaranteed stability. For many public managers, the competition is seen as a problem, leading them in many cases even to prevent it, diverting servers that securitize a commission office, and they should exercise leadership responsibilities, direction or advice (CF , art. 37, V), for the administrative and operational area, or by filling the functional spaces with trainees. In any of these cases, swindling the public tender and the Federal Constitution itself specifically to your art. 37, II, is characterized.

Keywords: Public Administration. Unlawful employment. Administrative principles. Public interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. AGENTES PÚBLICOS.....	11
1.1 Classificação dos agentes públicos.....	14
1.1.1 Agentes Políticos.....	15
1.1.2 Servidores Estatais.....	18
1.1.3 Particulares em Colaboração.....	22
2. SERVIDOR PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO OU ESTATUTÁRIO.....	25
2.1 Investidura no serviço público.....	25
2.2 Concurso público.....	28
2.3 Formas de investidura dispensadas da aprovação em concurso público.....	35
3. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO.....	41
3.1 Prazo de duração e prorrogação dos contratos temporários.....	42
3.2 Necessidade temporária de excepcional interesse público.....	48
3.3 Hipóteses de contratação temporária prevista na lei.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

A necessidade de Concurso Público para provimento de cargos e funções teve seu apogeu no século XIX, momento este em que houve uma reação contra a questão da hereditariedade destes cargos, passando assim, a serem vistos como um meio de acesso através da capacidade dos sujeitos que adentrariam na Administração Pública através de concurso público.

Na verdade, a Constituição do Império do Brasil de 1824, outorgada pelo imperador D. Pedro I, não trouxe a temática de concurso público. Apenas o seu Título VIII tratava das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Do mesmo modo ocorreu com a primeira Constituição Republicana de 1891, que também não previu em seus artigos nenhuma disposição acerca de tal situação.

Todavia, a Constituição de 1934, foi à primeira dispor sobre a previsão da acessibilidade dos cargos públicos através de concurso público. O seu artigo 168 e 170, trouxe em síntese que observadas às condições da lei, sem distinção de sexo ou estado civil, era prevista a acessibilidade, mediante o concurso público para investidura nas repartições administrativas, bem nos demais locais em que a lei determinasse. Por sua vez, as Constituições de 1937 e de 1946 não trouxeram nenhum diferencial em relação ao concurso.

A Constituição de 1967, em seu artigo 95, parágrafo primeiro, dispõe que para que seja nomeado para cargo público é preciso que haja aprovação em concurso. Nesse contexto, foi somente a Carta Magna de 1988, considerada como a mais democrática, que trouxe uma série de novidades, exigindo que para adentrar em cargos e empregos públicos somente mediante concurso público. Vale salientar, que aqui foram apresentados os efeitos jurídicos de estabilidade no serviço público, levando conforme o ingresso do servidor na Administração Pública.

O texto constitucional é taxativo em relação a esta questão, prevendo também uma série de hipóteses de contratações sem concurso. Porém, o que deveria ser exceção, acaba se tornando regra, uma vez que o concurso público no decorrer do tempo foi realizado excepcionalmente, tornando assim, as admissões sem concurso como regra em nosso país, afetando os princípios da

moralidade, legalidade e probidade administrativa.

Foi justamente neste sentido que escolhemos, como *corpus* nosso estudo, analisar as exceções legais à regra do concurso público, destacando a contratação temporária por excepcional interesse público, que em caso de desrespeito aos seus requisitos poderá afrontar a determinação legal imposta pela Constituição Federal/1988, e surgir em nosso ordenamento como verdadeira afronta aos princípios que orientam a Administração Pública.

A relevância deste trabalho se deve ao fato de compreendermos a importância do concurso público dentro do atual Estado Democrático de Direito como uma forma de assegurar a imparcialidade entre os candidatos, bem como garantir que o serviço público ofertado pelo Estado através da Administração Pública seja realizado por pessoas qualificadas, detentoras do conhecimento técnico necessário ao cargo ocupado, objetivando em ambos os casos o interesse público.

Dentre os materiais que nos auxiliaram teoricamente, estão artigos, textos teóricos, que contribuíram para enriquecer a proposta elucidando as devidas formulações teóricas e críticas nesse trabalho. Desse modo, no primeiro capítulo abordaremos a questão da classificação dos agentes públicos. No segundo capítulo, trataremos do servidor público em sentido estrito ou estatutário e das formas de investidura dispensadas da aprovação em concurso público. Por fim, no terceiro capítulo serão abordadas questões da contratação por prazo determinado, da prorrogação dos contratos temporários, da necessidade temporária de interesse público, como também das hipóteses de contratação temporária previstas na lei federal nº. 8745/1993.

1. AGENTES PÚBLICOS

Na visão dos doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo conceituam em sua obra agente público como sendo:

[...] toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública. Conforme se consta, a expressão “agente público” tem sentido amplo, englobando todos os indivíduos que, a qualquer título, exercem uma função pública, remunerada ou gratuita, permanente ou transitória, política ou meramente administrativa, como prepostos do Estado. (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p.65-66)

Fernanda Marinela tem uma visão semelhante acerca do conceito de agente público, pois menciona que:

A expressão agente público é a mais ampla para designar de forma genérica e indistinta os sujeitos quem exercem funções públicas, que servem ao Poder Público como instrumentos de sua vontade ou ação, independentemente do vínculo jurídico, podendo ser por nomeação, contratação, designação ou convocação. Independe, ainda, de ser essa função temporária ou permanente e com ou sem remuneração. (MARINELA, 2014, p.619)

Segundo Hely Lopes Meirelles (2003), “agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitivamente ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”. (MEIRELLES, 2003, p.73)

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello agentes públicos são “os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente” (MELLO, 2003, p 226). E por último mencionamos a definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro onde conceitua “Agente público é toda pessoa física quem presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta” (DI PIETRO, 2013, p. 585).

Diante do que foi visto não há uma uniformidade de conceituação entre os autores, porém a legislação não é omissa quanto a essa conceituação. Conforme o artigo 2º, da Lei n.8.429(Lei de Improbidade Administrativa), de 2 de junho de 1992:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Mesmo aqueles que através de uma classificação restrita, viessem a ficar de fora da classificação de agente público, foram abarcados pelo legislador como está explícito no artigo 3º da Lei de Improbidade citada acima: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Assim, o artigo 5º da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965 (Lei de Abuso de Autoridade), que conceitua que considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração. Importante ressaltar que a nossa vigente Constituição Federal abandonou a tão usual expressão “funcionário público”, todavia esta continua sendo utilizada pelo Código Penal, a qual também apresenta um sentido amplo, cujo artigo 327 dispõe que “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

O fato de delimitar o conceito de agente público como vimos, é de fundamental importância para a aplicação de algumas legislações, deste modo o “conceito” de agente traz não apenas uma simples divergência doutrinária, mas consequências para nosso ordenamento jurídico, visto que o desejo do legislador é de enquadrar todos àqueles que, de alguma forma, se envolvam no trato da coisa pública. Fernanda Marinela (2014) menciona que, uma dessas consequências estaria nos MECANISMOS DE CONTROLE DOS ATOS PRATICADOS, pois os indivíduos que praticam atos no exercício de uma função pública estariam automaticamente controlados no aspecto judicial pelas vias de controle do Estado, isto é, estão sujeitos aos remédios constitucionais.

Nesse sentido, mesmo aqueles que exercem atividades particulares mas quem colaboram com o Poder Público, recebem atribuições do Poder Público e prestam serviços públicos poderão constituir o polo passivo de uma demanda, como por exemplo o mandado de segurança. Um exemplo claro de um particular que está sujeito a controle do Estado que a Constituição Federal

de 1988 dispõe são os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

No tocante a esse aspecto, há ainda a exceção para as sociedades de economia mista e as empresas públicas, no caso de empresas exploradoras de atividade econômica, estão sujeitas somente os atos expedidos para o cumprimento de normas de direito público. Outro importante aspecto trazido por Marinela (2014) diz respeito à RESPONSABILIDADE CIVIL, pois todos aqueles que exercem uma função pública estão sujeitos às regras de responsabilidade civil do Estado, previsão trazida no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Cabe fazer menção aos princípios constitucionais norteadores dos agentes públicos trazidos pela Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são princípios inerentes à Administração Pública. Deste modo, todos os indivíduos que fazem parte da mesma, ou seja, aqueles que externam a vontade da Administração devem estar pautados nesses princípios, bem como em outros presentes em leis específicas chamados de infraconstitucionais: finalidade, igualdade, interesse público, lealdade, boa fé, motivação (proporcionalidade) e razoabilidade. Assim, é de fundamental importância tratar de alguns destes:

- a- Princípio da Legalidade: Baseia-se no Art. 5º da CF, que diz que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"; o administrador público deve fazer as coisas sob a regência da lei imposta;

- b- Princípio da Impessoalidade: A figura do administrador público não deve ser identificada enquanto atuação da Administração Pública; o administrador não pode se promover, pois esse atua em nome do interesse público; é proibido o privilégio de pessoas específicas;
- c- Princípio da Moralidade: o administrador deve trabalhar com bases éticas na administração; a legalidade e finalidade devem andar juntas na conduta de qualquer servidor público, para o alcance da moralidade;
- d- Princípio da Publicidade: o gerenciamento deve ser feito de forma legal, não oculta. A publicação dos assuntos e dos atos realizados é importante para a fiscalização, o que contribui para ambos os lados, tanto para o administrador quanto para o público, ressaltando que a publicidade não pode ser usada para o administrador promover-se;
- e- Princípio da Eficiência: o administrador tem o dever de fazer uma boa gestão, o representante deve trazer as melhores saídas, sob a legalidade da lei, bem como mais efetiva.

O autor Diogenes Gasparini (2011) traz em sua obra os deveres do agente público, aspecto de extrema importância, sendo estes: de agir, de eficiência, de probidade e de prestar contas. O **dever de agir** diz respeito ao desempenho do agente público no tocante as suas atribuições do cargo, função ou emprego público; o **dever de eficiência** impõe ao agente público a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez e eficácia, objetivando a perfeição e o máximo rendimento; **dever de probidade** objetiva que o agente dever agir corretamente usando de atitudes integras, justas e leais, desse modo sempre busca o melhor para a administração e por fim **o dever de prestar contas** pois é a essência da boa gestão da administração, trata-se da prestação de contas sobre a gestão de bens que pertencem a coletividade.

