

ASPECTO CONSTITUCIONAL DO TEMA

ART. 37, I, CF - ACESSIBILIDADE AOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

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;

ACESSIBILIDADE

► **Quanto à acessibilidade, a CF, 37, I, CF, enuncia que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.**

Perceba que se tem duas regras: o acesso aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e os estrangeiros, na forma da lei. Em um primeiro momento a Lei 8.112/90 traz os requisitos básicos e, portanto, necessários, para o preenchimento do cargo, sem prejuízo de, conforme natureza e a complexidade do cargo ou emprego, a lei exigir outros requisitos. (DANTAS, Alessandro, KRUGER, Ronald Rodor. Manual de Direito Administrativo: Volume Único. 2ª edição, Editora Juspodivm, Salvador, 2018)

► **Os requisitos gerais de acesso ao cargo. (Art. 5º, I a VI da Lei 8.112/90)**

Os requisitos gerais de acesso ao cargo em âmbito federal estão previstos nos incisos I a VI, do artigo 5º da Lei 8.112/90. São eles: I – a nacionalidade brasileira; II – o gozo dos direitos políticos; III – a quitação com as obrigações militares e eleitorais; IV – o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; V – a idade mínima de dezoito anos; VI – aptidão física e mental. Como dito, as atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei. (Art. 5, § 1º). Inclusive o parágrafo único do artigo 10º expressamente enuncia que os demais requisitos para o ingresso e o desenvolvimento do servidor na carreira, mediante promoção, serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira na Administração.

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

“No caso dos cargos públicos federais submetidos à Lei n.º 8.112/1990, o art. 5º do mencionado diploma determina como requisitos básicos para a investidura em cargo público: (1) a nacionalidade brasileira; (2) o gozo dos direitos políticos; (3) a quitação com as obrigações militares e eleitorais; (4) o nível de escolaridade exigido

do para o exercício do cargo; (5) a idade mínima de 18 anos; e (6) a aptidão física e mental. O art. 5º § 1º, da Lei n.º 8.112/1990 expressa que as atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei. (NOHARA, Irene Patrícia. Constituição Federal de 1988: comentários ao capítulo da administração pública: cap. VII do título III: da organização do Estado: artigos 37 a 43 / Irene Patrícia Nohara. – São Paulo: Atlas, 2015”. (Coleção direito administrativo positivo; v. 1 / Irene Patrícia Nohara, Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 23)

► **Primeiro requisito: *Nacionalidade Brasileira*. Nacionalidade é o vínculo jurídico que une um indivíduo a determinado Estado.**

Para ocupar cargo público é preciso ser brasileiro, nato ou naturalizado, ou português equiparado. Nacionalidade é o vínculo jurídico que une um indivíduo a determinado Estado. O art. 20 da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992, preconiza que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade e à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. Perante o Estado, o indivíduo ou é nacional ou estrangeiro. Nacional é o sujeito natural do Estado. Estrangeiro, por exclusão, é aquele a quem o direito do Estado não atribui a qualidade de nacional, sujeitando-se a outro Estado, de acordo com as regras de Direito Internacional. Por isso, a “definição de Estado é indissociável da ideia de nacionalidade”, não sendo compreensível “a existência de um Estado, cuja dimensão humana fosse composta por estrangeiros e cujo governo ‘soberano’ se encontrasse em mãos de súditos de outros países”. (BRANDÃO, 2016, p. 40)

► **A nacionalidade é matéria que se sujeita, unicamente, quanto à sua definição, ao poder soberano do Estado.**

Firmada a nacionalidade, o indivíduo passa a integrar o povo de determinado Estado. O povo é o conjunto de nacionais. Aos estrangeiros, no entanto, a Constituição, em seu art. 5º, caput, inc. XV, assegura o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e, em tempo de paz, garante-lhes a livre a locomoção no território nacional, podendo, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. A nacionalidade brasileira será primária ou originária, da qual emana a condição de brasileiro nato; ou secundária ou adquirida, da qual resulta o status de brasileiro naturalizado. A nacionalidade primária resulta do nascimento. Decorre de “laços sanguíneos, territoriais, ou de ambos ao mesmo tempo. É unilateral, pois é o Estado que estabelece os critérios para a sua outorga. Pouco importa o desejo humano de adquiri-la. Pelo critério sanguíneo (*ius sanguinis*) considera-se nacional o descendente de outro nacional, independentemente do local de nascimento. De acordo com o critério territorial (*ius soli*) considera-se nacional quem nasce no território de determinado Estado, independentemente de sua ascendência. A Constituição de 1988 adotou ambos os critérios, mas nenhum de forma absoluta, ao tempo em que adicionou critérios outros, como o funcional e o residencial, para identificar os brasileiros.

► **Com efeito, é brasileiro nato o nascido na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país**

Com efeito, é brasileiro nato o nascido na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país. Na primeira parte da alínea, a Constituição adotou o critério do *ius soli*, ou seja, são brasileiros natos todos aqueles que nascem na República Federativa do Brasil, independentemente de sua ascendência. Prevalece, nessa hipótese, o local do nascimento sobre os laços sanguíneos. A parte final da alínea “a” contém importante ressalva, ou seja, “desde que estes não estejam a serviço de seu país”. Significa dizer que se um ou ambos os pais da criança nascida no território brasileiro estiverem “exercendo atividade ligada aos seus respectivos Estados originários”, prevalecerão os laços sanguíneos em detrimento do local de nascimento. (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição –Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016, p. 41)

► **Também é brasileiro nato o nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil.**

Também é brasileiro nato o nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil. A Constituição adotou o critério *do ius sanguinis* combinado com o critério funcional consubstanciado na expressão “a serviço da República Federativa do Brasil”, assim compreendida a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e até mesmo os Territórios e as entidades da administração indireta, como as autarquias, fundações e empresas governamentais. Do mesmo modo, é brasileiro nato o nascido no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que seja registrado em repartição brasileira competente ou venha a residir na República Federativa do Brasil e opte, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição –Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016, p. 42)

► **A naturalização “é o ato pelo qual alguém adquire a nacionalidade de outro país. Torna-se por conseguinte naturalizado, perdendo a nacionalidade anterior.**

A naturalização “é o ato pelo qual alguém adquire a nacionalidade de outro país. Torna-se por conseguinte naturalizado, perdendo a nacionalidade anterior. Para o seu aperfeiçoamento “é necessária a concorrência de dois fatores: a vontade do naturalizando e a aquiescência do Estado”. Depreende-se da Constituição de 1988 que são duas as espécies de naturalização: a) a ordinária e b) a extraordinária. A naturalização ordinária está prevista no art. 12, II, “a”, da CF. Será deferida ao estrangeiro, residente no país, que preencha os requisitos estabelecidos em lei, exigidas aos originários de países de língua portuguesa (Portugal, Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Açores, Cabo Verde, Príncipe, Goa, Macau, Timor Leste) apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral. A naturalização extraordinária está prevista no art. 12, II, “b”, da CF. Será deferida ao estrangeiro de qualquer nacionalidade, residente na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde

que requeira a nacionalidade brasileira. Essa espécie de naturalização constitui-se em direito subjetivo do estrangeiro que atende aos requisitos constitucionais. A aplicação dessa regra “pressupõe a prova inequívoca de que o extraditando requereu e obteve a nacionalidade brasileira”. (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição – Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016, p. 44)

► **O requerimento de aquisição da nacionalidade brasileira, previsto na alínea “b” do inciso II do art. 12 da Carta de Outubro, é suficiente para viabilizar a posse no cargo triunfalmente disputado mediante concurso público. Isto quando a pessoa requerente contar com quinze anos ininterruptos de residência fixa no Brasil, sem condenação penal.**

“Com efeito, o simples requerimento [...] é suficiente para viabilizar a posse no cargo triunfalmente disputado mediante concurso público. Isto quando a pessoa requerente contar com quinze anos ininterruptos de residência fixa no Brasil, sem condenação penal. A Portaria de formal reconhecimento da naturalização, expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, é de caráter meramente declaratório. Pelo que seus efeitos não de retroagir à data do requerimento do interessado”. (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição – Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016, p. 44)

■ **Neste sentido:** “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. ESTRANGEIRO. NATURALIZAÇÃO. REQUERIMENTO FORMALIZADO ANTES DA POSSE NO CARGO EXITOSAMENTE DISPUTADO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À ALÍNEA “B” DO INCISO II DO ARTIGO 12 DA MAGNA CARTA. **O requerimento de aquisição da nacionalidade brasileira, previsto na alínea “b” do inciso II do art. 12 da Carta de Outubro, é suficiente para viabilizar a posse no cargo triunfalmente disputado mediante concurso público.** Isto quando a pessoa requerente contar com quinze anos ininterruptos de residência fixa no Brasil, sem condenação penal. A Portaria de formal reconhecimento da naturalização, expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, é de caráter meramente declaratório. Pelo que seus efeitos não de retroagir à data do requerimento do interessado. Recurso extraordinário a que se nega provimento”. (RE 264848, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2005, DJ 14-10-2005 PP-00012 EMENT VOL-02209-3 PP-00489 RTJ VOL-00196-01 PP-00325)

► **segundo requisito: Gozo dos direitos políticos**

“Direito político é a possibilidade jurídica de o cidadão votar, ser votado e desempenhar funções em quaisquer dos Poderes da República. Compreende “o conjunto de regras destinadas a regular o exercício da soberania popular e que diz respeito “ao direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, à igualdade de oportunidade dos partidos”. (BRANDÃO, Júlio

Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição –Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016, p. 44)

► **Terceiro requisito: quitação com as obrigações militares e eleitorais.**

O serviço militar é obrigatório, por determinação do art. 143 da CF. A Constituição determina, ainda, que às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar, e isenta do serviço militar obrigatório em tempo de paz, as mulheres e os eclesiásticos, sujeitando-os, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição –Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016, p. 45)

► **Fundamento da exigência de quitação com as obrigações militares para assunção de cargo público**

“Cretella Jr. anota que é fácil entender o fundamento da exigência de quitação com as obrigações militares para assunção de cargo público, “pois não se pode admitir que o cidadão usufruindo diversas regalias, concedidas pelo Estado, não tenha o dever de, em retribuição, suportar ônus relativamente pequeno, qual seja o de dedicar pequeno período da vida em adestrar-se no exercício de atividade concernente à defesa da pátria, a fim de que possa defendê-la, caso isso se faça necessário” (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição –Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016)

► **No ato da posse o candidato deverá apresentar o seu certificado de reservista ou o certificado de dispensa de incorporação.**

“No ato da posse o candidato deverá apresentar o seu certificado de reservista ou o certificado de dispensa de incorporação. Já o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos e facultativos para os analfabetos, maiores de setenta anos e para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos”. (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição –Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016, p. 45)

► **Quarto requisito: nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo.**

Para ser investido em cargo público o cidadão aprovado em concurso público deverá comprovar que possui a escolaridade necessária para o exercício cargo, mediante apresentação de certificado ou diploma de conclusão de curso. (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição –Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016, p. 45)

► **Essa comprovação, no entanto, será exigida pela Administração na posse e não no momento da inscrição em concurso público.**

Essa comprovação, no entanto, será exigida pela Administração na posse e não no momento da inscrição em concurso público.

► **Quinto requisito: idade mínima de dezoito anos**

A lei exige a idade mínima de dezoito anos para que o cidadão possa ser titular de cargo público, cuja comprovação será feita no ato de posse e não no momento da inscrição, tendo em vista que a idade mínima é requisito para o exercício do cargo e não de inscrição em concurso público.