1.1 CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Celso Antônio Bandeira de Mello (1999) classificava os agentes públicos em agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o Poder Público, porém após a

promulgação da Emenda Constitucional nº 18 de 1998, trouxe também aos militares para essa classificação, que até então, eram considerados servidores militares. Após o novo texto constitucional, foi retirada a denominação de servidores dos militares, ficando a nova classificação dos agentes públicos em quatro categorias, agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público. Sendo, portanto, classificado como militares os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados, Distrito Federal e Territórios e os membros das Forças Armadas, (Marinha, Exército e Aeronáutica).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013) tem o mesmo entendimento do autor supracitado, entendendo existirem quatro classificações para os agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público. Já o grande mestre Helly Lopes Meirelles (2003), Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010) apontam um total de cinco categorias classificatórias para os agentes públicos, são elas: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados. A professora Fernanda Marinela (2014) traz uma classificação mais detalhada e estabelece critérios para tal divisão: de acordo com a força de suas decisões (agentes políticos ou servidores estatais), de acordo com as pessoas jurídicas em que atuam (pessoas jurídicas de direito público ou direito privado) e por fim de acordo com o regime jurídico a que se submetem (estatutário ou celetista), mencionando também os particulares que exercem função pública.

Portanto, para realização do presente trabalho abordaremos a classificação adotada na obra da professora Fernanda Marinela.

1.1.1 Agentes políticos

Vejamos a definição de Helly Lopes Meirelles acerca de agente político:

[...] são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. (MEIRELLES, 2003, p.75)

Complementam Alexandrino e Paulo as características dos agentes políticos:

[...] competência prevista na própria Constituição, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral, usualmente são investidos em cargos por meio de eleição, nomeação ou designação e não são hierarquizados (com exceção dos auxiliares imediatos dos chefes do Poder Executivo), sujeitando-se, tão somente, às regras constitucionais (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p.66).

Os agentes políticos são denominados estatutário, pois seu regime jurídico, direitos e deveres aplicáveis a eles, estão previstos em lei, mais precisamente emanam da própria Constituição Federal, deste modo não existe natureza contratual. O vínculo tem natureza política sendo a vontade do povo que conduz a ocupar tal cargo, exercem um *munus* público, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos. Os integrantes desse rol são os chefes do Poder Executivo e seus auxiliares imediatos (Presidente da República, Governadores de Estado, Prefeitos e seus respectivos vices, incluem-se também os Ministros de Estado e Secretários estaduais e municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados federais e estaduais e os vereadores). Ressaltamos que, de acordo com o entendimento do STF, a lei n.8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) não se aplica a todos os agentes políticos sujeitos ao “crime de responsabilidade”

A autora Maria Sylvia Zanella de Pietro aborda uma divergência doutrinária bem interessante acerca da real classificação dos membros da magistratura e do Ministério Público, estes seriam agentes políticos ou servidores públicos? Maria Sylvia defende em sua obra que os magistrados seriam agentes políticos sim, apesar de possuírem vínculo estatutário, regidos pela lei orgânica da Magistratura, o fato de serem considerados agentes políticos não significa que os mesmos participam do Governo, que tomem decisões baseadas em critérios de oportunidade e conveniência, significa que suas decisões correspondem a uma parcela de soberania do Estado quando “dizem o direito” em última instância.

O posicionamento da autora tem como base o recurso extraordinário julgado pelo Superior Tribunal Federal 228.977/SP o qual o ministro Néri da Silveira considera os magistrados agentes políticos justificando suas razões. Os membros do Ministério Público também são incluídos nessa categoria pelos poderes de controle que lhes são atribuídos pelo próprio texto constitucional vigente, ainda que o vínculo seja com a Administração Pública e,

portanto estatutários. Entretanto a autora Fernanda Marinela não pactua desse entendimento “Para alguns doutrinadores, eles devem ser incluídos na categoria de agentes políticos em razão de sua importante atuação no Estado. Todavia, hoje a posição da maioria dos doutrinadores é a de qualificá-los como servidores públicos, titulares de cargos públicos” (MARINELA, 2014, p.622). Marinela destaca também a situação dos Conselheiros do Tribunal de Contas e dos agentes diplomáticos, enquadrando-os como agentes políticos.

Diogenes Gaparini (2011) define os agentes políticos:

São os detentores dos cargos da mais elevada hierarquia da organização da Administração Pública ou, em outras palavras são os que ocupam cargos que compõe sua alta estrutura constitucional. Estão voltados, precipuamente, à formação da vontade superior da Administração Pública ou incumbidos de traçar e imprimir a orientação superior a ser observada pelos órgãos e agentes que lhes devem obediência. (GASPARINI, 2011, p.208)

De acordo com as palavras de Diogenes quando menciona “estão voltados, precipuamente, à formação da vontade superior da Administração Pública ou incumbidos de traçar e imprimir a orientação superior a ser observada pelos órgãos e agentes”, concluímos quanto é importante e complexo o poder conferido aos agentes políticos, sendo esses responsáveis por gerir o Estado no tocante à elaboração e execução de normas, desse modo à própria Carta Magna traz em determinados dispositivos prerrogativas e vedações aos agentes políticos a exemplo do artigo 53 que confere inviolabilidade de opinião, palavras e votos aos deputados e senadores, o § 1º do artigo 27 aplica as regras trazidas na Constituição Federal aos deputados estaduais no tocante ao sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas, lembramos também do importante artigo 54 que trata dos impedimentos aplicados aos deputados e senadores:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a";

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a";

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo. (BRASIL, 1988)

Segundo o entendimento adotado pelo presidente do STF, as restrições constitucionais ao exercício parlamentar acima destacadas não se estendem ao suplente. Levando-se em consideração que suplente não é detentor de mandato, que o exerce apenas durante um período da legislatura, aparentemente, a ele não se aplicariam algumas das restrições constantes no texto constitucional.

1.1.2 Servidores Estatais

Fernanda Marinela claramente define a categoria de servidores estatais:

A definição de servidores estatais é feita por exclusão das demais categorias, são os agentes públicos, excluído a categoria anterior, agentes políticos e os particulares que exercem função pública. Representa o grande conjunto de agentes que atuam nos entes da Administração Direta e Indireta, sejam pessoas jurídicas de direito público ou privado. Esses servidores contam com uma relação de trabalho de natureza profissional, de caráter não eventual e sob o vínculo de dependência. (MARINELA, 2014, p.624)

Já Maria Sylvia Zanella e Alexandrino têm nomenclaturas diferentes para os servidores estatais, enquanto este denomina agente administrativo aquela denomina servidores públicos, Helly Lopes também prefere denominar agente administrativo, porém os três autores dividem essa classe em três subcategorias: servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários, Marinela apenas em duas subcategorias: **servidores públicos e servidores das**

peças governamentais de direito privado, categorias essas as quais abordaremos detalhadamente no decorrer desse t3pico.

Servidores p3blicos: constituem o grupo de servidores estatais que atuam nas pessoas jur3dicas da Administra33o P3blica de Direito P3blico, compreendendo a Administra33o Direta (entes pol3ticos) e a Administra33o Indireta (autarquias e funda33es p3blicas), podem ser titulares de cargo p3blico ou titulares de emprego p3blico. Encontram respaldo legal no texto constitucional no t3tulo "Dos Servidores P3blicos" de acordo com doutrina majorit3ria, tais servidores tamb3m s3o divididos em civis e militares. O regime jur3dico aplic3vel a esses servidores sofreu uma mudan3a com a emenda constitucional n319/1998, antes da emenda era exigido para todos os servidores p3blicos um regime jur3dico 3nico, a partir de ent3o 3 poss3vel a admiss3o de pessoal ocupante de emprego p3blico, regido pela CLT, na Administra33o federal direta, nas autarquias e nas funda33es p3blicas.

A emenda citada aboliu a exig3ncia do regime jur3dico 3nico passando a admitir os dois regimes, desse modo a defini33o do regime ir3 depender da lei de cria33o do cargo ou emprego, entretanto essa possibilidade de escolher o regime jur3dico dentro da mesma pessoa jur3dica n3o 3 mais poss3vel pois EC n3 19/1998 3st3 sendo analisada pela ADI n3 2135. O m3rito da ADI ainda n3o foi julgada, mas entrou com medida cautelar suspendendo a efic3cia da reda33o do artigo 39 alterada pela EC/19, sob efeito "ex nunc" e o regime jur3dico adotado voltou a ser 3nico. Vejamos de forma mais resumida nas palavras de Marinela a classifica33o dos regimes e quem s3o sujeitos a estes:

Para os **titulares de cargo p3blico**, aplica-se o regime previsto em lei ou na pr3pria Constitui33o, dito regime legal ou estatut3rio. Incluem-se nessa esp3cie todos os servidores p3blicos submetidos ao regime do estatuto, independente de serem eles do Poder Executivo, Legislativo ou Judici3rio. [...] Nessa categoria encontram-se ainda os **servidores p3blicos titulares de emprego p3blico** que s3o regidos pela Consolida33o das Leis do Trabalho-CLT, cujo regime 3 denominado celetista, tendo como vinculo jur3dico um contrato de trabalho (regime contratual). (MARINELA, 2014, p.625-626, grifo nosso).

3 importante lembrar que, apesar de os servidores p3blicos titulares de emprego p3blico serem regidos pela Consolida33o das Leis Trabalhistas, devem seguir algumas regras espec3ficas pr3prias do regime p3blico.

Assim, a escolha do regime jurídico tende a ser o regime estatutário sendo este garantidor de maiores direitos aos servidores como a estabilidade, aposentadoria etc; estando o servidor satisfeito na execução de seu serviço haveria uma menor possibilidade de este envolvesse em esquemas corruptos e traria maior eficiência na desenvoltura do trabalho. Importante frisar que, segundo parte da doutrina trata, admitia-se a escolha do regime celetista nas seguintes hipóteses: funções subalternas e que não exigem qualificação especializada, contratações temporárias, remanescentes do regime anterior e agentes comunitários de saúde e combates a endemias.

Já os **servidores de entes governamentais de direito privado**: são aqueles atuantes na Administração Pública Indireta e sob as normas do regime jurídico de direito privado, são os titulares de empregos públicos que atuam nas fundações de públicas de direito privado, nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista. Os titulares de emprego público equiparam-se aos titulares de cargo público em alguns aspectos: sujeição ao concurso público (artigo 37, inciso II, CF/88), submissão ao regime de não acumulação de cargos, limitação do teto remuneratório, submissão aos remédios constitucionais, são considerados funcionários públicos para efeitos penais e respondem por improbidade administrativa. Diogenes Gasparini (2011) cita como características dos servidores governamentais a profissionalidade, a dependência do relacionamento, a perenidade e a natureza celetista do vínculo. Por serem regidos pela CLT sabemos que os direitos assegurados a essa classe estão regulados na citada codificação, entretanto o artigo 7º da Constituição elenca alguns direitos inerentes a essa classe, os quais são considerados também trabalhadores urbanos, tais como:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

[...]

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

[...]

XXIV - aposentadoria;

[...]

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei.

Um aspecto bastante interessante para se trazer a baila seria a questão da dispensa motivada desses servidores, pois para a doutrina como a regra é de equiparação aos servidores públicos seria necessário motivar ,justificar a causa da dispensa como se exige no caso de dispensa dos servidores públicos, porém a atual jurisprudência não tem o mesmo entendimento da doutrina ,divergindo totalmente permitindo a dispensa imotivada desses servidores:

Súmula nº 390 do TST - Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Emprego de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SDI-2 - Res. 129/2005, DJ 20.04.2005)
 I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 265 da SDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 - Inserida em 20.09.00)
 II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-Oj nº 229 - Inserida em 20.06.2001)

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou acerca do questionamento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE.

I - Ambas as Turmas desta Corte possuem entendimento no sentido de que os empregados admitidos por concurso público em empresa pública ou sociedade de economia mista podem ser dispensados sem motivação, porquanto aplicável a essas entidades o art. 7º, I, da Constituição. II - Agravo regimental improvido. (AI 648.453-Agr, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 19.12.2007).

Ante todo o exposto, pode-se concluir que a estabilidade conferida pela Constituição Federal de 1988, art. 41, aplica-se somente aos servidores públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, ainda que regidos pela CLT, não podendo ser estendida aos empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas admitidos mediante concurso (inteligência da Súmula nº 390 do eg. TST). Esse entendimento mantém-se inalterado mesmo após o julgamento do RE 589.998, paradigma de repercussão geral.

1.1.3 Particulares em colaboração

Os particulares em colaboração são as pessoas físicas que sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, prestam serviços ao Estado, através de delegação do Poder Público, requisição, nomeação, designação ou como gestores de negócio. Assim, Fernanda Marinella conceitua:

Consideram-se particulares em colaboração aqueles agentes públicos que, sem perderem a qualidade de particulares, exercem função pública, ainda que em caráter ocasional ou temporário e com ou sem remuneração, independentemente do tipo de vínculo jurídico. São agentes alheios à intimidade estatal como, por exemplo, os mesários em dia de eleição, os jurados no tribunal do júri. (MARINELLA, 2014, p.638)

De acordo com o vínculo o qual é ligado a administração, Marinella classifica:

- a- Requisitados: são agentes convocados para exercer função pública, tendo a obrigação sob pena de sanção;
- b- Voluntários: atuam da Administração de forma espontânea, assumem a função da coisa pública perante situações específicas e anormais;
- c- Contratados por locação civil de serviço: são pessoas contratadas para a realização de um determinado serviço o qual tem qualificação técnica;
- d- Indivíduos que trabalham nas concessionárias e permissionárias de serviços públicos: são exclusivamente aqueles que exercem uma função pública;
- e- Delegados de função ou ofício público: são aqueles que exercem os serviços notoriais.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica da mesma forma:

[...] em primeiro lugar, os requisitados, que exercem munus público e são os recrutados para o serviço militar obrigatório; os jurados e os que trabalham nos cartórios eleitorais, quando das eleições; os gestores de negócios públicos que assumem a gestão da coisa pública livremente, em situações anormais e urgentes; os contratados por locação civil de serviços; os concessionários e os permissionários de serviços públicos, os delegados de função ou ofício público, os que praticam atos que são de competência do Estado e têm força jurídica oficial. (MELLO, 1999, p.177-178)

O autor Diogenes Gasparini conceitua os agentes em colaboração:

Os agentes em colaboração são pessoas físicas que prestam serviços à Administração Pública por vontade própria, por compulsão, ou com a sua concordância. São agentes que exercem, portanto, função pública, ainda que algumas vezes seja esporádico o exercício. Não ocupam cargo nem emprego público. (GASPARINI, 2011, p.219)

O professor e autor Alex Muniz Barreto denomina agentes em cooperação como sendo *“pessoas físicas que, com ou sem remuneração, prestam serviços públicos sem vínculo empregatício ou de dependência com o Estado”* (BARRETO, 2015, p.326). Apesar de os agentes receberem essa nomenclatura de “particulares” realizam determinadas funções que podem ser definidas como públicas graças à natureza do vínculo que os une à Administração, a exoneração ou dispensa desse pessoal precisa ser analisado caso a caso, pois dependerá do regime jurídico aplicado a cada categoria; e o autor continua fazendo uma classificação dos agentes em colaboração em três categorias: os que exercem funções estatais por delegação da Administração, os que atam quando são requisitados, convocados e designados pelo Poder Público e por ultimo aqueles que prestam serviços em programas governamentais ou em situações emergenciais.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo fazem parte do grupo de autores que dividem os agentes públicos em cinco categorias: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados; os mesmos autores enquadram o conceito de particulares em colaboração em cima dos **agentes honoríficos** e dos **agentes delegados**. “Os agentes honoríficos são os cidadãos requisitados ou designados para, transitoriamente, colaborarem com o Estado mediante a prestação de serviços específicos, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional”

(ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p.130) e os agentes delegados “são os particulares que recebem a incumbência de exercer determinada atividade, obra ou serviço público e o fazem em nome próprio, por sua conta e risco, sob a permanente fiscalização do poder delegante”. (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p.130).

José dos Santos Carvalho Filho traz uma quarta categoria de agente público em sua obra (2013), o agente de fato ou "funcionário de fato", teoria conhecida como teoria do "agente público de fato", segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é aquela segundo a qual, apesar de a investidura do funcionário ter sido irregular, a situação tem aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos, reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outro motivo não forem viciados. Entretanto, uma vez invalidada a investidura do funcionário de fato, ele não fica obrigado a repor aos cofres públicos aquilo que percebeu até então. Posiciona-se Fernanda Marinela:

Para o Supremo Tribunal Federal trata-se da **teoria do funcionário de fato** aplicável aos servidores públicos quando a investidura for irregular, apesar de a situação ter aparência de legalidade. Nesse caso é reconhecida a validade dos atos praticados pelo agente, bem como o pagamento dos dias trabalhados, não sendo necessária a devolução da remuneração, sob pena de enriquecimento ilícito. (MARINELA, 2014, p.704)

O funcionário de fato, como funcionário regular aparente ou como funcionário irregular com aquiescência da coletividade, está sujeito à mesma responsabilidade do funcionário de direito, pois esta existe para o bom desempenho da função pública. O mesmo se dirá do usurpador, com a particularidade ainda de que este está sujeito à responsabilidade penal decorrente do exercício ilícito da função pública.

2 SERVIDOR PÚBLICO EM SENTIDO ESTRITO OU ESTATUTÁRIO

O servidor público representa uma espécie de gênero no rol dos servidores estatais, são os que possuem com a administração relação de trabalho de natureza profissional e não eventual. Na definição de Diogenes Gasparini “servidores estatutários são os que se vinculam à Administração Pública direta ou autárquica e fundacional pública mediante um liame de natureza institucional.” (GASPARINI, 2011, p.225). Desse modo o regime é chamado de estatutário ou institucional; recebem a nomenclatura de servidores civis ou funcionários públicos.

Os servidores estatutários estão regidos pelo texto constitucional na Seção II do Capítulo VII do título III, arts. 39 a 41, tais servidores existem nas três esferas de governo (federal, estadual-distrital, municipal), estão distribuídos pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional, sua forma de vínculo a essas entidades é próprio. Os direitos e deveres desses servidores são previstos em lei municipal, estadual ou federal. Entre outras vantagens estão: aposentadoria com valor integral do salário (mediante complementação de aposentadoria), férias, gratificações, licenças e adicionais variáveis de acordo com a legislação específica, a exemplo dos servidores públicos federais que são regidos pela lei 8.112/90.

Para ser nomeado o servidor precisa antes ser aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos, art. 37 inciso II da CF, é um cargo público de provimento efetivo, ou seja, é o cargo que possibilita a aquisição de estabilidade no serviço público que difere do cargo em comissão que é desprovido de efetividade não gerando estabilidade.

2.1 INVESTIDURA NO SERVIÇO PÚBLICO

De forma geral todo agente público se insere na Administração de algum modo, forma esta que pode ser um ato ou procedimento legal denominado de investidura, cada investidura recebe um nome de acordo com os efeitos, a natureza do cargo, a forma, entre outros critérios, desse modo pode ser classificada em administrativa ou política, originária ou derivada, vitalícia ou em comissão. A investidura do servidor estatutário é administrativa a qual vincula o agente ao cargo, função ou mandato, é destinada a compor os quadros do serviço público, tratando-se de

servidores estatutários se dá através da nomeação que exige a prévia aprovação em concurso público de acordo com a exigência da Constituição Federal:

Art.37

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL,1988)

Não podemos esquecer-nos de citar o importante conjunto de regras e princípios trazidos pela Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso I, denominado de acessibilidade:

Art.37

[...]

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Diogenes Gasparini acerca da acessibilidade diz:

Para o acesso a cargo, emprego ou função não basta ser brasileiro. O interessado há, ainda, que satisfazer aos requisitos estabelecidos em lei, consoante reza a parte final do referido inciso. A lei responsável pela instituição desses requisitos é a de entidade política titular do cargo, emprego ou função pública que se deseja preencher, dada a autonomia que se lhes assegura nessa matéria. Um dos requisitos é sem dúvida, lograr aprovação e classificação em concurso público de provas ou de provas e títulos. (GASPARINI, 2011, p.229)

Esse princípio estabelece que para que haja o preenchimento de cargos, funções, e empregos públicos é necessário que exista ampla acessibilidade, para que desse modo todos (que preencherem os requisitos) possam ter acesso ao serviço público enquanto servidores. O princípio da acessibilidade serve de pilar para a garantia do princípio da isonomia, pois aquele definirá os parâmetros e critérios para que haja o acesso ao serviço público de forma igualitária a todos garantindo a isonomia.