► **Sexto requisito: aptidão física e mental.**

Exige-se, ainda, de quem pretende investir-se em cargo público, a aptidão física e mental. Alguns cargos públicos – das polícias de um modo geral – exigem do candidato boas condições físicas e psicológicas, o que legitima a exigência de testes físico e psicológico. Avaliação psicológica – denominação utilizada em substituição à expressão “exame psicotécnico”, a partir do advento do Decreto 7.308, de 22.09.2010, que alterou o Decreto 6.944, de 21.08.2009 – é o emprego de procedimentos científicos destinados a aferir a compatibilidade das características psicológicas do candidato com as atribuições do cargo. Se durante a avaliação médica for constatada a existência de doença grave, incurável ou contagiosa, indicada no art. 186, § 1º, desta Lei, o candidato não poderá ser empossado. Por isso que se entende como nula de pleno direito, por exemplo, a investidura de alienado mental em cargo público. (BRANDÃO, Júlio Cezar Lima, Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal – Teoria e Prática, 3ª Edição – Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016, p. 47)

► **O princípio da ampla acessibilidade repugna exigências, ainda que legais, que sejam excessivas, descabidas ou inoportunas ou que atinjam a própria razão de existir e os objetivos do concurso público.**

“Essas lições amoldam-se perfeitamente ao controle das espécies normativas e demais atos administrativos que se relacionem com concursos públicos. Inicialmente, relembre-se que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. A lei que estabelece os requisitos para acesso não pode ser desarrazoada, contendo exigências absurdas que em nada se relacionam com o exercício dos misteres que caracterizam o cargo ou emprego público. O princípio também repugna exigências, ainda que legais, excessivas, descabidas ou inoportunas, que atinjam a própria razão de existir e os objetivos do concurso público. Por tais motivos, as regras – incluindo os critérios de correção – definidas pelos editais devem ser plausíveis, lógicos, enfim, razoáveis.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, MOTTA, Fabrício, FERRAZ, Luciano de Araújo. Servidores públicos na Constituição Federal. 3ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 46)

► **O inciso I do art. 37 da Constituição Federal estatui que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e aos estrangeiros na forma da lei.**

“O dispositivo em apreço deixa claro que não só os brasileiros, mas os estrangeiros, também, podem ascender a cargos, empregos e funções públicas, e, como não há qualquer restrição, entende-se que tanto os natos como os naturalizados têm esse direito, embora essa generalização não seja mais necessária, pois os estrangeiros gozam de idêntico direito. Assim, resta incontroverso que estrangeiros, desde a vigência da EC n. 19, têm, em qualquer esfera governamental, possibilidade de titularizar cargo, emprego ou função pública. Os portugueses com residência permanente em nosso país, se houvesse reciprocidade em favor dos brasileiros (art. 12, II, e § 1º da CF) já podiam titularizar cargo, função ou emprego público. As universidades, desde o advento da EC n. 11 de 1996, podiam admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros. Não há, portanto, qualquer restrição à acessibilidade a cargos, empregos e funções, nas Administrações direta ou indireta, de estrangeiros. A admissão de estrangeiros depende da existência da lei mencionada no inciso I do art. 37 da Lei Maior Federal. Somente com o advento dessa lei e nos termos e condições por ela fixados essa admissão será possível.” (GASPARINI, Diógenes, Direito administrativo – 14ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176)

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

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

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

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

de seu ingresso. Reforça-se nisto o propósito constitucional estampado nos incisos I e II.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime dos servidores da administração direta e indireta (Direitos e deveres), 11ª edição, Editora Malheiros, 1991, p. 47)

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

“Por tudo isto, é certo e de certeza absoluta que os princípios da acessibilidade e do concurso público para preenchimento de cargos, funções e empregos aplicam-se tanto à Administração direta quanto à Administração indireta e fundacional. A consequência de sua inobservância numa ou noutra é, consoante o § 2º do art. 37, a nulidade do ato de provimento e a punição da autoridade responsável.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime dos servidores da administração direta e indireta (Direitos e deveres), 11ª edição, Editora Malheiros, 1991, p. 53)

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

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

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

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

► **“Livre escolha” para os cargos de provimento em comissão, declarados, por lei, de livre nomeação e exoneração**

“É o processo de ingresso no quadro de pessoal da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública de pessoas físicas, independentemente de concurso.

A autoridade competente para nomear escolhe, observados os requisitos legais, o futuro servidor. Por essa forma são preenchidos os cargos de provimento em comissão, declarados, por lei, de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF). A escolha não é absolutamente livre como era antes, pois tais cargos deverão ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V, da CF). Tais cargos, nos termos desse inciso, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Dita lei será da competência de cada uma das entidades federadas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município). O número de deliberações e o quorum de aprovação serão os fixados no Regimento Interno da Casa de Leis competente. Para a livre escolha não se põe a problemática do deficiente, como vimos no número anterior. Assim, desde que goze da confiança da autoridade com poder de escolha e nomeação e seja qualificado pela equipe médica para o exercício do cargo, sua nomeação será legal”. (GASPARINI, Diógenes, Direito administrativo – 17ª ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012)

► **Processo seletivo público referente à contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias.**

“A Emenda Constitucional n. 51, de 14 de fevereiro de 2006, acrescentou ao art. 198 da Constituição Federal os §§ 4º, 5º e 6º. Pelo § 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 a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação”. A emenda em apreço não oferece um conceito para esse processo seletivo público, mas deixa a cargo de cada entidade integrante do Sistema Único de Saúde – SUS a atribuição para regulamentar, via decreto, sua realização, embora se possa imaginar válida essa regulamentação a cada processo seletivo público pela via do respectivo edital. Observe-se que não se submetem ao processo seletivo público, prescreve o parágrafo único do art. 2º da referida emenda constitucional, os profissionais que, na data da sua promulgação e a qualquer título, desempenharem as atividades de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias, desde que contratados a partir de anterior processo de seleção pública. A Emenda Constitucional n. 63/2010, ao seu turno, alterou novamente o § 5º do art. 198, que passou a contar com a seguinte redação: “Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial”. A Lei n. 11.350/2006 regulamentou o § 5º do art. 198 e dispôs sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional n. 51/2006. De acordo com o art. 9º da Lei n. 11.350, “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”. A lei remeteu aos órgãos da Administração di-

reta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certificar, em cada caso, a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa referida na aludida emenda constitucional. O mesmo diploma determinou a submissão dos Agentes ao regime jurídico trabalhista, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa. A mesma lei ainda limitou as possibilidades de rescisão unilateral do contrato de trabalho, por parte da Administração, de acordo com o regime jurídico adotado, à ocorrência de uma das seguintes hipóteses: I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho; II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da Lei n. 9.801, de 14 de junho de 1999; ou IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo (art. 10). Por não se tratar de concurso público, pode-se afirmar que o processo seletivo público deverá ser menos demorado na sua execução e menos burocratizado, sem descuidar do atendimento ao princípio da igualdade e da necessidade de selecionar os melhores candidatos para a execução dos serviços almejados”. (GASPARINI, Diógenes, Direito administrativo – 14ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 184)

REQUISITOS ESTABELECIDOS EM LEI

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

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

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

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

► **No mesmo sentido:** O foco deste ensaio é chegar à conclusão, frente ao ordenamento jurídico pátrio, se os requisitos necessários para um candidato assumirem um cargo público devem estar previstos na lei, seja de forma genérica ou em lei específica que criou o cargo, ou se podem ser criados e exigidos pelo edital do certame. O Princípio da legalidade se manifesta no Ordenamento Pátrio, mesmo dentro do próprio Direito Administrativo, por diversos modos distintos. Após todo desenvolvimento, concluímos, em harmonia com a doutrina pátria, que a Administração Pública só pode agir se houver lei autorizando ou determinando a conduta. Por outras palavras: o desenvolvimento das atividades administrativas está subordinado à lei, o que significa que a Administração apenas pode agir se houver legitimidade – leia-se lei.

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

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

■ **No mesmo sentido:** “1. O art. 37, inciso I, da CF/88 prevê expressamente a necessidade da existência de lei em sentido formal e material para fins de restrições ou requisitos de acessos aos cargos, empregos e funções públicas. 2.

A Lei n. 11.091/2005, que dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, no âmbito das Instituições Federais de Ensino vinculadas ao Ministério da Educação, prevê, como requisito para ingresso no cargo de Auditor, a necessidade de conclusão de curso superior em Economia, Direito ou Ciências Contábeis.” (REO 0007233-45.2016.4.01.3000/AC, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Conv. Juiz Federal Eduardo Morais Da Rocha (conv.), Sexta Turma, e-DJF1 p. de 23/03/2018).

► **No mesmo sentido:** “(...) Da leitura conjugada dos dispositivos constitucionais acima transcritos, chega-se à inarredável conclusão de que não basta a lei estabelecer os requisitos imprescindíveis para o exercício dos cargos e empregos públicos. É preciso, ainda, que a lei estabeleça requisitos que guardem relação de compatibilidade com a natureza do cargo ou do emprego público, nos termos do art. 39, § 3, in [me, da Constituição da República, que consagra expressamente o princípio da razoabilidade na questão atinente ao acesso do cidadão às fileiras profissionais do Poder Público. Embora essa disposição constitucional faça menção apenas a cargos públicos, entendemos que ela também se aplica aos empregos públicos, visto que não haveria razão plausível para a restrição, na medida em que os os empregos públicos, por força dos princípios da razoabilidade e da igualdade, também devem ter requisitos diferenciados quando a contratação os exigir.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 102)

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

“...I – Não pode o edital criar restrições ao acesso a cargo público não previstas na lei que regulamenta o exercício da respectiva profissão. II – “É pacífico o entendimento dessa Corte no sentido de que a regra geral é o acesso de todos aos cargos públicos, salvo limitações decorrentes de lei. Entretanto, elas só serão legítimas se forem fixadas, de forma razoável, para atender às exigências das funções do cargo’ (STF/T2, AI 719268 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie). Se a lei não exige título de especialista para acesso ao cargo de Psicólogo, área clínica, do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, no âmbito das Instituições Federais de Ensino, não pode prevalecer a restrição estabelecida no edital vergastado.” (AC 0019976-23.2008.4.01.3500/GO, 5ª Turma, Rel. Juiz Federal, convocado, Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, e-DJF1 de 4.12.2015, pág. 1.892). III – Hipótese dos autos em que a Lei nº 6.684/1979, que regulamenta as profissões de Biólogo e de Biomédico, estipula em seu artigo 21, como condição essencial para o exercício das respectivas atividades, tão somente a apresentação prévia da carteira profissional emitida pelo respectivo conselho ou de certidão do Conselho Regional de que o profissional está no exercício de seus direitos, de modo que não é válida a exigência prevista no edital do certame, de inscrição há, no mínimo, 3 anos no Conselho que fiscaliza a profissão. IV – Remessa oficial a que se nega provimento.” (REOMS 0044347-41.2014.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma,e-DJF1 p. de 06/04/2018)”

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

▣ **Neste sentido:** “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA PARA O INGRESSO NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE LEI FORMAL RESTRITIVA DE DIREITO. FIXAÇÃO EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. Concurso público para o cargo de policial militar do Distrito Federal. Altura mínima. Impossibilidade de sua inserção em edital de concurso. Norma restritiva de direito que somente na lei tem sua via adequada. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 518863 AgR/DF, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, Julgado em 23/08/2005).

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

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

Talvez, quanto aos requisitos extrínsecos, o inciso II do artigo 37 da Carta Magna se encaixe melhor. Apenas para que não fiquemos só na teoria, vejamos alguns dispositivos da Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime geral dos servidores públicos da União, Autarquias e Fundações Públicas. Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: I – a nacionalidade brasileira; II – o gozo dos

direitos políticos; III – a quitação com as obrigações militares e eleitorais; IV – o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; V – a idade mínima de dezoito anos; VI – aptidão física e mental. § 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei. Percebe-se que todas as exigências constantes nos seis incisos do artigo 5º são requisitos intrínsecos ao provimento do cargo público federal. Já o parágrafo 1º do referido artigo abre margens à possibilidade de novos requisitos (extrínsecos), como é o caso do exame psicotécnico, investigação social, prova física etc., mas, lembre-se, desde que as atribuições do cargo possam justificar tal exigência. Deste modo, não pode o edital inovar e criar exigências sem respaldo legal, pois além de afrontar a legalidade, princípio genérico direcionado a toda Administração Pública, também estará violando o princípio específico da competitividade, ou, da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

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

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

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

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR NÍVEL 3. PÓS-GRADUAÇÃO. EXIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. 1. Trata-se de recurso ordinário em que se discute a ilegalidade do Edital nº 002/GDRH/SEAD/2010 ao exigir diploma de pós-graduação em área de tecnologias ou informática, para o cargo de Professor Nível 3 – Multimídias integradas – da Secretaria de Estado da Educação de Rondônia, uma vez que a lei da educação estadual – Lei Complementar nº 420/2008 – prevê apenas a exigência de diploma em ensino superior. 2. Dispõe o art. 5º, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 420/08, que cuida do Plano de Carreira, Cargos e Remuneração dos Profissionais da Educação Básica do Estado de Rondônia que para o cargo de Professor Nível 3 é necessário “formação em curso superior de licenciatura plena, Normal Superior ou outra graduação correspondente à áreas de conhecimento específicas, do currículo escolar, em nível de bacharelado com licenciatura plena; Habilitação pedagógica nas áreas de administração escolar, supervisão escolar, orientação educacional e magistério superior Indígena.” 3. O edital do certame exigiu para o Cargo de Professor Nível 3 – Multimídias Integradas – formação em curso superior de graduação em pedagogia ou outra licenciatura ou bacharel com complementação pedagógica em qualquer área da educação com Pós-Graduação específica da área de Tecnologias ou Informática reconhecidos pelo MEC. 4. **Comparando-se o texto da Lei Complementar Estadual nº 420/2008 e o edital do certame, verifica-se que a exigência de Pós-Graduação não encontra previsão na legislação estadual, não podendo ser cobrada para a admissão no referido cargo. 5. Recurso ordinário provido.**” (RMS 33.478/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 01/04/2013)

▣ **Neste sentido:** “APELAÇÃO CÍVEL CONCURSO PÚBLICO CARGO DE CIRURGIÃO DENTISTA DESCLASSIFICAÇÃO DO APELANTE – EXIGÊNCIA DE ESPECIALIDADE REQUISITO NÃO PREVISTO NA LEI INSTITUIDORA DO CARGO OU REGULAMENTADORA DA PROFISSÃO IMPOSSIBILIDADE PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CF, ART. 37, INC. I – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1) Embora o Edital nº 001/2011, em seu Anexo I, indique como escolaridade exigida para a função de cirurgião dentista/buco-maxilo, além de curso superior completo em Odontologia e registro no Conselho Regional de Classe, o título de especialista na área a que concorre (fl. 39), esta última exigência não encontra ressonância na legislação federal e municipal que disciplina a matéria. 2) A Lei Municipal nº 1.824/1995, que estabelece o plano de carreira e vencimentos dos servidores do Município da Serra, ao instituir o cargo de Técnico de Nível Superior, destinou-o a executar atividades de exigência de formação especializada em nível superior nos termos da legislação e das normas relacionadas a sua atividade profissional, no âmbito da administração pública municipal, responsabilizando-se tecnicamente pelo serviço inerente a sua função, ao passo que a Lei Federal nº 5.081/1966, que regulamenta o exercício da Odontologia em território nacional, assegura aos cirurgiões-dentistas habilitados em curso superior e inscritos no Conselho Regional de Odontologia

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

CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO

► Regime Jurídico Funcional

Regime jurídico, ou regime de trabalho, ou regime laboral, é o vínculo que une um trabalhador ao seu empregador, o seu admissor, seja público, seja privado, e seja pessoa jurídica, seja pessoa natural (ou pessoa física conforme o modismo tributário onipre-

sente, porque isso é terminologia do imposto de renda). Constitui-se de um conjunto de normas, legais e infralegais, que vincula, por uma relação de emprego, público ou privado, uma pessoa natural a outra natural ou jurídica. O empregado, portanto, ocupa um posto de trabalho junto ao empregador. (Tratado de direito administrativo, 2 / coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154)

► Distinção entre os regimes funcionais.

Os postos de trabalho, que são simplesmente os lugares individuais de trabalho existentes na organização administrativa e de pessoal dos entes públicos, dentro portanto dos quadros funcionais da Administração pública brasileira, já de algumas décadas podem ter três regimes jurídicos diversos, inconfundíveis em tudo, que são: estatutários; contratuais trabalhistas, ou administrativos especiais, ou temporários. **Estatutários** são os postos de trabalho regidos por uma lei de âmbito ou abrangência local – federal para a União, estadual para cada Estado-membro da federação, distrital para o Distrito Federal e municipal para cada Município – denominada Estatuto dos Funcionários Públicos. Um modismo que se iniciou a partir da Constituição de 1988 é denominar a espécie dos funcionários pelo seu gênero servidores, de modo que muito amiúde se vislumbra a fórmula “estatuto dos servidores”, a começar pela Lei federal n. 8.112, de 1990, que puxou a fila dos estatutos estaduais a municipais⁴. Mas essa bobagem não consegue alterar a natureza dos institutos, e o servidor estatutário continua sendo o velho funcionário público, que jamais deixou de ser. Os postos de trabalho estatutário são denominados cargos públicos e são de duas possíveis naturezas: cargos de provimento efetivo e cargos de provimento em comissão. Os primeiros são sempre tratados como cargos efetivos, e os segundos, como cargos em comissão, ou ainda cargos de confiança. **Contratuais trabalhistas** são os empregos públicos, ou seja, os postos de trabalho existentes na Administração pública regidos pela legislação trabalhista, que é enfeixada principalmente na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e na suplementar legislação laboral, e por isso em nada se confundem com os cargos estatutários. Alberga duas naturezas de empregos: os empregos permanentes e os empregos de confiança do empregador – neste caso, algum Poder ou entidade integrante da Administração pública. Permanentes são os empregos nos quais o empregado tem expectativa de permanência, não dependendo da confiança imediata do empregador, e de confiança são os que dependem diretamente das boas graças do empregador e nos quais o servidor empregado estará mantido apenas enquanto delas desfrutar. **O terceiro posto de trabalho na Administração pública brasileira é de natureza administrativa especial**, em geral de caráter temporário, regido por uma lei local que dá as regras, os contornos e os parâmetros desse regime. A inspiração natural dessas regras provém do estatuto dos funcionários, mas o regime administrativo especial não é em absoluto o estatutário. Acata regras estatutárias e grosso modo se inspira nesse regime, mas as semelhanças acabam aí e o regime resultante é outro, o chamado terceiro regime jurídico do servidor público. (Tratado de direito administrativo, 2 / coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 155)

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

“A Constituição Federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos cargo, emprego e função para designar realidades diversas, porém coexistentes na Administração Pública. Cumpre, pois, distingui-los. As três expressões equivalem a postos de trabalho criados por lei, com denominação, remuneração e atribuições por ela definidas, para serem ocupados pelos servidores públicos, sejam eles estatutários, empregados públicos ou temporários. Para bem compreender o sentido dessas expressões, é preciso partir da ideia de que na Administração Pública todas as competências são definidas pelo ordenamento jurídico positivo e distribuídas em três níveis diversos: pessoas jurídicas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com distribuição de competências fixada pela Constituição Federal), órgãos (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e agentes públicos; entre estes, os servidores públicos ocupam cargos ou empregos ou exercem função. Por outras palavras, cada pessoa jurídica estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) é titular de um plexo de atribuições que são outorgadas pela Constituição Federal e, respeitada a hierarquia das normas, pelas Constituições Estaduais e leis orgânicas dos municípios. Do mesmo modo, as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que compõem a Administração Indireta também são titulares de atribuições outorgadas por meio de leis dos entes políticos que as instituíram.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado do Direito Administrativo: administração pública e servidores públicos / Fabrício Motta e Maria Sylvia Zanella Pietro. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, Volume 2, 2014, p. 371

► **CARGOS PÚBLICOS**

A análise do alcance do presente dispositivo impõe, primeiramente, a atenção ao caput do art. 37, que determina que seus incisos devem ser obedecidos pela administração pública direta e indireta, de qualquer dos poderes e de todas as unidades da federação. Isto posto, a primeira tarefa que se apresenta ao intérprete e aplicador da Constituição, ao se deparar com o presente inciso, é precisar o sentido dos principais termos utilizados –cargo, emprego e função– em harmonia com os demais preceitos constitucionais ligados ao tema. A primeira observação cabível é que os cargos, empregos e funções tratados são públicos– em consequência, estão obrigatoriamente imantados pelos princípios da indisponibilidade e superioridade axiológica do interesse público. Isto quer dizer que somente o interesse público, devidamente justificado, autoriza a criação, manutenção, alteração e extinção dessas posições públicas; não devem as mesmas se prestar ao atendimento de interesses meramente privados. No tocante à expressão cargo, o primeiro significado a ela atribuído pela Constituição refere-se aos mandatos públicos eletivos, aos quais se habilita mediante sufrágio popular. Trata-se das posições estruturais componentes dos poderes Executivo e Legislativo, ligadas à organização do Estado e criadas pela própria Carta, que também estabelece as principais notas do regime jurídico respectivo. **A segunda acepção é, ao mesmo tempo, mais difusa no texto constitucional e também mais genérica; liga-se diretamente à estruturação da Administração Pública e comporta subclas-**

sificações, que serão posteriormente referidas. Alguns elementos que compõem o regime jurídico dos cargos públicos podem ser extraídos da própria Constituição como, por exemplo, a criação por lei, como regra (art. 48, X e art. 61, § 1º, inciso II, “a”), e remuneração fixada por lei específica, de acordo com a natureza, grau de responsabilidade, a complexidade das atribuições e os requisitos para a investidura (art. 37, X, combinado com o art. 39, § 1º). Pode-se fazer referência à acepção tratada invocando a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que define cargos como “(...) as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuída por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas”. As características próprias de cada cargo deverão constar na lei de sua criação, que materializará sua existência no mundo jurídico. Deve-se esclarecer que o vínculo entre o ocupante do cargo público e o órgão ou entidade que congrega tal cargo é regido diretamente pelas leis, com o necessário respeito às disposições constitucionais; diz-se, por isso, que o regime jurídico é “estatutário”.

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

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

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

► **No mesmo sentido:** “Na esfera federal, a Lei 8.112, de 11.12.1990 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas) define cargo público, como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor” (art. 3.º). Pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, “os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado do Direito Administrativo: administração pública e servidores públicos / Fabrício Motta e Maria Sylvia Zanella Pietro. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, Volume 2, 2014, p. 371

► **No mesmo sentido:** “é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 380)

► Características dos cargos públicos.

“Por esses dispositivos, podem ser apontadas as seguintes características para os cargos públicos: (a) compreendem um rol de atribuições e responsabilidades; (b) são atribuídos a um servidor; (c) são criados por lei; (d) têm denominação própria; (e) têm vencimento fixado em lei; (f) podem ser providos em caráter efetivo (por concurso público, com direito à estabilidade) ou em comissão. Tais características são praticamente as mesmas que podem ser apontadas em relação aos empregos públicos, que também compreendem um rol de atribuições e responsabilidades, são incumbidas a um servidor, criados por lei, com denominação própria e vencimento fixado em lei. Embora decorrentes de concurso público, os provimentos não dão direito à estabilidade. Seus ocupantes não se sujeitam ao regime estatutário, ainda que usufruam de alguns benefícios previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional para os servidores estatutários.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado do Direito Administrativo: administração pública e servidores públicos / Fabrício Motta e Maria Sylvia Zanella Pietro. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, Volume 2, 2014, p. 371/372)

► **Os cargos devem, na melhor técnica, vir dispostos contendo colunas indicadoras de quantidades, denominações, cargas horárias semanais, vencimento básico, requisitos para preenchimento e, se for o caso, lotação.**

“Os cargos devem, na melhor técnica, vir dispostos contendo colunas indicadoras de quantidades, denominações, cargas horárias semanais, vencimento básico, requisitos para preenchimento e, se for o caso, lotação. Uma organização assim sinótica facilita imensamente a visualização de todo o quadro em questão, com as características principais – e fundamentais – de todos os cargos aí agrupados, sintetizando-as e racionalizando-as em grau máximo para todos os efeitos. Quase o mesmo se pode afirmar quanto ao quadro dos cargos em comissão, que na melhor técnica agrupam os

cargos dessa natureza e lhes indica aquelas características; e o que mais varia quanto a isso é a carga horária, muitas vezes inexistente nos quadros em comissão, e mesmo por vezes os requisitos para preenchimento, amiúde ausentes desses cargos”. (Tratado de direito administrativo, 2 / coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 160)

► **Iniciativa dos projetos de leis para criação de cargos públicos.**

Considerando que o cargo público deve, necessariamente, ser criado por lei, a iniciativa para tanto cabe ao chefe do Poder executivo (art. 61, § 1º, II, “a”, CF), quando se trata da criação de cargos na administração direta e autárquica. No que diz respeito ao Judiciário, a iniciativa da lei é da competência do Tribunal interessado (art. 96, inciso II, “b”, CF). No que toca ao Ministério Público, a iniciativa é do Procurador-Geral (art. 127, § 2º, CF). Quanto ao Tribunal de Contas, aplicam-se as mesmas regras do Poder Judiciário, isto é, compete a Corte de Contas a iniciativa da lei, conforme dispõe o art. 73 da CF que reconhece ao Tribunal as atribuições previstas no art. 96 da CF. (FORTINI, Cristiana. Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra (Locais do Kindle 8918-8926). Editora Fórum. Edição do Kindle.)