O inciso I em questão serve também como justificativa da imposição, sem amparo legal, de exigências que venham a limitar ou condicionar a participação de candidatos em concursos públicos, deste modo os editais de concurso público não tem poder para criar restrições aos candidatos de modo que venham a excluí-los ou impedi-los de realizar concurso público, o que não impede de que com amparo da lei se exija determinados requisitos para ingresso em cargo público, pois tais “requisitos exigidos” devem ser justificados pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, Helly Lopes Meirelles esclarece:

Por outro lado, o mesmo art. 37, I, condiciona a acessibilidade aos cargos públicos ao preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei. Com isso, ficam as Administrações autorizadas a prescrever exigências quanto à capacidade física, moral, técnica, científica e profissional, que entender convenientes, como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público. Mas à lei específica, de caráter local, é vedado dispensar condições estabelecidas em lei nacional para a investidura em cargos públicos, como as exigidas pelas leis eleitoral e do serviço militar, ou para o exercício de determinadas profissões (Constituição da República, art. 22, XVI). E tanto uma como outra deverá respeitar as garantias asseguradas do art. 5º, da Constituição da República, que veda distinções baseadas em sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. (MEIRELLES, 2003, p.82)

O acesso ao serviço público (enquanto futuros agentes públicos) está garantido tanto aos brasileiros natos ou naturalizados, como os estrangeiros e os portugueses equiparados:

Art.12 [...]

II [...]

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. (BRASIL, 1988)

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ressaltam:

[...] a situação dos brasileiros e a dos estrangeiros são diferentes. Com efeito, para que os brasileiros, natos ou naturalizados, tenham possibilidade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, basta o atendimento aos requisitos da lei. Já os estrangeiros têm acesso a cargos, empregos e funções públicas, “na forma da lei”.(ALEXANDRINO;PAULO,2010,p.82)

Porém há exceções que cabem ser trazidas aqui quanto à acessibilidade, é o caso do artigo 12,§ 3º da Carta Magna, o qual nos traz uma lista de cargos que só podem ser ocupados ou

exercidos exclusivamente por brasileiros natos, bem como aqueles que vão ocupar o Conselho da República (art.89, VII), vejamos respectivamente os artigos de lei:

Art.12

II [...]

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa (BRASIL, 1988)

Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam:

[...]

VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Para que se possa incluir ou excluir determinado indivíduo a participação do certame seletivo e possível acesso ao cargo público, (pois a mesma impõe restrições e limita privilégios) é necessário que exista lei prévia emanada do Poder Legislativo, em sua função típica e advinda da Constituição e não apenas codificados em meros atos administrativos.

2.2 CONCURSO PÚBLICO

O concurso público surgiu, no direito brasileiro, aplicável a situações específicas para as quais houvesse exigência legal e para os cargos organizados em carreira, sendo exigível, em relação a estes, tão somente para o provimento no cargo inicial da carreira, visto que para os demais cargos componentes da carreira o provimento dava-se por meio de sucessivas promoções. Foi somente com a promulgação, em 1967, da Constituição do Brasil, artigo 95, abaixo transcrito, que o concurso público passou a ser obrigatório para o provimento de todos os cargos públicos, excetuando-se os cargos em comissão:

Art. 95. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

§2º Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1967)

Helly Lopes Meirelles conceitua concurso público como sendo:

[...] meio técnico posto a 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.(MEIRELLES, 2003, p.412).

Diogenes define concurso público “é o procedimento prático-jurídico posto à Administração Pública direta, autárquica, fundacional, e governamental de qualquer nível de governo, para seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade”. (MEIRELLES, 2003, p.231). Fernanda Marinela diz:

O concurso público é um procedimento administrativo colocado à disposição da Administração Pública para a escolha de seus futuros servidores. Representa a efetivação de princípios como a impessoalidade, isonomia, a moralidade administrativa, permitindo que qualquer um que preencha os requisitos, sendo aprovado em razão de seu mérito, possa ser servidor público, ficando afastados os favoritismos e perseguições pessoais, bem como o nepotismo. (MARINELA, 2014, p.660-661)

Ainda no tocante a essa questão, José dos Santos Carvalho Filho define como:

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos”.(CARVALHO FILHO,2001,p.472)

Podemos destacar que a finalidade do concurso é assegurar igualdade de condições para todos os concorrentes, evitando-se favorecimentos ou discriminações e, permitindo-se à administração selecionar os melhores candidatos ao cargo que estejam disputando. De acordo com as conceituações acima podemos entender que o concurso é uma escolha feita de acordo com mérito que poderá ser de apenas provas como de provas e títulos de acordo com a norma

prevista em lei, sendo vedada a forma feita apenas por títulos pois acarreta desigualdade entre os participantes do certame; é vedado também os concursos internos ,só abertos a quem já pertence ao quadro pessoal da Administração Pública; outra vedação seria ao nepotismo, prevista na súmula vinculante n ° 13 do Supremo Tribunal Federal :

SÚMULA n° 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (STF, 2005)

O prazo de validade do concurso público é de até dois anos, podendo ser prorrogável uma vez, por igual período. Esse prazo significa o período no qual a administração poderá fazer contratações ou nomeações dos aprovados no concurso público, ou seja, poderá preencher as vagas oferecidas ou até um número maior de vagas que não foram oferecidas no certame mas que surgiram ao longo daquele período, lembrando que o prazo de validade é contado da homologação do concurso o previsto no artigo 37, inciso III, da CF/88 “ III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.

Lembrando que os aprovados remanescentes enquanto não esgotado o prazo de validade do concurso realizado, terão prioridade sobre os novos concursados, art.37, inciso “IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira. O não respeito ao prazo de validade do concurso bem como sua não realização quando obrigado acarreta a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável pelo ato.

Não existe na lei uma forma ou procedimento que o concurso deverá ser realizado, as bases do concurso serão escolhidas pela própria Administração, bem como os critérios de julgamento ,porém é necessário que seja feito de forma igualitária e justa para todos, deste modo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assegura que somente por lei poderá o administrador estabelecer critérios discriminatórios em concurso público (sexo, idade, altura, peso, exame psicotécnico), vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA EM CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE LEI PARA A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS DE ADMISSÃO A CARGOS PÚBLICOS.

I - Decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento por entender que não é possível a estipulação de altura mínima como critério para admissão a cargo público, sem que haja o devido amparo legal.II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida.III - Agravo regimental improvido.(Ag. Reg.no AI 534560,STF-Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandonski ,DJ: 25.08.2006,P.00019)

Além da legalidade exigida para o estabelecimento de critérios discriminatórios como demonstrado acima é necessário que o concurso seja realizado de forma pública, ou seja, é necessário que seja divulgado aos interessados de forma ampla e objetiva, sobretudo quando referir-se a datas, para que todas as etapas do certame sejam acompanhadas e cumpridas pelos candidatos, a exigência de publicidade é feita em todos os atos administrativos e como tal o concurso não poderia ser diferente .Quanto a temática da publicidade é importante frisar um novo tipo penal introduzido pela lei n °12.550/2011, a qual acrescentou mais um artigo ao Código Penal ,tratando das fraudes em certame de interesse público:

Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:

I - concurso público;

II - avaliação ou exame públicos;

III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou

IV - exame ou processo seletivo previstos em lei:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

O novo tipo penal foi inserido no Título X, que trata dos “crimes contra a fé pública”. Desse modo, segundo a posição topográfica, o bem jurídico protegido é a fé pública. Apesar disso, quando o certame for promovido pelo Poder Público, tenho que o bem jurídico protegido será também a própria Administração Pública. Ainda pautados nas ideias de publicidade e

irregularidades no concurso público é conveniente ressaltarmos o posicionamento da professora Fernanda Marinela acerca de um debate e assunto preocupante, são as manobras fraudulentas que muitos gestores realizam para que, de acordo com sua vontade e conveniência, possam “escolher” os servidores.

A Administração Pública brasileira até hoje, mesmo após vinte e sete anos da sua edição da Constituição Federal de 1988, que introduziu rigorosamente a exigência de concurso público para admissão de pessoal, continua buscando mecanismos para burlar essa regra permitindo que certos candidatos tenham acesso aos cargos e empregos públicos por outros meios, não se sujeitando à escolha meritória [...] Vale a pena lembrar que a tentativa muitas vezes dos nossos administradores é burlar a exigência constitucional, fingindo contratos temporários de trabalho, terceirizações, falsas cooperativas, daí por que a jurisprudência também busca afastar hoje as contratações em geral realizadas pelos diversos entes políticos sem a realização prévia de concurso público. (MARINELA, 2014, p.661-662)

Apesar de sempre ser cabível a reapreciação do poder judiciário sobre resultados de concurso desde que contenha vício, erro ou ilegalidade procedimental, porém quanto ao mérito não poderá, pois é competência exclusiva da própria Administração, isto se deve ao fato de nenhuma lesão ou ameaça a direito individual poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art.5º, XXXV). Hely Lopes Meirelles concorda com a crítica de Marinela ao dizer que:

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 mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos (MEIRELLES, 2003, p.412).

De acordo com a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a aprovação em concurso público não geraria direito adquirido à nomeação para o candidato, ainda que o candidato fosse aprovado dentre as vagas oferecidas no certame, significava uma mera expectativa de direito. Atualmente a Suprema Corte tem entendimento diferente, hoje em dia a aprovação em concurso público dentro do número de vagas estipuladas no edital cria para o candidato direito adquirido e não mais uma simples expectativa de direito. Lembrando que gera um direito adquirido dentro da ordem classificatória, de modo que gera o direito para o candidato mais bem classificado e a nomeação deve seguir uma ordem, de acordo com a súmula nº 15 do STF: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação,

quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Vejamos a ementa e o posicionamento do ministro Paulo Medina:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS REVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO. 1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. 2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes. 3. Recurso ordinário provido. (Processo: RMS 20718 / SP - Relator(a): Ministro PAULO MEDINA (1121) - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 04/12/2007)

De acordo com o Ministro Paulo Medina pratica um ato vinculado quando torna pública a existência de cargos e vagas bem como o interesse de preenchê-los, deste modo enquanto o concurso estiver dentro do prazo de validade o administrador tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados na seleção, de acordo com a ordem de classificação. Quando não respeitado esse entendimento o Poder Público estaria desrespeitando também os princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica. A Administração também não poderia usar o fator orçamentário como “conveniência da Administração” (com o intuito de não nomear) já que existe previsão constitucional para realização deste antes de divulgar o edital:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O Supremo Tribunal Federal também reconhece o direito subjetivo à nomeação desde que preenchidos alguns requisitos como o estar dentro do número de vagas e a validade do concurso, porém ressalva que em situações excepcionais a Administração poderá deixar de nomear, desde que seja um fato superveniente, imprevisível e necessário para solucionar uma situação grave.

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 227480 / RJ - RIO DE JANEIRO; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARMEN LÚCIA; Julgamento: 16/09/2008; Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009).

As pessoas portadoras de deficiência receberam da Constituição Federal tratamento próprio, na medida em que o inciso VIII do art.37 estabeleceu que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiências e definirá os critérios de sua admissão”. Quando a Carta Magna diz que a lei “definirá os critérios de sua admissão”, não significa dizer que dispensa os portadores de deficiência do concurso, mas que prevê a reserva para deficientes até vinte por cento das vagas previstas no concurso, a exemplo da lei nº 8.112/90, art.5º,§2º:

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

A figura da desinvestidura do cargo público poderá ocorrer de três formas: exoneração, dispensa e demissão. A **demissão** é uma forma de punição por falta grave; **exoneração** é

desinvestidura propriamente dita podendo ser motivada, de ofício ou a pedido do interessado e por último a **dispensa** que ocorre com os indivíduos regidos pela CLT.

2.3 FORMAS DE INVESTIDURA DISPENSADAS DA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO

Diogenes Gasparini trata de duas formas de investidura dispensada de concurso público: processo seletivo público e a livre escolha. A Livre escolha está positivada no art.37, inciso II, da Carta Magna, artigo supracitado, Gasparini diz que “é o processo de ingresso no quadro pessoal da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública de pessoas físicas, independentemente de concurso. A autoridade competente para nomear escolhe [...]” (GAPARINI, 2011, p.236). Gasparini atenta que a escolha não é totalmente livre como se dava antes, a escolha deverá ser feita por servidores de carreira de acordo com os casos, condições e percentuais estabelecidos na lei:

Art.37 [...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento

O processo seletivo público tem uma de suas bases legais o art. 198 da CF,§4º, que prevê a realização de um processo seletivo simplificado e menos burocrático tanto no procedimento como na execução, mas sempre priorizando a isonomia e a necessidade de selecionar os melhores agentes para realização do serviço, observemos que o artigo abaixo não traz uma definição do que seria o processo seletivo em si, apenas menciona que fica a cargo das entidades integrantes do Sistema Único de Saúde a regulamentação do processo seletivo, via decreto. Vejamos o artigo em questão:

Art.198 [...]

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

A matéria foi regulamentada pela Lei nº11. 350/06, o qual dispõe em seu artigo 9º: “A contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Em ambos os casos a mesma autoridade competente que nomeia poderá também exonerar, nesse caso a exoneração não significa punição, por ser um ato discricionário não é necessário processo administrativo, bem como dispensa a motivação; tais servidores jamais gozaram de estabilidade mesmo que passem anos vinculados a Administração, pelo menos enquanto a legislação não permitir. Em regra qualquer pessoa poderá, mesmo que não seja servidor público efetivo em nenhuma esfera da Federação, pode ser nomeada para exercer um cargo em confiança. A nomeação para cargo de provimento em comissão (ad nutum) em regra, não pode ser substituída por outro sistema do agente nomeado, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo apontam para a inconstitucionalidade de leis estaduais que previam a ELEIÇÃO como forma de escolha de diretores escolares:

Deixou assento o Pretório Excelso que a competência para essa nomeação é privativa do Chefe do Executivo, uma vez que o cargo de diretor de escola pública é um cargo em comissão e, como tal, de confiança da citada autoridade, a quem o ordenamento confere as prerrogativas de livre nomeação e exoneração, incompatíveis com o sistema de eleições. (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p.302).

Baseado no inciso V do artigo 37 acima mencionado Alexandrino e Paulo asseguram que:

[...] não poderia ocorrer –ao menos teoricamente –que, nos quadros da administração pública de um determinado ente federado, todos os cargos em comissão fossem preenchidos mediante nomeação de pessoas não integrantes dos corpos funcionais permanentes do serviço público. Com efeito, o texto constitucional exige que cada pessoa política estabeleça **em lei** percentuais mínimos dos cargos em comissão que deverão ser preenchidos por servidores de carreira (isto é , concursados), além de casos e condições em que obrigatoriamente isso deva ocorrer. Essa regra, extremamente salutar e moralizada , foi introduzida pela EC19/1998.(ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p 302)

Mesmo que seja servidor de carreira o indivíduo nunca poderá gozar de estabilidade em razão da natureza do cargo em comissão, uma vez destituído do cargo comissionado o servidor voltará a seu cargo de origem, o qual prestou concurso, já o servidor que não é de carreira ao ser exonerado perderá todo e qualquer vínculo com a Administração. No tocante ao âmbito federal inexistiu uma lei geral que possa ser aplicada a todas as carreiras federais que venha a estabelecer valores percentuais mínimos de ocupantes de cargos em comissão que devam ser simultaneamente titulares de cargos efetivos. Como forma de tentar suprimir tal omissão por parte do legislativo foi criado o decreto lei 5.497/2005, apesar de não ser a LEI exigida no texto constitucional, vejamos os percentuais trazidos nesse decreto:

Art. 1º Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - setenta e cinco por cento dos cargos em comissão DAS, níveis 1, 2 e 3; e

II - cinquenta por cento dos cargos em comissão DAS, nível 4.

Já a designação dos servidores em função de confiança deverá recair obrigatoriamente sobre os servidores de cargo efetivo, a dispensa é livre, dessa forma podemos observar que apesar de ato discricionário não é de todo modo livre, a lei faz algumas exigências para sua validade.

Apesar de muitos gestores utilizarem essas exceções legais da realização do concurso como forma de manobrar a máquina pública no tocante a investidura dos servidores o Supremo Tribunal Federal vem declarando a inconstitucionalidade de muitas leis estaduais e municipais que objetivam a criação de cargos em comissão para execução de atividades comuns da administração, sendo essa apenas uma dentre tantas manobras fraudulentas que administradores de má fé procuram fazer para manter apadrinhamentos políticos e beneficiarem-se, vejamos a decisão do órgão julgador:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO COM ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS E OPERACIONAIS TÍPICAS DE CARGO EFETIVO. BURLA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM SEU EXAME.1. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais típicas de cargos efetivos burla o princípio da moralidade administrativa. Precedentes: ADI 4.125/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe

15/2/2011, ADI 3.233/PB, Rel.Min. Joaquim Barbosa, DJe de 14/9/2007, e ADI 3.706/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/10/2007.2. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consecutivamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF) (ADI 4125/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 15/2/2011). Ex positis, DESPROVEJO o recurso extraordinário com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 30 de maio de 2014. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente)

Fernanda Marinela posiciona-se criticamente acerca do assunto, quando nos referimos às manobras realizadas pelos gestores amorais que fazem da Administração Pública uma banca de negócios onde trocam “empregos” por “votos”, utilizando-se de exceções legais como é o caso dos cargos em comissão e funções de confiança, envergonhando nosso país e ferindo explicitamente os princípios norteadores da Administração Pública:

Infelizmente, os administradores brasileiros abusam desses contratos especiais, utilizando-os muitas vezes como mecanismos para obtenção de privilégios pessoais. Também há abusos em situações em que a Administração, apesar de ter realizado concurso público, não nomeia os aprovados e realiza contratos temporários com terceiros para assim atender aos seus interesses. Essas situações caracterizam desvio de finalidade e geram a nulidade do contrato com visível violação e diversos princípios constitucionais, tais como a isonomia, legalidade, moralidade, além de outros. (MARINELA, 2014, p.718)

É cabível neste momento destacarmos também o rol trazido por Fernanda Marinela em sua obra acerca das exceções ao concurso público, tais exceções serão elencadas:

- I- Os cargos de mandato eletivo, em que a escolha é política, por eleição;
- II- Os cargos em comissão, considerados aqueles baseados na confiança, de livre nomeação e exoneração;
- III- As contratações por tempo determinado, hipótese prevista no art.37, inciso IX, da CF, criada para satisfazer necessidades temporárias de excepcional interesse público, situações de anormalidades em regra incompatíveis com a demora do procedimento do concurso, admitindo a adoção de um processo seletivo simplificado;
- IV- As hipóteses excepcionais previstas na CF, tais como: os ministros dos Tribunais de Contas em que a escolha é feita pelo Chefe do Poder Executivo e pela Casa Legislativa conforme regras previstas no art.73 da CF; os ministros do Supremo Tribunal Federal (art101,parágrafo único) e dos Tribunais Superiores ,o STJ(art.104,parágrafo único) o TST(art.111-A), o TSE (art.119) e o STM (

art.123); os Magistrados nomeados através da regra do quinto constitucional(art.94) em que os membros do Ministério Público e os Advogados ocuparão um quinto de vagas nos Tribunais Regionais Federais , nos Tribunais dos Estados , e do distrito Federal e Territórios ,além de outras;

- V- Os ex-combatentes que tenham efetivamente participado das operações bélicas da Segunda Guerra Mundial, conforme art.53, inciso I,do ADCT, da CF;
- VI- Os agentes comunitários de saúde e agentes de combate as endemias, hipótese introduzida pela Emenda Constitucional nº 51, prevista no artigo 198,§ 4º, da CF.(MARINELA, 2014, p.663)

Marcelo Alexandrino também faz duras críticas às contratações irregulares, mencionando ser “um espetáculo degradante de completo descaso para com o dinheiro do contribuinte”, vejamos:

Pensamos que, se a EC 19/1998, houvesse limitado os cargos em comissão **exclusivamente** às atribuições de **direção e chefia**, teria realmente contribuído para resolver o sério problema das miríades de apaniguados que abarrotam as repartições públicas brasileiras, prestando serviços de péssima qualidade – quando chegam a prestar algum serviço! -, em um espetáculo degradante de completo descaso com o dinheiro do contribuinte. Verificou-se , entretanto, uma verdadeira brecha, representada pelas tais atribuições de “assessoramento” (os famigerados cargos de “aspones”), acessíveis inclusive as pessoas não ocupantes de cargos efetivos .São esses cargos comissionados de “ assessoramento” criados às centenas –quando não aos milhares –em todos os níveis da Federação providos por servidores não titulares de cargos efetivos ,que possibilitam as situações mais escandalosas nas quais alguém que nunca fez um concurso público (ou nunca foi aprovado em algum) é nomeado, com base em um risível critério de “ confiança” ,para nada ou quase nada fazer e ser pago regamente com significativa parcela do esforço do nosso trabalho, cidadãos não apadrinhados que pagamos tributos!(ALEXANDRINO e PAULO, 2014,304).