■ **Neste sentido:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N.º 98/97, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS POR READAPTAÇÃO. OFENSA AO ART. 61, § 1.º, II, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Tendo o ato normativo sob enfoque resultado de projeto iniciado por membro da Assembleia Legislativa capixaba, resta configurada violação à regra de iniciativa privativa do Chefe do Executivo para leis que disponham sobre regime jurídico dos servidores públicos. Precedentes. Ação julgada procedente. (ADI 1731, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 25-10-2002 PP-00024 EMENT VOL-02088-01 PP-00168)

► **A criação e a transformação de cargos somente podem ser efetuadas, em regra, por lei.**

A criação e a transformação de cargos não podem ser estudadas em bloco nos Poderes dos diversos níveis de governo, haja vista os enunciados dos vários dispositivos constitucionais que tratam desses institutos, que, de resto, viabilizam a independência que deve reinar entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O estudo, portanto, há de ser separado. Assim, estudaremos a criação e a transformação de cargos em cada Poder nas várias esferas governamentais, fixando-lhes as notas principais, e mais adiante faremos o mesmo com a extinção.

► **No mesmo sentido:** “A criação e a transformação de cargos somente podem ser efetuadas, ressalvadas as observações já feitas, por lei.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*, 2ª edição, Editora Malheiros, 2008, p. 35)

► **No mesmo sentido:** Cabe dizer que a criação de cargo significa sua institucionalização, com denominação própria, quantidade certa, atribuições e correspondente estipêndio. Ademais, deve-se indicar a natureza do provimento: efetivo (admissão só por concurso público) ou em comissão (livre escolha). Não se pode, pois, criar cargo de escrevente; o que se pode é criar dois cargos de escrevente, de provimento efetivo, com a remuneração de R\$ 700,00, por exemplo, cujos titulares desempenharão as funções tais e quais.

■ **É admissível controle concentrado de constitucionalidade de Decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações.**

“1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONDIÇÃO. OBJETO. DECRETO QUE CRIA CARGOS PÚBLICOS REMUNERADOS E ESTABELECE AS RESPECTIVAS DENOMINAÇÕES, COMPETÊNCIAS E REMUNERAÇÕES. EXECUÇÃO DE LEI INCONSTITUCIONAL. CARÁTER RESIDUAL DE DECRETO AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRECEDENTES. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, ‘a’, e 84, inc. VI, ‘a’, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução” (ADI nº 3.232/TO, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 14.08.2008).

► **Criação e transformação de cargos no Executivo.**

Estabelece o art. 48 da Carta Magna que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor – salvo algumas – sobre todas as matérias de competência da União e especialmente, entre outras, sobre a criação e transformação de cargos (inciso X). Dessa forma, a criação e a transformação de cargos exigem lei.

■ **Inconstitucionalidade de lei que transforma cargo e fere a regra do concurso público.**

TRANSFORMAÇÃO, EM CARGOS DE CONSULTOR JURÍDICO, DE CARGOS OU EMPREGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO, ASSESSOR JURÍDICO, PROCURADOR JURÍDICO E ASSISTENTE JUDICIÁRIO-CHEFE, BEM COMO DE OUTROS SERVIDORES ESTAVEIS JÁ ADMITIDOS A REPRESENTAR O ESTADO EM JUÍZO (PAR 2. E 4. DO ART. 310 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARA). INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA POR PRETERIÇÃO DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA OBJETIVA DE AÇÃO RECONHECIDAS POR

MAIORIA. (ADI 159, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/1992, DJ 02-04-1993 PP-05611 EMENT VOL-01698-01 PP-00176)

■ **Não é possível ao Estado-membro extinguir o cargo de Auditor na Corte de Contas estadual, previsto constitucionalmente, e substituí-lo por outro cuja forma de provimento igualmente divirja do modelo definido pela CB/88**

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 6º DO ART. 74 E ART. 279 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 17/99. ARTIGOS 25, PARÁGRAFOS, 26, 27, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, 28, PARÁGRAFOS, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 32/93, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LC N. 142/99. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CRIAÇÃO DO CARGO DE SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO. DISCREPÂNCIA DO MODELO DELINEADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 73, 75, PARÁGRAFO ÚNICO, 96, INC. II, AL. “B”, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Estrutura dos Tribunais de Contas Estaduais. Observância necessária do modelo federal. Precedentes. 2. Não é possível ao Estado-membro extinguir o cargo de Auditor na Corte de Contas estadual, previsto constitucionalmente, e substituí-lo por outro cuja forma de provimento igualmente divirja do modelo definido pela CB/88. 3. Vício formal de iniciativa no processo legislativo que deu origem à LC 142/99. A CB/88 estabelecendo que compete ao próprio Tribunal de Contas propor a criação ou extinção dos cargos de seu quadro, o processo legislativo não pode ser deflagrado por iniciativa parlamentar [arts. 73 e 96, inciso II, al. b]. 4. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o § 6º do art. 74 e o art. 279, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo, com a redação que lhes foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 17/99, e toda a Lei Complementar n. 142/99, que promoveu alterações na Lei Complementar n. 32/93, do mesmo Estado-Membro” (ADI 1994/ES, Rel. Min. Eros Grau, julg. 24.05.2006, DJ 08 set. 2006).

► **Geralmente, a criação e a transformação de cargos fazem-se mediante lei ordinária, salvo expressa exigência de lei complementar para tanto, consignada em legislação específica.**

Geralmente, a criação e a transformação de cargos fazem-se mediante lei ordinária, salvo expressa exigência de lei complementar para tanto, consignada em legislação específica. Em razão desses princípios, as Constituições estaduais e as leis orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios praticamente repetiram essas disposições. De sorte que a criação e a transformação de cargos nas Administrações Públicas diretas e respectivas autarquias e fundações públicas necessitam de lei, cabendo sua iniciativa, com exclusividade, aos competentes Governadores ou aos Prefeitos, conforme o caso. Por certo, a criação de cargos ou a transformação de funções e empregos em cargos nas autarquias e fundações públicas depende de pedido de seus dirigentes ao Chefe do Executivo, em que uma e outra dessas medidas fiquem bem caracterizadas e devidamente justificadas.

► **A exclusividade de iniciativa não impede a apresentação de emendas por parte dos parlamentares. Essa faculdade, no entanto, não é absoluta, dado que a emenda não pode aumentar a despesa prevista no projeto originário do Executivo.**

Tal exclusividade de iniciativa não impede a apresentação de emendas por parte dos parlamentares. Essa faculdade, no entanto, não é absoluta, dado que a emenda não pode aumentar a despesa prevista no projeto originário do Executivo (art. 63, I, da CF). Por outro lado, a emenda, ainda que sem aumentar a despesa, não pode reduzir, por exemplo, o número de cargos de médico, proposto pelo Executivo, e criar igual número de cargos de engenheiro, pois, se assim fosse, estar-se-ia por iniciativa parlamentar criando cargo, numa evidente usurpação de função.

► **No mesmo sentido:** “Cumpre registrar que, tanto o projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo e do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, quanto a resolução apresentada pelo Legislativo podem sofrer emendas dos parlamentares, desde que não desconfigurem o projeto e respeitem os limites estabelecidos no art. 63 da Constituição Federal”. (FORTINI, Cristiana. Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra (Locais do Kindle 8933-8936). Editora Fórum. Edição do Kindle)

■ **Limites das emendas parlamentares quanto aos projetos de lei relacionados à criação de cargos.**

“Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 110, parágrafo único, Lei nº 915, de 18 de agosto de 2005, do Estado do Amapá. Regime próprio de previdência social dos servidores estaduais. Transferência da responsabilidade do pagamento de aposentadorias. Equilíbrio financeiro e atuarial do sistema próprio de previdência. Violação do art. 40, caput, da CF/88. Inclusão por emenda parlamentar. Inconstitucionalidade formal. Ausência. Procedência da ação. 1. Durante o período de vigência do Decreto nº 87, de 6 de junho de 1991, não havia contribuição dos servidores ao antigo IPEAP para o custeio dos benefícios de aposentadoria. O art. 254 da Lei estadual nº 66, de 6 de maio de 1993, expressamente determinava que “[a]s despesas decorrentes com aposentadorias serão de responsabilidade integral do Governo do Estado do Amapá”. 2. A transferência à Amapá Previdência (AMPREV) da responsabilidade pelo pagamento das aposentadorias e pensões que tenham sido concedidas pelos Poderes do Estado, pelo Ministério Público ou pelo Tribunal de Contas durante o período de vigência do Decreto 84/91 e sem que tenha havido contrapartida dos segurados ou do próprio Estado do Amapá acarreta grave ofensa à regra de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema próprio de previdência (art. 40, caput, CF /88). Essa regra destina-se à preservação da suficiência, presente e futura, do fundo de previdência, tendo em vista o sopesamento entre as receitas e as despesas com benefícios, o qual restaria prejudicado com a assunção de obrigação desprovida de qualquer contraprestação pecuniária. 3. Não cabe à Amapá Previdência arcar com o pagamento desses benefícios, os quais devem permanecer sob responsabilidade exclusiva e integral do Tesouro estadual. **A inclusão do dispositivo ora impugnado via emenda parlamentar sem qualquer indicação de fonte de custeio total (art. 195, § 5º, c/c o art. 40, § 12, CF/88) destoa**

por completo do regime contributivo e contábil previsto no projeto legislativo original. 4. Não há ofensa à reserva de iniciativa legislativa privativa do chefe do Poder Executivo para tratar de matéria sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública (art. 61, § 1º, II, b e c, da CF/88). A Lei estadual nº 915/2005 é oriunda de proposição legislativa feita pelo próprio Governador do Estado, tendo a inserção do parágrafo único do art. 110 sido obra de emenda de origem parlamentar. A Corte tem entendido, reiteradamente, que a Constituição Federal somente veda ao Poder Legislativo formalizar emendas a projetos de iniciativa exclusiva se delas resultar aumento de despesa pública ou se elas forem totalmente impertinentes à matéria versada no projeto (ADI nº 3.288/MG, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 24/2/11; ADI nº 2.350/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30/4/04). No caso, não houve aumento de despesa – pois o pagamento dos benefícios de aposentadoria e pensão já vinha sendo suportado pelo Tesouro estadual -, nem impertinência temática da emenda parlamentar em relação ao projeto de lei apresentado pelo Executivo. 5. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para dar efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza seus efeitos a partir de seis meses, contados da data da publicação da ata do julgamento, tempo hábil para que os órgãos estaduais envolvidos cumpram a decisão da Corte e regularizem a situação perante a Amapá Previdência. 6. Ação direta julgada procedente”. (ADI 3628, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 09-10-2018 PUBLIC 10-10-2018)

▣ **No mesmo sentido:** “PROCESSO OBJETIVO – ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. A teor do disposto no artigo 103, § 3º, da Carta Federal, no processo objetivo em que o Supremo aprecia a inconstitucionalidade de norma legal ou ato normativo, o Advogado-Geral da União atua como curador, cabendo-lhe defender o ato ou texto impugnado, sendo imprópria a emissão de entendimento sobre a procedência da pecha. **PROJETO – INICIATIVA – EXECUTIVO – EMENDA PARLAMENTAR – AUMENTO DE DESPESAS. Conflita com a Constituição Federal introduzir, em projeto de iniciativa do Poder Executivo, alteração a implicar aumento de despesas.** Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.305/SE, relator ministro Cezar Peluso. PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS – CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA. Acarreta afronta ao previsto no artigo 37, inciso II, do Diploma Maior o aproveitamento de empregados, submetidos a simples processo seletivo, sem concurso, em cargo público”. (ADI 2186, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)

▣ **Compete exclusivamente ao Governador a iniciativa de leis que cuidem da extinção de cargos públicos e da promoção de carreiras diretamente vinculadas ao Poder Executivo, especialmente quando resultarem em acréscimo de despesa pública.**

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ORIGEM PARLAMENTAR. EXTINÇÃO DE CARGOS E PROMOÇÃO DE CARREIRAS DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. PROCESSO LEGISLATI-

VO. SIMETRIA. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA. As regras previstas na Constituição Federal para o processo legislativo aplicam-se aos Estados-membros. Compete exclusivamente ao Governador a iniciativa de leis que cuidem da extinção de cargos públicos e da promoção de carreiras diretamente vinculadas ao Poder Executivo, especialmente quando resultarem em acréscimo de despesa pública (CF, artigos 61, § 1º, II, “a” e “c”; 63, I; e 144, § 6º). Precedentes. Inconstitucionalidade da Lei 7134/02, do Estado do Espírito Santo. Ação julgada procedente” (ADI nº 2.742/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 20.03.2003, DJ 23 maio 2003).