Um dos exemplos mais escabrosos trazido pelo doutrinador acima mencionado foi o julgamento do RE 365.368 AgR/SC, Relator Ministro Ricardo Lewnsdowski, em 22 de maio de 2007,onde no caso, a Câmara Municipal de Blumenau criou alguns cargos em comissão ,dentre eles 67 cargos que iriam existir ao todo na Câmara , 42 seriam em comissão enquanto apenas 25 seriam ocupados por servidores efetivos , bem como temos o exemplo da ADIN 41/25/TO:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO

III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES “ATRIBUIÇÕES”, “DENOMINAÇÕES” E “ESPECIFICAÇÕES” DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

(...)

3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade.

4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes.

5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais.

6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes.

7. (...)

8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões “atribuições”, “denominações” e “especificações” decargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008.

Assim, o inciso IX do artigo 37 da Constituição prevê outra forma de admissão de agentes públicos pela Administração pública diferente do concurso público, da nomeação para cargos em comissão e do provimento de cargos efetivos, seria a contratação temporária: “IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Os agentes temporários pactuam um contrato com a administração, porém não existe um “contrato de trabalho” previsto na CLT, existe um contrato de direito público, são considerados servidores estatutários (são regidos por regimento próprio).

3. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO

A contratação de pessoal por tempo determinado objetiva atender as necessidades extraordinárias da Administração Pública. Para tanto, essa modalidade de inserção no serviço público hoje representa um aspecto muito importante para a Administração Pública por representar a solução para alguns problemas que inevitavelmente ocorrem, porém, muitos gestores utilizam de má fé e fazem dessa prerrogativa uma ferramenta para ilegalidade e imoralidade. Como bem sabemos, o ingresso na Administração se dá via de regra através da aprovação em concurso público (art.37, inciso II, da CF). Isso nos remete a assertiva de

Visando atender ao princípio da acessibilidade dos cargos públicos e demais princípios constitucionais aos quais está a Administração Pública adstrita, nossa Carta Maior tornou obrigatória a aprovação prévia em concurso público para o provimento de quaisquer cargos ou empregos na Administração Direta e Indireta, inclusive para o preenchimento de empregos nas empresas públicas e Sociedade de Economia Mista (BORGES, 2009, p. 01)

Excepcionando algumas outras formas, entre elas a contratação temporária, que são feitas através de contratos temporários, realizados com prazos determinados, de acordo com excepcional interesse público, previsão normativa no artigo 37 da Constituição Federal, inciso IX: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (BRASIL, 1988).

Por sua vez, a Lei Federal 8.745/93 traz uma série de diretrizes que devem ser seguidas tanto por leis estaduais, quanto por municipais, tais como, a indicação de casos de necessidades temporárias, bem como a exigência de processo seletivo simplificado. Nesse sentido, o vínculo celebrado com a Administração Pública por esses agentes é de caráter eventual, deste modo não são servidores públicos e nem agentes governamentais, encontram-se tanto da Administração Direta como na Indireta e são ocupantes de função.

Dessa maneira, os “agentes públicos que se ligam à Administração Pública, por tempo determinado, para o atendimento de necessidades de excepcional interesse público, consoante definidas em lei” (GASPARINI, 2011, p.211). Referida categoria de contratação só poderá ser admitida se a Administração Pública estiver frente a situações em que, devido às circunstâncias, não seja possível a realização de concurso público ou diante de hipóteses que não justifiquem a

nomeação para cargos ou empregos públicos previamente criados por ato legislativo. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, necessidade temporária), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 263).

Cabe mencionar que embora os servidores temporários tenham uma função pública, não é agente público, mas um mero prestador de serviço, na qual é disciplinado pelas leis 8.112/90 e 8.745/96. Todavia, por serem contratados sem concurso público, em alguns casos acabam sendo escolhidos tanto por preferência, quanto por subjetividade de escolha.

Portanto, de acordo com as regras estabelecidas na Carta Magna de 1988 o ingresso de pessoal para servir às necessidades da Administração Pública deve ser feito através de concurso de provas ou de provas e títulos. Todavia, para haver uma exceção à regra, a contratação de servidores temporários deverá atender a alguns preceitos para que seja considerada regular. Isso implica dizer que não poderá ferir os princípios constitucionais a fim satisfazer ao interesse particular em detrimento do interesse público.

3.1 PRAZO DE DURAÇÃO E PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS TEMPORÁRIOS

É importante mencionar que o contratado não pode ser considerado estatutário, visto que será submetido a regime contratual, não celetista, não sendo regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Assim, o regime de previdência social a que estão sujeitos é o regime geral aplicado a todos os trabalhadores civis, excetuando dos que exercem cargos públicos efetivos.

No que diz respeito ao vínculo jurídico, o Supremo Tribunal Federal, entende que os contratos que possuem natureza jurídica temporária e que estão submetidos ao regime jurídico

administrativo, a Justiça Trabalhista não tem competência para o julgamento de questões que envolvam tal vínculo. Dessa maneira, vejamos a recente Reclamação Constitucional, in verbis:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Contrato firmado entre a Anatel e a Interessada tem natureza jurídica temporária e submete-se ao regime jurídico administrativo, nos moldes do inc. XXIII do art. 19 da Lei n. 9.472/97 e do inciso IX do art. 37 da Constituição da República. 2. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. Precedentes. 3. Reclamação julgada procedente. (Rcl 5171/DF- DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 21/08/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Assim, a Lei nº 8.745/93, apesar de não ter apresentado um conceito de necessidade temporária de excepcional interesse público, trouxe em seu artigo 2º alguns casos que podem ser considerados válidos a ensejar a contratação de pessoal por tempo determinado. Cabe mencionar que a contratação temporária na esfera federal não é realizada por meio de concurso público, mas de processo seletivo simplificado no Diário Oficial da União, podendo ser exigida a análise curricular dos candidatos, nos casos de professor e pesquisador visitante estrangeiro, a fim de demonstrar uma ampla capacidade técnica ou científica.

A Medida Provisória nº 431/2008 trouxe uma série de casos capazes de atender as necessidades decorrentes de calamidade pública e de emergência ambiental podendo ser dispensada a seleção simplificada. Destarte, o inciso do IX do artigo 37 da Constituição Federal é uma norma de eficácia limitada, ou seja, reconhece a contratação, porém em seu próprio texto menciona que só poderá ser exercida após o advento da lei.

É de competência de cada da federação a elaboração dessa lei, porém não é obrigatório, uns podem demonstrar esse interesse ou nem tanto, no âmbito federal temos a lei nº 8.745/93. Sem a existência dessa lei de forma prévia não haverá validade do vínculo, tornando-se um mero contrato de trabalho; **o prazo para a contratação é variável e está condicionado a lei que a define**, bem como a prorrogação necessária do contrato deverá ser transparente e motivada,

elencando novamente os requisitos de validade do contrato temporário para que não possa existir desvio de finalidade, prática essa bastante comum, é o que assegura Fernanda Marinela (2014).

Nesse sentido, a lei 8.745/1993 dispõe os prazos de duração dos contratos temporários em conformidade com a hipótese de contratação. Contudo, ainda está longe de ser cumprida em algumas esferas, uma vez que de acordo com a regra os contratos são improrrogáveis e/ou podem ser admitidas prorrogações até um limite máximo, a fim de evitar que sejam perpetuadas as contratações, afrontando o princípio constitucional do concurso público. Assim, a necessidade a ser atendida deve ter duração determinada e identificável no tempo.

Nesse contexto, o contrato celebrado entre a administração pública e o servidor deverá ser obrigatoriamente de cunho temporário, uma vez que a permanência do vínculo entre ambos vai de encontro à ideia de necessidade transitória, à qual se vincula esse tipo de admissão de servidores. Tal condição visa coibir a admissão indiscriminada de pessoal, bem como evitar que a Administração se valha de tal espécie de contratação para esquivar-se à exigência de concurso público.

Prazo determinado, previsão legal, excepcional interesse público e temporariedade da função são os requisitos legais indispensáveis à validade dos contratos temporários, segundo o Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: DEFENSOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, II e IX. Lei 6.094, de 2000, do Estado do Espírito Santo: inconstitucionalidade. I. - A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, **deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.** II. - Lei 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”. (ADI 2.229, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJ 25.6.2004) (grifo nosso)

Nesse sentido, a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o artigo 37, IX, da Constituição Federal não admite hipóteses abrangentes e genéricas de contratação

temporária sem a indispensável especificação da contingência fática que evidencia a situação de emergência. Alex Muniz Barreto (2015) diz que “[...] prazo certo e mediante remuneração [...] este, em regra, **não será passível de renovação ou prorrogação, salvo em razão de fatos ocorridos posteriormente e devidamente justificados pelo ente contratante**” (BARRETO, 2015, p.332). (grifo nosso).

Ainda no que diz respeito a essa questão, Fernanda Marinela diz que:

Ocorre hoje que a Administração Pública muitas vezes contrata com o rótulo de contrato temporário, mas em razão das sucessivas prorrogações desses vínculos, a longa permanência dos servidores descaracteriza a sua natureza, gerando uma verdadeira relação de trabalho e comprometendo a validade do concurso. Entretanto, **a orientação do STF é a de que a prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente** (MARINELA, 2014, p. 717). (grifo nosso)

José dos Santos Carvalho Filho (2013) atenta para três pressupostos de inafastáveis do regime especial no qual enquadram-se os servidores temporários, são eles: determinabilidade temporal, temporariedade e excepcionalidade. A determinabilidade temporal da contratação significa que os contratos firmados com os servidores temporários deverão ter sempre prazo determinado, diferentemente do que ocorre com os servidores estatutários e trabalhistas, já por temporariedade da função entende-se que os agentes temporários recrutados deverão ocupar funções temporárias, caso seja feita a contratação de servidores temporários para ocupação de cargos permanentes essa contratação será inválida, o último e não menos importante pressuposto é a excepcionalidade do interesse público, atividades rotineiras não podem ensejar o recrutamento de pessoal, devendo realmente ser algo de excepcional interesse público.

José dos Santos Carvalho Filho faz críticas as contratações irregulares as quais não atendem aos pressupostos supracitado:

Lamentavelmente, a contratação pelo regime especial, em certas situações, tem servido mais a interesses pessoais do que a interesses administrativo. Por intermédio desse regime ,têm ocorrido contratações “temporárias” com inúmeras prorrogações ,o que as torna verdadeiramente permanentes .Ocorre também que a Administração realiza concurso para investidura legítima em

regime estatutário ou trabalhista e, ao invés de nomear ou contratar os aprovados ,contrata terceiros para as mesmas funções. Trata-se de condutas que refletem *desvio de finalidade* e que merecem invalidação em face dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa (CARVALHO FILHO, 2013, p.608).

No âmbito da lei Federal nº 8.745/1993 a qual regula a contratação temporária do âmbito federal prevê prazos máximos de duração dos contratos, incluídas as prorrogações (quando cabíveis) são estabelecidas no artigo 4º da citada lei, de acordo com as hipóteses de contratação ,Alexandrino e Paulo continuam :

A fixação desses prazos máximos visa impedir que se perpetuem as contratações (por exemplo, mediante prorrogações sucessivas ilimitadas) , como burla à exigência de ingresso no serviço público mediante concurso público – que é a regra geral – e afronta a outros princípios constitucionais administrativos ,tais quais os da moralidade e da impessoalidade

Alexandrino e Paulo atentam, de acordo com a citação acima, para determinadas contratações temporárias que aparentam o requisito da transitoriedade porque são feitos por prazo determinado, mas as atividades são inerentes a cargos do quadro permanente de funcionários públicos, o que foge totalmente da lógica da supremacia do interesse público, porque atendem a interesses individuais dos gestores da coisa pública que beneficiam determinadas pessoas; tal ato caracteriza de forma cristalina ato de improbidade administrativa e infringe a moralidade por parte dos gestores tendo como consequências para a sociedade, além de negada a oportunidade de emprego público, é a baixa qualidade da gestão administrativa, pois não são pessoas qualificadas para o cargo e não possuem compromisso com a coisa pública.

Gasparini sobre os prazos dos contratos temporários:

O inciso IX do art.37 da Constituição Federal, criador dos agentes temporários, exige que a contratação seja por tempo determinado, isto é, por prazo suficiente para pôr fim à situação transitória que lhe deu causa. Assim, a Administração Pública que demanda essa espécie de agente público deve estimar o mais precisamente possível esse tempo e grafá-lo no ajuste. **Não pode haver contrato para tal fim sem prazo ou por prazo indeterminado ou, ainda, com cláusula que atribua à Administração Pública contratante a competência para dizer quando está extinto o ajuste.** Por isso entende-se não caber prorrogação ou renovação desse ajuste, salvo em razão de fatos ocorridos posteriormente e devidamente justificados. (GASPARINI, 2011, p.215) (grifo nosso).

De acordo com o artigo 4º da Lei n º 8.745/93 os prazos e prorrogações das contratações temporárias no âmbito federal serão feitas observadas as seguintes orientações:

Art. 4º As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos:

I - 6 (seis) meses, nos casos dos incisos I, II e IX do caput do art. 2º desta Lei;

II - 1 (um) ano, nos casos dos incisos III e IV, das alíneas d e f do inciso VI e do inciso X do **caput** do art. 2º;

III - 2 (dois) anos, nos casos das alíneas *b*, *e* e *m* do inciso VI do art. 2º;

IV - 3 (três) anos, nos casos das alíneas “h” e “l” do inciso VI e dos incisos VII, VIII e XI do caput do art. 2º desta Lei;

V - 4 (quatro) anos, nos casos do inciso V e das alíneas *a*, *g*, *i* e *j* do inciso VI do caput do art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos:

I - no caso do inciso IV, das alíneas *b*, *d* e *f* do inciso VI e do inciso X do caput do art. 2º, desde que o prazo total não exceda a 2 (dois) anos;

II - no caso do inciso III e da alínea *e* do inciso VI do caput do art. 2º, desde que o prazo total não exceda a 3 (três) anos;

(...) (BRASIL, 1993)

Com relação à extinção do contrato temporário se dá de três formas: a pedido do contratado, pelo término do prazo determinado ou quando ocorre por iniciativa do órgão contratante (decorre de conveniência administrativa), lembrando quem nas duas primeiras hipóteses não assiste ao servidor direito a indenização e no último caso quando houver a extinção por iniciativa do órgão contratante o contratado fará *jus* a indenização correspondente à metade do que lhe caberia referente ao restante do contrato.

Nesse sentido, a não observância dos aspectos inerentes a contratação temporária ocasionou à declaração de inconstitucionalidade de muitas leis que promoviam sucessivamente contratações emergenciais, embora não houvesse necessidade temporária e do interesse público excepcional. Assim, na maioria das vezes, contratava-se de forma indevida com o intuito de evitar o aumento da despesa decorrente da contratação de pessoal em caráter permanente. Desse modo, cita-se o seguinte acórdão:

Ação direta de Inconstitucionalidade. Lei Amapaense nº 765/2003. Contratação por tempo determinado de pessoal para prestação de serviços permanentes:

saúde; educação; assistência jurídica; e, serviços técnicos. Necessidade temporária e excepcional interesse público não configurado. Descumprimento dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição da República. Exigência de concurso público. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 3116, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe-097 DIVULG 23-05-2011 PUBLIC 24-05-2011 EMENT VOL-02528-01 PP-00062) (grifos acrescentados)

É perceptível que nem todas as funções estatais podem ser exercidas pelos empregados contratados de maneira temporária, mas somente aquelas decorrentes de necessidade temporária. Para tanto, não há possibilidade de realizar contratações temporárias com a finalidade de suprir o quadro de pessoal em funções permanentes, ligadas a determinadas competências essenciais do Estado, uma vez que estas funções somente podem ser exercidas por agentes submetidos a regime jurídico estatutário, cujas regras são compatíveis com o exercício dessas atribuições. Da mesma forma, é inconcebível a contratação temporária para execução de serviços meramente burocráticos, visto que não se configura o excepcional interesse público.

3.2 NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

Necessidade temporária de excepcional interesse público pode-se concluir que a contratação temporária não deverá ter por finalidade o atendimento a situações administrativas rotineiras. Marinela destaca “a excepcionalidade do regime deve ser compatível com a anormalidade do interesse público a ser protegido” (MARINELA, 2014, p.669). Importante é frisar também quanto à temporariedade da função, pois se for constatada uma necessidade permanente daquela função deverá ser realizado o concurso público, procedimento correto para ocupação de cargos e funções públicas. Alez Muniz Barreto destaca acerca da necessidade temporária de excepcional interesse público:

“Entende-se que há *necessidade temporária de excepcional interesse público* nas situações transitórias e extraordinárias que revelam em contexto de exceção no serviço público. Tal contratação deve ser, a circunstância de anormalidade e a necessidade da utilização desses servidores temporários, sob pena de nulidade dos contratos e punição da autoridade responsável” (BARRETO, 2015, p.332).

Para Diogenes Gasparini “*necessidade temporária* entende-se a qualificada por sua transitoriedade; a que não é permanente; aquela que se sabe ter um fim próximo. Em suma, a que é passageira” (GASPARINI, 2011, p.213). A necessidade a ser atendida, além de ser temporária, há de ser de excepcional interesse público o qual pode ou não está ligada à imperiosidade de um atendimento urgente, a Constituição também não exige a necessidade de um atendimento urgente para legitimar a contratação temporária, bastando a transitoriedade da situação e o excepcional interesse público, porém é necessário demonstrar a impossibilidade do atendimento com os recursos humanos de que dispõe a Administração Pública ou que não se tenha dúvida de que não há meios de supri-la com o remanejamento de pessoal já existente.

Nesse sentido, Rocha (1999) assegura que:

(...) que se estabeleçam os critérios legais para a definição do que seja a temporariedade e a excepcionalidade. Aquela referente à necessidade, e esta concernente ao interesse público. É temporário aquilo que não tendo a duração ou permanência no tempo. A transitoriedade põe-se como uma condição que indica ser passageira a situação, pelo que o desempenho da função, pelo menos pelo contratado, tem o condão de ser precário. A necessidade que impõe o comportamento há de ser temporária, segundo os termos constitucionalmente traçados. Pode-se dar que a necessidade do desempenho não seja temporária, que ela até tenha de ser permanente. Mas a necessidade, por ser contínua e até mesmo por ser objeto de uma resposta administrativa contida ou expressa num cargo que até mesmo se encontre, eventualmente, desprovido, é que torna aplicável a expressão constitucionalmente manifestada pela expressão ‘necessidade temporária’. Quer-se, então, dizer que a necessidade das funções é contínua, mas aquela que determina a forma especial de designação de alguém para desempenhá-las sem concurso e mediante contratação é temporária. (...)” (ROCHA, 1999, p. 105).

Desse modo, a necessidade temporária e a excepcionalidade do interesse público fazem parte dos quatro requisitos cumulativos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para a legitimidade da contratação temporária prevista do artigo 37, inciso IX da Constituição Federal, a saber :

- os casos excepcionais devem estar previstos em lei;
- o prazo de contratação deve ser predeterminado;
- a necessidade deve ser temporária ;

- o interesse público deve ser excepcional.

Dessa forma, também se manifesta a nossa Corte Suprema sobre a invalidade das contratações temporárias para ocupações de funções meramente burocráticas, pois não caracterizam o “interesse público” previsto na Constituição. Para a contratação deve a Administração Pública promover a devida justificativa, com a correta descrição da situação de anormalidade e das razões que a tornam imprescindível e que caracterizam o excepcional interesse público. Dessa maneira, podemos afirmar a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária, pois caso contrário o Estado deve recrutar por meio dos demais regimes. Assim, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dispôs que:

ACÇÃO DIRETA DE INCOSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE NATUREZA PERMANENTE. 1. Situações administrativas próprias da gestão pública das respectivas secretarias não podem ensejar a dispensa na realização de concurso público. 2. É flagrante a infração às normas constitucionais porque não está tipificada nas leis impugnadas a excepcional situação de interesse público que autorize o acesso a cargo público sem a realização de concurso, sendo igualmente evidente o caráter permanente das necessidades e da função apontada. 3. A excepcionalidade há que resultar de circunstâncias imprevisíveis à Administração Pública, o que não se caracteriza em qualquer dos serviços contratados. (Órgão Especial - Comarca de Porto Alegre - Nº 70015666985 - EXMO SR DR PROCURADOR GERAL DE JUSTICA - requerido: MUNICIPIO DE SAO BORJA - requerida: CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE SAO BORJA)

O descumprimento dessa obrigação pode levar à nulidade da contratação que o ensejou, por configurar inobservância ao inciso II do art.37 da Constituição Federal, conforme preceituado no § 2º dessa regra, sem prejuízo da competente ação popular, que pode ser impetrada por qualquer cidadão, para ver extinta a contratação e compelida a autoridade responsável a compor os danos que seu comportamento causou ao erário público, é o que afirma Gasparini (2011). Portanto, a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes é incabível, arbitrária e inválida.