► **A transformação de cargo público pressupõe a existência de lei e se dá pela extinção do cargo anterior e criação do novo.**

“A transformação de cargo público pressupõe a existência de lei, e se dá pela extinção do cargo anterior e criação do novo. Podem ser providos por concurso ou por simples enquadramento dos servidores já integrantes da Administração, mediante apostila de seus títulos de nomeação. Assim, a investidura nos novos cargos poderá ser originária (para os estranhos ao serviço público) ou derivada (para os servidores que forem enquadrados), desde que preencham os requisitos da lei”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 383)

► **No mesmo sentido:** A transformação de cargo, por sua vez, significa uma alteração de molde a atingir sua natureza. O cargo era efetivo; com a transformação, passa a ser em comissão. Assim, nada se altera quando a modificação introduzida diz respeito tão só à quantidade de cargos, à denominação, ao acréscimo ou supressão de alguma de suas atribuições. Com a transformação o que se tem realmente é a extinção de um ou de alguns cargos e a criação de outro ou de outros. Essa extinção e criação acontecem sem necessidade de qualquer menção. Ocorrem automática e simultaneamente quando um cargo é transformado em outro.

► **Vem sendo suscitada dúvida se a transformação de cargos públicos fere a norma inserida no art. 37, incisos I e II, da CF, porque afronta o princípio do concurso público.**

“Maria Sylvia nos ensina que a exigência de concurso público não se aplica somente a primeira investidura atualmente, vez que “inclui tanto os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o acesso ou promoção, além da reversão *ex officio*, que não tem base constitucional, mas ainda prevalece”. Portanto, o que se vê pós-promulgação da Constituição de 1988 é uma sólida defesa do concurso público, seja pelas determinações constitucionais pertinentes, seja pelos posicionamentos reiterados dos tribunais pátrios em todas as instâncias. Para melhor entendermos a hipótese da transformação, mister é distingui-la das demais elencadas pela Professora Maria Sylvia, aceitas pela própria Carta Republicana. Assim, hábil é o instituto do aproveitamento por meio do qual os servidores estáveis, integrantes da

Administração, quando extintos os cargos ocupados, são posteriormente aproveitados em cargos com funções compatíveis. Como é sabido, aludido instituto não fere o art. 37, inciso II da CF, já que não há provimento de cargo público de forma transversa ou indireta. Portanto, nossa análise parte da premissa de que o instituto sob análise diverge das hipóteses de reintegração, aproveitamento, recondução e acesso ou promoção. Como é sabido, o instituto da transformação pressupõe, na maioria das vezes, uma reformulação do quadro funcional de determinado órgão ou entidade, com a especificação das funções inerentes ao cargo extinto na nova estrutura organizacional, com outro nome, e conseqüente alteração nas simbologias determinadoras dos vencimentos. Implica, pois, no deslocamento de um cargo e sua relocação em outro, alçando o servidor beneficiário do ato a um novo quadro e uma nova carreira. Tanto a doutrina como a jurisprudência vêm com ressalvas tal procedimento, entendendo de modo geral que a medida burla o concurso público. Nesse sentido, a Súmula nº 685 do STF dispõe ser “inconstitucional toda modalidade de provimento de que propicie ao servidor investir-se sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. Ainda assim, com o fito de operacionalizar de forma adequada uma reforma administrativa, vem sendo utilizado o instituto da transformação, mas sem afrontar o texto constitucional porque não importa em investidura em novo cargo público. É exatamente o caso das que tenham por objetivo cargos vagos ou, ainda, quando o servidor já for efetivado no órgão em que se dará a relocação e quando tenha se submetido a concurso público similar em dificuldade e exigências ao realizado para o cargo no qual se dará o novo provimento, e quando houver similaridade nas atribuições do cargo. Nesses casos, o que a jurisprudência tem apontado é a viabilidade de agrupar sob uma mesma denominação os cargos cujas atribuições, requisitos de qualificação, escolaridade, remuneração, habilitação profissional ou especialização exigidos para ingresso sejam idênticos ou essencialmente similares. Em sendo assim, não há que se falar em preterição à exigência de concurso público porque presente afinidade de atribuições e equivalência de vencimentos, isto é, identidade substancial entre os cargos”. (FORTINI, Cristiana. *Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra* (Locais do Kindle 9093-9095). Editora Fórum. Edição do Kindle.)

► **A criação de cargos públicos pelo Poder Executivo está adstrita aos limites previstos no art. 169 da Constituição Federal**

“Outrossim, vale destacar também que a criação de cargos públicos pelo Poder Executivo está adstrita aos limites previstos no art. 169 da Constituição Federal, isto é, só podem ocorrer se houver prévia dotação orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias”. (FORTINI, Cristiana. *Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra* (Locais do Kindle 8937-8940). Editora Fórum. Edição do Kindle.)

- **No mesmo sentido:** Essa competência do Executivo para criar cargos mediante projeto de lei de sua iniciativa privativa sofre os limites impostos pelo art. 169 da Constituição Federal, ou seja, somente pode acontecer, se houver:
- I – prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de pesso-

al e aos acréscimos dela decorrentes; II – autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Essas restrições também valem em relação às autarquias e fundações públicas.

► **Exceção à regra de ser a lei o ato que cria o cargo: cargos no Poder Legislativo.**

“No que diz respeito ao Poder Legislativo, o art. 48 não exige a sanção do Presidente da República nos casos de criação, transformação e extinção de cargos públicos pela Câmara e Senado Federal, já que se trata de competência privativa, conforme preceituam, respectivamente, os arts. 51, inciso IV, e 52, inciso XIII, da Constituição Federal. Assim, os cargos do legislativo são criados, transformados e extintos por meio de resolução. O Regimento Interno é que vai definir se a iniciativa será do Presidente ou da Mesa da Casa Legislativa. Portanto, já estamos diante de uma primeira exceção, visto que nessa hipótese, o cargo público pode ser criado por resolução, sem afronta às determinações legais”. (Fortini, Cristiana. Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra (Locais do Kindle 8926-8928). Editora Fórum. Edição do Kindle.)

► **Diferenças entre transformação e transposição de cargo público.**

“A **transformação** consiste na alteração de titulação e atribuições de um cargo existente, caracterizando um novo provimento de cargo. Pressupõe a extinção de cargo anterior e criação de um novo. Já a **transposição**, na pena sempre abalizada de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “era o ato pelo qual o funcionário ou o servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Visava ao melhor aproveitamento dos recursos humanos, permitindo que o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, fosse nele provido mediante concurso interno”. (FORTINI, Cristiana. Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra (Locais do Kindle 8901-8907). Editora Fórum. Edição do Kindle.)

► **Alteração das competências/atribuídas do cargo público.**

“As competências próprias do cargo podem ser alteradas, desde que isso não importe modificação essencial quanto à sua natureza ou produza efeito de frustração do princípio do acesso mediante concurso público. Assim, por exemplo, é claro que um cargo de advogado não pode ter suas atribuições alteradas para compreender atuação própria de médico”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito, 13.ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018)

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

“Merece referência a possibilidade de extinção de cargos públicos por ato do Poder Executivo, instaurada no ordenamento pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001. A citada emenda alterou a redação do art. 84, inciso VI, e conferiu em sua alínea “b” competência privativa ao Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Independente de qualquer disputa semântica e da conhecida aversão acadêmica à utilização da expressão “decre-

to autônomo”, o ato referido parece ter força primária: extingue, por decreto, algo que foi criado por lei. Ora, ato inferior não pode retirar do mundo jurídico algo criado por ato superior – não parece acertado entender existir, neste caso, subordinação do decreto à lei.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 825)

► **A extinção do cargo pode gerar algumas consequências quando o mesmo estiver titularizado.**

“Vejam: se for lotado por servidor estável, este será colocado em disponibilidade com proventos proporcionais ao tempo de serviço. Lado outro, se não for estável, será exonerado. É o caso, por exemplo, do servidor comissionado ou em estágio probatório. Ainda assim, necessário é o respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, para o atendimento do devido processo legal”. (FORTINI, Cristiana. Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra (Locais do Kindle 9012-9018). Editora Fórum. Edição do Kindle.)

► **Extinção de cargo público não se confunde com a declaração de sua desnecessidade.**

“Fundamentalmente, **na extinção**, o cargo é abolido do quadro respectivo, conquanto suscetível de recriação no futuro, de acordo com os novos fatos que a determinarem, e, **na declaração de desnecessidade**, o cargo permanece existindo, todavia, transitoriamente desativado, por motivos de “conveniências conjunturais passageiras”. (SALGADO. A disponibilidade do servidor: uma visão histórica e atual. In: WAGNER JUNIOR (Coord.). Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari, p. 653.)

► **Caracterizada a existência de cargos sujeitos à declaração de desnecessidade, em decorrência da extinção ou da reorganização de órgão ou de entidade, a Administração deverá adotar, separada ou cumulativamente, alguns critérios de análise pertinentes à situação pessoal dos respectivos ocupantes.**

Caracterizada a existência de cargos sujeitos à declaração de desnecessidade, em decorrência da extinção ou da reorganização de órgão ou de entidade, a administração deverá adotar, separada ou cumulativamente, os seguintes critérios de análise, pertinentes à situação pessoal dos respectivos ocupantes, para fins de disponibilidade: I – menor tempo de serviço; II – maior remuneração; III – idade menor; IV – menor número de dependentes.

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

“Pode ocorrer que um cargo, originariamente criado para provimento em comissão, seja transformado em cargo de provimento efetivo. Toda alteração deve ocorrer por lei. A transformação, no dizer de Diógenes Gasparini “significa uma alteração de

molde a atingir sua natureza.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Servidores Públicos, 2ª edição, Editora Malheiros, 2008, p. 35)

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

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

■ **É firme a jurisprudência do STF no sentido que a sanção do projeto de lei não convalida defeito de iniciativa.**

14 “Regime jurídico dos servidores públicos estaduais. Aposentadoria e vantagens financeiras. Inconstitucionalidade formal. Vício que persiste, não obstante a sanção do respectivo Projeto de Lei. Precedentes. 1. Dispositivo legal oriundo de emenda parlamentar referente aos servidores públicos estaduais, sua aposentadoria e vantagens financeiras. Inconstitucionalidade formal em face do disposto no art. 61, § 1º, II, ‘c’, da Carta Federal. 2. É firme na jurisprudência do Tribunal que a sanção do projeto de lei não convalida o defeito de iniciativa. Precedentes. Procedência da ação. Inconstitucionalidade da Lei nº 1.786, de 09 de janeiro de 1991, do Estado do Rio de Janeiro” (ADI nº 700/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 23.05.2001, DJ 24 ago. 2001).

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

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

► **O ritual sagrado do cargo.**

“Como me referi em O direito na Bíblia, a investidura é ato formal e estabelece um ritual para que o servidor se habilite a exercer sua atividade. “Quando o faraó quis in-

vestir José na autoridade pública, pôs o anel em sua mão” (Gênesis, 41.32). É o ato de investidura em cargo público. Todos podem almejar ser servidores públicos. Somente o serão, no entanto, no Brasil de hoje, aqueles que prestarem concurso e, passando, sejam nomeados como agentes”. Vê-se, pois, que há um ato solene para investir alguém para exercer o *munus*. A partir daí, deflagra-se um plexo de normas que fixam a atribuição (funções) para que o agente possa pôr em prática sua competência. A explicitação deste ocorre através da prática de atos administrativos. É importante que haja um ritual. A lei ou o costume criam alguns atos para dar relevo ao cargo. Ora é o uso de uma toga (magistrado) ou beca (advogado e ministério público), a existência de cancela (no Tribunal do Júri ou nas repartições públicas), entrada privativa, o uso de paletó, o uso de distintivos (deputados e senadores), o carro oficial, a linguagem etc. Tudo distingue o servidor de outros. Isso para dar respeitabilidade ao exercício da função”. (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Servidores Públicos, 2ª edição, Editora Malheiros, 2008, p. 123/124)

► EMPREGO PÚBLICO.