3.3 HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PREVISTA EM LEI

A contratação temporária na administração pública envolve uma série de aspectos legais. Para tanto, é de fundamental importância tanto à interpretação, quanto a compreensão do art. 37, incisos II e IX da Constituição Federal de 1988. Assim, as contratações temporárias também estão fundamentadas na Lei 8.745/93 na qual disciplina a contratação temporária na qual disciplina as regras quanto à contratação por prazo determinado, elencando hipóteses de excepcional interesse público, apesar de não definir ou conceituar em seu texto o que seria o exatamente o excepcional interesse público. Assim, vejamos:

- “Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:
- I - assistência a situações de calamidade pública;
 - II - combate a surtos endêmicos;
 - III - realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; (Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999).
 - IV - admissão de professor substituto e professor visitante;
 - V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;
 - VI - atividades: (...)” (BRASIL,1993)

A contratação temporária na esfera federal, como já mencionado não é realizada mediante concurso público, mas sim por meio de **processo seletivo simplificado** sujeito a ampla divulgação. A desnecessidade de processo seletivo simplificado restringe-se apenas aos casos de contratação para atender circunstâncias provenientes de calamidade pública, emergência ambiental ou relacionada à saúde pública, complementa Alex Muniz (2015).

Sabemos que foi somente a partir da Constituição Federal de 1988, que a exigiu o concurso público para os empregos públicos, isto é, aquelas funções regidas pela CLT. A priori, o concurso era exigido apenas para os cargos públicos, diferentes do emprego público.

A referida lei também traz direcionamentos sobre remuneração dos contratados, infrações disciplinares, extinção do contrato bem como condiciona tais ajustes a previsão orçamentária (artigo 5º):

Art. 5º As contratações somente poderão ser feitas com observância da dotação orçamentária específica e mediante prévia autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministro de Estado sob cuja supervisão se encontrar o órgão ou entidade contratante, conforme estabelecido em regulamento.

Parágrafo único.

Art. 5º-A Os órgãos e entidades contratantes encaminharão à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para controle do disposto nesta Lei, síntese dos contratos efetivados. (BRASIL,1993)

O artigo 6º proíbe a contratação de servidores da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, com algumas exceções. Vejamos:

Art. 6º É proibida a contratação, nos termos desta Lei, de servidores da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de empregados ou servidores de suas subsidiárias e controladas.

§ 1º Excetua-se do disposto no **caput** deste artigo, condicionada à formal comprovação da compatibilidade de horários, a contratação de:

I - professor substituto nas instituições federais de ensino, desde que o contratado não ocupe cargo efetivo integrante das carreiras de magistério de que trata a lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987;

II - profissionais de saúde em unidades hospitalares, quando administradas pelo Governo Federal e para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública [...] (BRASIL, 1993).

Por sua vez, o artigo 9º enumera as vedações a que estão sujeitos os contratados:

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

I - receber atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato;

II - ser nomeado ou designado, ainda que a título precário ou em substituição, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

III - ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei. (BRASIL, 1993)

Importante registrarmos também que o STF em inúmeros julgados, firmou entendimento de que as lides entre o Poder Público contratante e os agentes públicos temporários contratados com base no art.37, inciso IX, da Constituição Federal não são competência da Justiça do Trabalho e sim da justiça Comum Federal ou Estadual, conforme o caso. Em outras palavras, os agentes públicos temporários federais, quanto às causas relacionadas à sua relação funcional com a administração pública federal, têm foro na Justiça Federal; os agentes públicos temporários estaduais, municipais ou distritais, quanto às lides atinentes à sua relação funcional com a administração pública do respectivo ente federado, têm foro na Justiça Estadual.

Vale salientar que o vínculo de empregados temporários pertencentes a Administração Pública não pode ser confundido com o provimento de cargos efetivos por servidores públicos estatutários, assim como distingue-se da contratação de empregados públicos celetistas e da designação para cargos em comissão.

No que concerne aos contratos temporários de Duarte (2014) pontua que:

Com a edição da Emenda Constitucional nº 51/2006, houve uma situação inusitada de extinção do contrato temporário, por meio da sua transformação em emprego público permanente. A redação original do inciso II do art. 2º, da Lei 8.745/1993, trazia a hipótese de contratação temporária para combate a surtos endêmicos, permitindo assim a contratação, sem concurso público, de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias. Ocorre, porém, que o art. 2º da EC 51/2006 e o art. 12 da Lei 11.350/2006 transformaram esse vínculo temporário em emprego público permanente, numa manobra política para favorecer os agentes já contratados em caráter temporário, em detrimento da ampla concorrência que seria proporcionada se fosse promovido concurso público para preenchimento dessas novas vagas permanentes. Ou seja, de maneira repentina, os empregados temporários foram agraciados com um emprego público de vínculo permanente, sem prestar concurso público. Em que pese ser possível a Constituição excepcionar suas próprias regras (a alteração foi feita por meio de Emenda Constitucional) essa prática configura nítida violação à moralidade administrativa. Além disso, essa exceção ao princípio do concurso público, feita de modo específico para atender interesses setoriais, atenta contra a isonomia entre os administrados na disputa pela contratação pela Administração pública (DUARTE, 2014, p. 01).

Podemos dizer também que a contratação temporária pode ser utilizada pelo Legislativo, pelo Judiciário, pelas Cortes de Contas e pelas entidades da Administração Pública indireta para o atendimento, em tempo determinado, de necessidades temporárias de excepcional interesse público, desde que sejam observados os condicionamentos próprios dela decorrentes.

Portanto, as contratações de que foram tratadas celebradas com fulcro no art.37, XI da Constituição Federal de 1988, não podem ser considerados como meio idôneo para o preenchimento de cargos públicos por qualquer razão. Para tanto, não devem servir apenas de escudo para legitimar ações que tentem burlar o princípio do concurso público disposto no art.37, inciso II da Lei Maior. Trata-se de alertar o uso indiscriminado desta modalidade de contratação por alguns gestores, visto que tais contratações vão de encontro à sistemática constitucional que

transforma a exceção em regra, a transitoriedade em permanência, devendo ser fiscalizadas, coibidas e sancionadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, a Constituição Federal de 1988, dispõe em seu artigo 37, inciso II, a obrigatoriedade da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos declarados em lei. Assim, os cargos de comissão, as nomeações de Tribunais e as contratações temporárias para atender o excepcional interesse público são exceções a esta regra. Todavia, esta última foi regulamentada pela Lei 8.745/93, na qual estabelece uma série de hipóteses consideradas como necessidade temporária de excepcional interesse público.

Nesse sentido, a expressão necessidade temporária de excepcional interesse público não foi muito bem explicada, servindo como uma forma dos gestores se aproveitarem de tal situação, ferindo assim alguns princípios constitucionais tais como o da moralidade, impessoalidade e eficiência, uma vez que em muitos casos contratam servidores a seu bel prazer. Na verdade, o objetivo do concurso público é garantir que os cargos públicos sejam ocupados de forma democrática, por indivíduos capacitados para desempenhar as funções no âmbito da administração e não apenas por pessoas cujo critério de admissão sejam subjetivos.

Vale ressaltar que a contratação por tempo determinado tem o intuito de atender as necessidades extraordinárias, cuja demanda não sejam compatíveis com a contratação de indivíduos de maneira permanente. Lamentavelmente isso nem sempre acontece como deveria, ou seja, a falta de planejamento associada aos interesses particulares dos gestores faz com que esta exceção seja transformada em regra, devendo, para tanto, ser fiscalizada e proibida. Assim, a finalidade da Administração Pública é o interesse público, e para isso, é preciso que sejam abolidos todos os favorecimentos, perseguições e ações que satisfaçam apenas o interesse particular, tais como o nepotismo e a admissão de pessoas com através de critérios subjetivos.

Entretanto, ao não aplicar o dispositivo de maneira adequada, o constituinte deixou uma lacuna que gerou uma série de entendimentos não pacíficos, cujos gestores se aproveitam da situação, desconsiderando a regra do concurso público em detrimento da contratação temporária, que é a exceção no instante em que empregam conchavos políticos, fraudando tal exigência, caracterizando como uma atitude fraudulenta e improba.

Portanto, a Lei Maior embora tenha tratado de tais casos de admissão por tempo determinado com a finalidade de atender as necessidades temporárias e de excepcional interesse público, não outorgou ampla discricionariedade ao gestor, restando assim que seja também levado em consideração o princípio da razoabilidade, sob pena de ser inconstitucional.

REFERÊNCIAS

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Breves conceitos sobre o instituto do Concurso Público no Direito Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 15, nov 2003. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092>. Acesso em jun 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22 ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de direito administrativo descomplicado/Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:MÉTODO,2010

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo**. 4 ed. São Paulo: Leme: CL EDIJUR,2015.

BORGES, Raiane Mousinho Fernandes; DUARTE JUNIOR, Ricardo Cesar Ferreira. Contratação temporária: Análise de pressupostos e questões controversas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6349&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em out 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris,2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo/Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 26 ed. São Paulo :Atlas ,2013.

DUARTE, Guido Arrien. **A contratação temporária de pessoal pela Administração Pública.** Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-contratacao-temporaria-de-pessoal-pela-administracao-publica,50554.html>> Acesso em: 02 de fevereiro de 2016.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 16 ed. São Paulo: Saraiva 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo/Fernanda Marinela.** 8 ed. Niterói: Impetus, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PESSOA, João Felipe Ferreira Soares. Concurso público: exceções legais potencialmente lesivas à moralidade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4047, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29034>>. Acesso em: 7 jun. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29034/concurso-publico-as-excecoes-legais-potencialmente-lesivas-a-moralidade-administrativa#ixzz3cbItApdf>. Acesso em dezembro de 2015.

ROCHA, Carmén Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos.** São Paulo: Malheiros, 1999.