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

► **No mesmo sentido:** “Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto os ocupantes de cargo público (efetivo ou em comissão) e de função (de confiança) têm um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei 8.112/1990) e em legislação esparsa que o complementa.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado do Direito Administrativo: administração pública e servidores públicos / Fabrício Motta e Maria Sylvia Zanella Pietro. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, Volume 2, 2014, p. 372)

► Empregos públicos: trata-se de relação jurídica regida pelas leis trabalhistas, com o Estado na qualidade de empregador.

A expressão emprego pública, ao seu turno, possui significação do *lato* semelhante ao de cargo público, com uma diferença principal: trata-se de relação jurídica regida pelas

leis trabalhistas, com o Estado na qualidade de empregador. A relação entre empregado e poder público é firmada por meio de um contrato de trabalho, não sendo, por isso, estatutária. A presença do Estado em um dos polos da relação jurídica acarreta algumas alterações no regime trabalhista verificado nos vínculos totalmente particulares, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, em razão da inelutável ligação estatal com a defesa do interesse público. As alterações de maior substância devem-se à influência direta de regras e princípios constitucionais (como a exigência de concurso público e a existência de regras para a acumulação), no regime dos empregos públicos. Na órbita federal, diante da competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I), outras características específicas podem existir, sendo atualmente a questão tratada na Lei 9.962/008. Por imposição do art. 61, § 1º, inciso II, “a”, a criação de empregos públicos na administração direta e nas autarquias depende de lei de iniciativa do Presidente da República.

► **A Lei federal n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000 prescreve que leis específicas disporão sobre a criação dos empregos públicos no âmbito dessas administrações e sobre a transformação de cargos em emprego público.**

A Lei federal n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplina o regime de emprego público da Administração federal direta, autárquica e fundacional, além de estabelecer que o vínculo do pessoal admitido pela União, autarquias e fundações federais será o celetista, prescreve que leis específicas disporão sobre a criação dos empregos públicos no âmbito dessas administrações e sobre a transformação de cargos em emprego público (art. 1º e § 1º). O inciso I do § 2º do art. 1º dessa lei proíbe submeter ao regime da citada lei os cargos de provimento em comissão e atingir servidores regidos pela Lei federal n. 8.112/90. A essa espécie de transformação aplicam-se, no que couber, as regras antes mencionadas. Alerta-se que, se o elemento (nome, padrão, referência, requisito de provimento, atribuição) foi instituído por lei, somente por ato igual pode ser modificado, se se tratar de cargo do Executivo, de suas autarquias e fundações públicas, do Judiciário ou das Cortes de Contas. Se se tratar de cargos do Legislativo, só podem ser modificados por resolução desse Poder.

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

“A expressão emprego público, ao seu turno, possui significado lato semelhante ao de cargo público, com uma diferença principal: trata-se de relação jurídica regida pelas leis trabalhistas, com o Estado na qualidade de empregador. A relação entre empregado e poder público é firmada por meio de um contrato de trabalho, não sendo, por isso, estatutária. A presença do Estado em um dos polos da relação jurídica acarreta algumas alterações no regime trabalhista verificado nos vínculos totalmente particulares, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, em razão da inelutável ligação estatal com a defesa do interesse público. As alterações de maior substância devem-se à influência direta de regras e princípios constitucionais (como a exigência de concurso público e a existência de regras para a acumulação), no regime dos empregos públicos. Na órbita federal, diante da competência privativa da União para legislar sobre direito trabalho (art. 22, inciso I) outras características específicas podem existir, sendo atual-

mente a questão tratada na Lei 9.962/00. Por imposição do art. 61, § 1º, inciso II, “a”, a criação de empregos públicos na administração direta e nas autarquias depende de lei de iniciativa do Presidente da República.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 826)

► FUNÇÕES PÚBLICAS.

“Um primeiro sentido, demasiado amplo, entende função como sinônimo de atribuição ou conjunto de atribuições, desempenhadas por qualquer agente público, independente de cargo ou emprego. Outro sentido é o materializado na referência constante no inciso V deste artigo 37, adiante comentado, tocante às funções de confiança exercidas por titulares de cargo efetivo. Por derradeiro, também se reconhece o exercício de função pública no caso das contratações temporárias efetivadas com fundamento no art. 37, inciso IX, em razão de excepcional interesse público. Há, em todo o texto constitucional, normas que utilizam a expressão tratada nos três sentidos referidos, o que exige a atenção do intérprete em cada situação.” (Comentários à Constituição do Brasil – Série Idp. Mendes, Gilmar Ferreira; Streck, Lênio Luiz; Sarlet, Ingo Wolfgang; Leony, Léo Ferreira; Canotilho, J. J. Gomes. Editora Saraiva, 2ª Edição, São Paulo, 2018, p. 826)

► Sentidos da expressão “função pública”.

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

► Qual tratamento o ordenamento constitucional dispensa às funções públicas?

“Um primeiro sentido, demasiado amplo, entende função como sinônimo de atribuição ou conjunto de atribuições, desempenhadas por qualquer agente público, independente de cargo ou emprego. Outro sentido é o materializado na referência constante no inciso V deste artigo 37, adiante comentado, tocante às funções de confiança exercidas por titulares de cargo efetivo. Por derradeiro, também se reconhece o exercício de função pública no caso das contratações temporárias efetivadas com fundamento no art. 37, inciso IX, em razão de excepcional interesse público. Há, em todo o texto constitucional, normas que utilizam a expressão tratada nos três sentidos referidos, o

que exige a atenção do intérprete em cada situação.” (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho. [et al.]. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 826)

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

“A função abrangia, antes da atual Constituição, pelo menos, duas modalidades diversas: 1. a de chefia, assessoramento, direção e tantas outras, remuneradas, normalmente, mediante acréscimos pecuniários ao padrão do funcionário, sob os mais variados títulos, como pro labore, representação, gratificação, função gratificada; 2. a exercida, antes da atual Constituição, pelos chamados servidores extranumerários, interinos, temporários e que compunham um quadro de funções paralelo ao quadro de cargos; normalmente essas funções tinham a mesma denominação, a mesma remuneração e idênticas atribuições dos cargos correspondentes, porém eram de livre provimento e exoneração, não conferindo estabilidade àqueles que as exerciam; sempre serviram aos propósitos de apadrinhamento próprios da Administração Pública brasileira, em todos os tempos. Era uma forma de atender às exigências do serviço público, criando-se a função sem criar-se o cargo; com isso, contornava-se a exigência constitucional de concurso público para a investidura.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado do Direito Administrativo: administração pública e servidores públicos / Fabrício Motta e Maria Sylvia Zanella Pietro. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, Volume 2, 2014, p. 373)

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

“1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no art. 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento. Assim, a Lei 8.112/1990 definia, no art. 233, § 3.º, as hipóteses em que o concurso era dispensado; esse dispositivo foi revogado pela Lei 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que agora disciplina a matéria, com as alterações posteriores; 2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da EC 19/1998, que “as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado do Direito Administrativo: administração pública e servidores públicos / Fabrício Motta e Maria Sylvia Zanella Pietro. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, Volume 2, 2014, p. 374)

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

“Função de confiança distingue-se de cargo em comissão pelo fato de aquela não titularizar cargo público. Demais disso, se função nada mais é que atribuição ou conjunto

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

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

“A função pública pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo de trabalho em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargos, pois somente detêm funções.” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 20ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 323)

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

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

► **CLASSE é o agrupamento de empregos da mesma profissão ou atividade e de igual padrão de remuneração.**

“O servidor governamental, por via de regra, ocupa, nas sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas, emprego. Emprego é o centro de encargos para ser ocupado por servidor contratado pelo regime celetista. À semelhança do que ocorre com os cargos públicos, os empregos podem estar, ou não, dispostos em quadro de carreira, como, aliás, permite o § 2º do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho. No primeiro caso diz-se emprego de carreira; no segundo diz-se emprego isolado, cujos conceitos exigem prévia noção do que seja classe e carreira. **Classe é o agrupamento de empregos da mesma profissão ou atividade e de igual padrão de remuneração. Carreira é o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividades, dispostas hierarquicamente de acordo com o grau de dificuldade das atribuições e nível de responsabilidade.** Ao conjunto de empregos chamamos quadro. Os

empregos, as classes e as carreiras são criados e regulados mediante atos da diretoria da entidade governamental. Não há, assim, necessidade de lei para essas finalidades”. (GASPARINI, Diógenes, Direito administrativo – 17ª. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012)

► **PROVIMENTO é a designação de uma pessoa a titularizar um cargo público, seja ele efetivo ou em comissão.**

“Aponte-se que provimento é a designação de uma pessoa a titularizar um cargo público, seja ele efetivo ou em comissão. Efetivar-se-á o provimento pelo ato da autoridade competente, neste caso, dita-nos ser aquele lançado por pessoa legalmente habilitada para tanto, que aqui se faz na pessoa do Presidente da República, acontece que este ato nem sempre é praticado pelo mesmo, podendo ela efetivar-se através de delegação de poderes inserta no parágrafo único, do art. 84, da Carta Política de 1988. Quando este artigo fala em autoridade competente de cada Poder do Estado, quer nos parecer que em cada esfera administrativa – seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário – haverá uma pessoa investida de poderes suficientes a prover cargos públicos na forma da lei”. (DUARTE NETO, Claudionor. O estatuto do servidor Público (Lei n.º 8.112/90) à luz da constituição e da jurisprudência, 2- Edição, Revista e ampliada, Sao Paulo, Editora Atlas S.A. – 2011)

► **Cargos de provimento efetivo e em cargos de provimento em comissão.**

“Os cargos públicos se dividem, pela Constituição Federal, art. 37, em cargos de provimento efetivo e em cargos de provimento em comissão. Ambos são permanentes, e constitui um lapso de todo condenável confundir cargos em comissão com cargos não permanentes. O oposto de cargos permanentes são cargos temporários, ou seja, aqueles destinados à vigência de determinado tempo – por exemplo, enquanto estiverem ocupados, extinguindo-se na vacância, o que a lei pode estabelecer e é frequente que o faça nos três níveis de governo. Não existem outros cargos temporários no direito brasileiro, senão aqueles aos quais a lei, por algum motivo justo e ponderável, empreste um tempo certo de existência, o que é sempre excepcional às regras constitucionais básicas. A admissão para cargos de provimento efetivo se dá, por força da Constituição Federal, art. 37, II, por concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme cada respectivo edital estabeleça. As regras para o edital, fora as poucas constitucionais que existem, são dadas por cada estatuto local de funcionários”. (Tratado de direito administrativo, 2 / coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157)

► **Organização dos cargos e dos empregos nos quadros públicos de pessoal.**

“Os cargos públicos, estatutários portanto, se dispõem em dois distintos quadros, segundo a sua natureza: o de cargos de provimento efetivo e o de cargos de provimento em comissão. É natural que as grandes organizações de pessoal poderão organizar diversos quadros de cargos efetivos e diversos de cargos em comissão, segundo a lei local o faça, dividindo-os por secretarias ou outras divisões administrativas, ou por níveis de escolaridade, ou de remuneração, ou ainda por critérios variados”. (Tratado

de direito administrativo, 2 / coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. – São Paulo: Saraiva, 2013)

► **Os quadros de pessoal estatutário, quando assim plasmados na lei, são a referência oficial dos cargos públicos, para todos os efeitos.**

“Os quadros de pessoal estatutário, quando assim plasmados na lei, são a referência oficial dos cargos públicos, para todos os efeitos. E o mesmo se pode dizer, naturalmente, dos quadros dos empregos públicos, integrados pelos empregos criados por lei para a respectiva entidade ou Poder que adote ou tenha esse regime jurídico, compondo-se do quadro dos empregos permanentes e do quadro dos empregos de confiança, os primeiros prováveis por contratação pela CLT após concurso público de provas ou provas e títulos, e os segundos pelo critério exclusivo da autoridade competente para autorizar a contratação, tudo na forma das normas locais, legais ou infralegais, pertinentes”. (Tratado de direito administrativo, 2 / coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 160)

► **As atribuições dos cargos públicos, por seu turno, parecem demasiado que figurem na própria lei que os cria ou (re)organiza.**

“As atribuições dos cargos públicos, por seu turno, parecem demasiado que figurem na própria lei que os cria ou (re)organiza, porque são mutáveis por excelência e a sua figuração na lei soleniza e dificulta exageradamente a sua alterabilidade; seria como matar tico-tico com canhão. O que se recomenda é a utilização de um ato infralegal regulamentar (decreto, ato da mesa ou da direção, ato da presidência ou o que mais for, conforme seja a entidade)”. (Tratado de direito administrativo, 2 / coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161)

► **LOTAÇÃO**

“Lotação, por fim, é a designação do servidor para trabalhar em determinado local, ou em determinada divisão administrativa do ente ao qual seu cargo está afeto. Pode constar expressa, como se disse, no quadro de pessoal, como pode não constar, porque se constar isso poderá, conforme seja redigida a lei respectiva, prejudicar a movimentação física dos servidores, efeito por certo indesejável na Administração”. (Tratado de direito administrativo, 2 / coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159)

► **A lotação é a alocação de cargos nos órgãos e unidades administrativas, no âmbito de cada Poder, em conformidade com as necessidades da prestação do trabalho público, observando-se, ainda, nessa alocação de cargos, a carreira e quadro de pessoal respectivos.**

“A lotação é a alocação de cargos nos órgãos e unidades administrativas, no âmbito de cada Poder, em conformidade com as necessidades da prestação do trabalho público, observando-se, ainda, nessa alocação de cargos, a carreira e quadro de pessoal respectivos. Veja-se que a lotação está ligada à gestão pública de pessoal, como uma forma de

distribuição desses cargos em cada unidade administrativa, segundo as necessidades da prestação de serviços públicos. A lotação é efetuada por meio de decreto ou ato regulamentar no âmbito do respectivo Poder ou órgão autônomo. Assim, o servidor nomeado e empossado no cargo público, iniciará o exercício de suas funções junto a uma unidade de trabalho ou repartição na qual exista a lotação correspondente àquele cargo. Geralmente, denomina-se de classificação esta lotação inicial do servidor público. Aberta uma vaga do respectivo cargo no local de lotação, esta vaga é preenchida por remoção, que é uma forma de movimentação do servidor de um local de lotação para outro”. (MACIEL, Heriberto Roos e ANDREATTA, Sandra Regina, Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul, Juruá Editora, 2016, p. 62)

▣ **O concurso público pode ser realizado com classificação específica para cada órgão ou unidade de lotação.**

“CONCURSO PÚBLICO: PRINCÍPIO DE IGUALDADE: OFENSA INEXISTENTE. Não ofende o princípio da igualdade o regulamento de concurso público que, destinado a preencher cargos de vários órgãos da Justiça Federal, sediados em locais diversos, determina que a classificação se faça por unidade da Federação, ainda que daí resulte que um candidato se possa classificar, em uma delas, com nota inferior ao que, em outra, não alcance a classificação respectiva”. (RE 146.585, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 18.04.1995, 1ª T., DJ de 15.09.1995).

▣ **No mesmo sentido:** “Administrativo. Servidor Público. Lotação. Direito da administração que não se relaciona com a ordem do provimento dos cargos. 1. A administração é sempre possível lotar o servidor em qualquer lugar, porque, salvo as exceções constitucionais, não há direito “ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições” (Hely Lopes Meirelles), não existindo, ao nomeado em concurso público, direito de se ver lotado na repartição que lhe parecer mais conveniente. 2. Apelação desprovida”. (Apelação Cível 599259652, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Araken de Assis, j. em 08.09.1999).

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

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

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

“Como adverte Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não é permitido “ao regulamento, ao edital ou a qualquer ato administrativo criar outras condições de acesso que não

essas definidas em lei” Ademais disso, a lei que disciplinar o tema deverá ter derivado de projeto do Chefe do Poder Executivo, o qual é titular de iniciativa exclusiva em tais assuntos (CF/1988, art. 61, § 1.º, II, a)”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito, 13. ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 734)

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

A Constituição Federal estabeleceu no inciso XIII do art. 5º o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, in verbis: Art. 5º [...]. XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Dessa forma, consagrou-se o direito ao livre exercício de profissão como norma constitucional de eficácia contida, pois previu a possibilidade de edição de lei que estabeleça as qualificações necessárias a seu exercício. Cita-se, a título de exemplo, a Lei nº 7.498/86, de 25 de junho de 1986, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da Enfermagem e dá outras providências, a habilitação para o exercício profissional de enfermagem, tanto na área privada, quanto na pública, independentemente de qualquer tipo de especialização, bastando apenas inscrição do graduado em enfermagem no Conselho Regional de Classe. De acordo com a Constituição Federal somente a lei – ato normativo emanado do Poder Legislativo – pode regular o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, sendo essa atribuição indelegável a qualquer outro Poder. Sendo assim, um edital que regula o concurso público, que é um ato administrativo, jamais poderia criar uma regra que contraria o disposto na Lei nº 7.498/86, que regula a Profissão de Enfermagem, e tem abrangência nacional. A questão é bem simples, se a Lei nº 7.498/86 diz que para o exercício da profissional de enfermagem basta que o graduado se inscreva no Conselho Regional de Classe, não pode um edital impedir o exercício dessa profissão no serviço público exigindo uma qualificação não elencada pela lei. Como se vê, tal exigência editalícia além de violar aos princípios da legalidade e da razoabilidade, também impede o livre exercício da profissão de enfermeiro ao barrar determinados candidatos de ingressarem no serviço público.

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

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

de exigência de formação especializada em nível superior nos termos da legislação e das normas relacionadas a sua atividade profissional, no âmbito da administração pública municipal, responsabilizando-se tecnicamente pelo serviço inerente a sua função, ao passo que a Lei Federal nº 5.081/1966, que regulamenta o exercício da Odontologia em território nacional, assegura aos cirurgiões-dentistas habilitados em curso superior e inscritos no Conselho Regional de Odontologia sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade, a prerrogativa de praticar todos os atos pertinentes a Odontologia, decorrentes de conhecimentos adquiridos em curso regular ou em cursos de pós-graduação (art. 6º, inciso I).

3) O cargo público, como nos esclarece José dos Santos Carvalho Filho, é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.

4) Essa necessidade dos requisitos de acesso aos cargos públicos virem expressamente previstos em lei, além de ínsita ao princípio republicano, é expressão direta dos princípios da legalidade e da impessoalidade, pois se a res é pública e a todos pertencem, em idêntica proporção, somente aos titulares do poder, através de seus legítimos representantes, é dado estabelecer as condições de ingresso no serviço público, sob pena de se outorgar ao administrador discricionariedade incompatível com as vigas mestras de nossa ordem constitucional e com a previsão contida no art. 37, inc. I, de nossa Carta Maior.

5) Não estivessem os requisitos de acesso previamente delineados em lei da entidade a quem pertença o cargo, o administrador estaria liberto de peias jurídicas para estabelecê-los no edital do certame, podendo, ainda que a pretexto de escolher o candidato mais qualificado, recrudescer de tal forma as exigências que o universo de possíveis candidatos restasse plenamente identificável, em descompasso com o princípio da impessoalidade.

6) Como a legislação que regulamenta a matéria não contempla a exigência que justificou a desclassificação do apelante para o cargo no qual ele restou aprovado, falece o instrumento convocatório do certame ou qualquer outro ato normativo subalterno da prerrogativa de instituir validamente dita exigência, sob pena de invadir competência privativa alheia, reservada ao legislador ordinário. Precedentes desta egrégia Corte.

7) Uma vez que a exigência administrativa não encontra suporte na lei instituidora do cargo e nem naquela que regulamento o exercício da profissão no território nacional, não se tem dúvidas em proclamar sua nulidade, na esteira da orientação deste egrégio Tribunal, determinando a nomeação do apelante, aprovado dentro do número de vagas disponibilizado pelo Edital nº 001/2011.

8) Recurso conhecido e provido. 1. in Manual de Direito Administrativo. 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p 406.” (TJES, Classe: Apelação, 048120017511, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/04/2018, Data da Publicação no Diário: 04/05/2018)NVESTIDURA.

ENTENDIMENTO DO TCU SOBRE O TEMA

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
A criação de funções comissionadas por meio de deliberações de órgão especial ou atos da presidência de órgão infringe o disposto no art. 48, X, da Constituição Federal. É de competência exclusiva do Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas.	07/12/2010	AC-8365/10-1	WEDER DE OLIVEIRA
A redistribuição por reciprocidade é admitida em caráter excepcional, desde que observados os requisitos do art. 37 da Lei 8.112/1990 e a restrição quanto à inexistência de concurso público em vigor para a especialidade do cargo envolvido na redistribuição.	24/04/2018	AC-3879/18-1	VITAL DO RÊGO
O requisito de dezoito anos como idade mínima para investidura em cargo público (art. 5º, inciso V, da Lei 8.112/1990) não é suprido por eventual emancipação civil, e deve ser comprovado na data da inscrição no certame.	14/02/2017	AC-0683/17-1	BENJAMIN ZYMLER
A redistribuição por reciprocidade é admitida em caráter excepcional, desde que atendidas as seguintes condições: a) preenchimento dos requisitos do art. 37 da Lei 8.112/1990, em especial o interesse da Administração, que deve estar devidamente comprovado nos autos do processo administrativo; b) inexistência de concurso público em andamento ou em vigência para as especialidades dos cargos interessados na redistribuição, no caso de cargo vago; c) concordância expressa do servidor, no caso de cargo ocupado.	11/07/2017	AC-5240/17-1	BENJAMIN ZYMLER
O tempo de serviço exercido em cargo isolado de provimento efetivo não pode ser aproveitado para fins de "quintos", nem de "opção".	12/11/2013	AC-8019/13-1	WALTON ALENCAR RODRIGUES

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
A redistribuição por reciprocidade se assemelha à transferência, que foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A redistribuição limita-se às hipóteses de ajustamento de lotação ou da força de trabalho às necessidades do serviço, aplicando-se, exclusivamente, quando presente o imperativo de interesse público. A redistribuição de cargos como contrapartida à remoção de servidores para o preenchimento das lacunas surgidas na lotação do órgão não possui previsão legal e assemelha-se à transferência. A existência de concurso público em vigor impossibilita a redistribuição.	08/11/2011	AC-9705/11-1	MARCOS BEMQUERER
O procedimento de admissão para preenchimento de cargo ou emprego público pressupõe prévia existência de vaga.	26/07/2011	AC-5738/11-1	WEDER DE OLIVEIRA
Não é possível a incorporação de quintos/décimos nem o recebimento de opção; pelo exercício de cargo isolado de provimento efetivo, mas apenas pelo exercício de cargo em comissão.	11/05/2010	AC-2328/10-1	WEDER DE OLIVEIRA
É ilegal a percepção da vantagem denominada 'quintos' e 'opção', sem que o servidor, ocupante de cargo isolado de provimento efetivo, tenha exercido cargo em comissão ou função comissionada.	18/03/2008	AC-819/08-1	MARCOS BEMQUERER
É ilegal a percepção da vantagem denominada 'quintos' e 'opção', sem que o servidor, ocupante de cargo isolado de provimento efetivo, tenha exercido cargo em comissão ou função comissionada.	04/03/2008	AC-596/08-1	MARCOS BEMQUERER
A redistribuição por reciprocidade caracteriza o instituto da transferência, considerado inconstitucional pelo STF. Excepcionalmente e alternativamente, mantém-se a situação de servidores redistribuídos por reciprocidade até a regularização do quadro de pessoal da Justiça Eleitoral nos termos da Lei 11.202/2005 e da Resolução TSE 22.138/2005, devendo a Administração abster-se de realizar novas permutas de cargos a título de redistribuição por reciprocidade.	04/11/2008	AC-4098/08-1	MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
É indevida a percepção de vantagens próprias do exercício de cargo comissionado por servidor ocupante de cargo isolado de provimento efetivo, mesmo que tenha remuneração equiparada à de cargo em comissão.	19/02/2008	AC-298/08-1	VALMIR CAMPELO
São ilegais as funções criadas por meio de resoluções.	26/08/2008	AC-2712/08-1	GUILHERME PALMEIRA
O ocupante de cargo isolado, cuja remuneração era equiparada a de cargo em comissão, não faz jus às vantagens inerentes ao exercício de cargo comissionado, como 'opção' e 'quintos'.	12/02/2008	AC-192/08-1	MARCOS BEMQUERER
É ilegal a redistribuição por reciprocidade, que é uma dissimulação do antigo instituto da transferência, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 19/12/1995 e definitivamente banido do ordenamento jurídico pela Lei 9.527, de 10/12/1997.	28/05/2008	AC-1690/08-1	VALMIR CAMPELO
É ilegal a percepção de quintos/décimos por servidor ocupante de cargo isolado de provimento efetivo cujos vencimentos foram equiparados aos de cargo em comissão, de mesma denominação.	13/02/2007	AC-281/07-1	MARCOS BEMQUERER
Somente por meio de lei é possível o reenquadramento que resulte na criação de novas classes para um cargo ou que estabeleça outro nível de escolaridade.	23/01/2007	AC-18/07-1	MARCOS BEMQUERER
Os órgãos do Poder Judiciário não podem transformar funções por meio de ato administrativo, razão porque é ilegal o aproveitamento de tempo de serviço de função comissionada exercida nessas circunstâncias para o fim de recebimento da vantagem opção.	23/01/2007	AC-16/07-1	MARCOS BEMQUERER
Ao servidor ocupante de cargo isolado transformado em cargo em comissão não é devida a percepção de vantagens associadas ao exercício de cargo comissionado.	22/05/2007	AC-1421/07-1	RAIMUNDO CARREIRO

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
É ilegal o pagamento de parcelas inerentes ao exercício de função comissionada para detentores de cargos isolados do Poder Judiciário, sem que hajam efetivamente ocupado funções ou cargos comissionados.	08/05/2007	AC-1226/07-1	RAIMUNDO CARREIRO
Com a edição da Lei 12.774/2012 (art. 3º), os servidores da área de apoio (limpeza e conservação) do TST passaram a integrar o cargo de técnico judiciário, convalidando ato administrativo anterior do órgão nesse sentido, com efeitos sobre a legalidade dos atos de concessão de aposentadoria dos servidores reenquadrados.	25/08/2015	AC-6012/15-2	AUGUSTO NARDES
Não se pode considerar nula a posse efetivada após decorrido o prazo legal, se o candidato, tendo cumprido todas as exigências legais, não contribuiu para a mora da Administração. Não é decadencial o prazo de trinta dias, haja vista que a própria lei admite hipóteses de suspensão do trintídio para a posse e exercício.	07/02/2012	AC-0731/12-2	AUGUSTO NARDES
Não se deve nomear servidor em vaga cujo dispositivo legal que a origina ainda não tenha sido publicado no Diário Oficial da União.	12/04/2011	AC-2314/11-2	AUGUSTO NARDES
É possível a criação de empregos no âmbito da administração direta e indireta, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, decorrente da posse de antigos empregados em outro cargo público inacumulável.	14/07/2009	AC-3869/09-2	JOSÉ JORGE
A redistribuição por reciprocidade é condenável por configurar a transferência, instituto banido da legislação pátria desde 1995, por meio de decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal. A movimentação de um quadro para o outro, entre órgãos diferentes, entre a administração direta e autarquias, entre os Poderes que compõem o ente federado, é inconstitucional, porquanto configura provimento de cargo público sem concurso público (art. 37, § 2º, da Constituição Federal).	07/07/2009	AC-3661/09-2	JOSÉ JORGE

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
É ilegal a admissão de servidor público realizada sem a existência prévia de cargo vago.	26/05/2009	AC-2693/09-2	JOSÉ JORGE
Os TRE têm competência para organizar zonas eleitorais, mas não para criar os cargos e as funções para desempenho dos trabalhos de zona eleitoral criada.	26/08/2008	AC-3116/08-2	ANDRÉ DE CARVALHO
É legal a criação, mediante ato administrativo, de cargo em comissão ou função comissionada no âmbito de sociedades de economia mista ou empresas públicas que desenvolvam atividades econômicas, sendo prescindível que se o faça por meio de lei.	30/01/2007	AC-56/07-2	UBIRATAN AGUIAR
É indevida a percepção de vantagens decorrentes do exercício de função comissionada por servidor ocupante de cargo isolado, que não chegou a exercer função daquela natureza.	14/10/2003	AC-1899/03-2	ADYLSO MOTA
É indevida a inclusão da vantagem denominada 'quintos' aos proventos de aposentadoria de servidor ocupante de cargo isolado, cuja remuneração foi equiparada à de cargo em comissão, pois esse direito só é assegurado ao ocupante de cargo efetivo investido no cargo em comissão.	03/07/2003	AC-1079/03-2	BENJAMIN ZYMLER
Admite-se a redistribuição por reciprocidade, observados os requisitos do art. 37 da Lei 8.112/1990 e a restrição quanto à inexistência de concurso público em vigor para as especialidades dos cargos interessados na redistribuição, a fim de resguardar interesses de candidatos aprovados.	29/10/2014	AC-2912/14-P	ANDRÉ DE CARVALHO
É ilegal a criação ou transformação, por via administrativa, de cargo em comissão e função comissionada (arts. 48, inciso X, 96, inciso II, alínea b, e 169, § 1º, da Constituição Federal), ressalvados os atos administrativos praticados, no âmbito do TRT – 1ª Região, até a data da Resolução Administrativa 833, de 07/02/2002 (Art. 2º da Lei 11.758/2008).	24/09/2014	AC-2529/14-P	MARCOS BEMQUERER

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
<p>É possível a realização de redistribuição, desde que observados os preceitos contidos no art. 37, caput e incisos I a VI, da Lei 8.112/1990, atentando, ainda, para os seguintes aspectos: a redistribuição tem como característica e objetivo a movimentação de cargos, não sendo o instituto adequado quando se almeja a movimentação de servidores; por sua natureza, a redistribuição deve ser utilizada em caráter excepcional e sempre no interesse da Administração, o qual deve estar devidamente comprovado nos autos do respectivo processo administrativo; a redistribuição não pode afrontar o princípio constitucional do concurso público e prejudicar o direito de terceiros, no caso de cargo ocupado, deve haver a concórdância expressa do servidor.</p>	21/05/2014	AC-1316/14-P	JOSÉ JORGE
<p>A “redistribuição por reciprocidade” é admitida, em caráter excepcional, desde que atendidas as seguintes condições: a) preenchimento dos requisitos do art. 37 da Lei 8.112/1990, em especial o interesse da Administração, que deve estar devidamente comprovado nos autos do processo administrativo; b) inexistência de concurso público em andamento ou em vigência para as especialidades dos cargos interessados na redistribuição, no caso de cargo vago; c) concórdância expressa do servidor, no caso de cargo ocupado.</p>	21/05/2014	AC-1308/14-P	JOSÉ JORGE
<p>Os requisitos da redistribuição, previstos no art. 37 da Lei 8.112/1990, pressupõem a necessidade de deslocamento de cargos (e não de servidores) para órgão ou entidade do mesmo Poder, com vista ordinariamente ao ajustamento de lotação e da força do trabalho, no interesse da administração e em caráter excepcional.</p>	07/03/2012	AC-0480/12-P	AUGUSTO SHERMAN
<p>Admite-se em situações excepcionais a redistribuição por reciprocidade, quando observados os requisitos do art. 37 da Lei nº 8.112/1990 e a restrição quanto à inexistência de concurso público em vigor para as especialidades dos cargos interessados na redistribuição.</p>	10/12/2012	AC-3447/12-P	VALMIR CAMPELO

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
Não há previsão legal para redistribuição de cargo em razão de anterior remoção de servidor. A remoção de servidores com a contrapartida da redistribuição de cargos vagos para preenchimento das lacunas surgidas na lotação do órgão de origem assemelha-se à transferência, instituto considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 19/12/1995, nos autos do Mandado de Segurança nº 22.148-8/DF, e definitivamente banido do ordenamento jurídico pela Lei nº 9.527/1997.	15/09/2010	AC-2366/10-P	VALMIR CAMPELO
A redistribuição feita sem o preenchimento dos requisitos específicos estabelecidos no art. 37 da Lei 8.112/90 viola a regra geral do concurso público, equivalendo ao instituto da transferência, já julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em decorrência da unificação dos quadros de cada um dos órgãos especializados do Poder Judiciário Federal pela Lei 11.416/2006, apenas por meio do instituto da redistribuição, previsto no art. 37 da Lei 8.112/90 é possível se transferir um servidor de um órgão especializado para outro.	28/05/2008	AC-962/08-P	AROLDO CEDRAZ
É ilegal a transposição decorrente de alterações, feitas mediante simples atos administrativos internos, no nível de escolaridade, estruturas de vencimento, referência e classificação de cargos.	14/05/2008	AC-867/08-P	MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
É inconstitucional a criação de funções gratificadas por meio de ato administrativo.	02/04/2008	AC-520/08-P	MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
A Constituição Federal permite que a Câmara dos Deputados disponha sobre criação, transformação ou extinção de seus cargos, empregos e funções por ato próprio.	04/06/2008	AC-1041/08-P	BENJAMIN ZYMLER
É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.	22/11/2006	AC-2182/06-P	MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
O termo “cargo”, constante no inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, deve ser interpretado como carreira, quando aplicado aos membros do Ministério Público.	27/04/2005	AC-473/05-P	BENJAMIN ZYMLER
Os cargos reservados anteriormente aos juízes classistas nos Tribunais Regionais do Trabalho – TRTs podem ser providos na forma prevista no art. 115 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 24/1999.	30/07/2003	AC-990/03-P	GUILHERME PALMEIRA
Em razão da competência conferida pelo art. 51, inciso IV, da Constituição da República de 1988, pode a Câmara dos Deputados operar a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. A Câmara dos Deputados também pode criar, mediante resolução, Cargos de Natureza Especial – CNEs na quantidade e com as atribuições e características que entender necessárias ou convenientes para o suporte às atividades institucionais do órgão, incluído o apoio à atividade de representação popular exercida pelos parlamentares, não só no recinto da Câmara dos Deputados, como também junto às suas bases eleitorais nos Estados, observados mecanismos de controle para permitir a aferição da efetiva prestação de serviços.	27/08/2003	AC-1231/03-P	WALTON ALENCAR RODRIGUES
SÚMULA TCU 223: Os cargos de Ministro dos Tribunais Superiores, por serem isolados, não se enquadram na terminologia estatutária de classe imediatamente superior.	13/12/1994		IRAM SARAIVA
SÚMULA TCU 225: A investidura em cargo da esfera estadual de servidor do antigo Distrito Federal, transferido para o extinto Estado da Guanabara nos termos da Lei nº 3.752, de 14.04.60, rompe o vínculo que o mesmo, até então, mantinha com a União, não cabendo ao Tesouro Nacional qualquer despesa decorrente da aposentadoria superveniente.	13/12/1994		IRAM SARAIVA

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
SÚMULA TCU 242: O tempo de serviço exercido até a transformação do cargo isolado de provimento efetivo em cargo comissionado não pode ser aproveitado para fins de "quintos" e de concessão da vantagem prevista no art. 180 da Lei nº 1.711, de 28-10-52 (correspondente ao art. 193 da Lei nº 8.112, de 11-12-90).	13/12/1994		IRAM SARAIVA
O reenquadramento em planos de cargos e salários, com base em situações jurídicas pretéritas à admissão, que provoque tratamento diferenciado a empregados admitidos por meio do mesmo concurso público, contraria os princípios da legalidade, do concurso público, da moralidade e da impessoalidade.	24/06/2015 (Emprego público)	AC-1586/15-P	RAIMUNDO CARREIRO
A transformação de função comissionada não pode ser realizada por ato administrativo, consoante o art. 48, inciso X, da Constituição Federal, que exige lei formal para criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas.	06/02/2018 (Função de confiança)	AC-1041/18-1	WALTON ALENCAR RODRIGUES
A função comissionada de consultor legislativo da Câmara dos Deputados não constitui vantagem permanente nem integra necessariamente a remuneração dos consultores legislativos, não tendo direito à sua percepção o servidor cedido, designado para outra função, nomeado para cargo em comissão, licenciado ou afastado, podendo retornar à função comissionada de origem, na ocorrência de vaga.	30/09/2014 (Função de confiança)	AC-5682/14-1	WALTON ALENCAR RODRIGUES
É irregular a designação de servidor não detentor de cargo efetivo ou emprego público para exercer função comissionada, nos termos do art. 37, inciso V, da Constituição Federal.	27/08/2008 (Função de confiança)	AC-1846/08-P	RAIMUNDO CARREIRO

ENUNCIADO	DATA	ACÓRDÃO	AUTOR DA TESE
A partir de 28/06/2002, publicação da Lei 10.475, o percentual de até 20% do total das funções comissionadas em órgãos do Poder Judiciário poderá ser preenchido por servidores não integrantes das carreiras judiciárias, porém com vínculo com a Administração Pública da União, resguardadas as situações já constituídas.	22/11/2006 (Função de confiança)	AC-2193/06-P	AUGUSTO NARDES