

Inconstitucionalidade da efetivação de servidores públicos sem concurso público a título de incluí-los no Regime Jurídico Único

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

1. Na órbita federal, a pretexto de cumprir o art. 39 da Constituição Federal, que previu regime jurídico único para servidores públicos civis, a *Lei n.º 8.112 - no art. 243 e seu parágrafo 1º* - perpetrou uma flagrante e radical *inconstitucionalidade*, ensejando que Estados e Municípios, ou pelo menos alguns deles, tomando por modelo (como de hábito) o figurino federal, incorressem no mesmo despautério. A saber: o referido artigo 243 e seu parágrafo único transformaram, indiscriminadamente, sem poder fazê-lo, servidores celetistas em servidores estatutários, conferindo-lhes cargos públicos, não distinguindo, entre eles, sequer os estabilizados – art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – dos não-estabilizados e os concursados publicamente dos não-concursados. Aliás, *nem ao menos distinguiram entre os que haviam sido admitidos antes da Constituição ou depois da Constituição, por concurso ou sem ele*. Nisto tudo, afrontaram, à generala, disposições expressas da Lei Magna e princípios cardiais da organização administrativa nela residentes¹. Tratemos de demonstrá-lo com largueza.

¹ Este dislate, por seu absurdo e inconveniências, acabou por oferecer excelente ensejo para que o atual Governo encaminhasse projeto de Emenda Constitucional, almejando eliminar a garantia de estabilidade dos servidores públicos. Dito projeto, se conseguir a adesão do Congresso, porá por terra quaisquer esperanças de que o País ainda possa vir a ter uma administração séria, impessoal e liberta de favoritismos ou perseguições. É que, no Brasil, a estabilidade é requisito indispensável, ainda que não suficiente, para ensejar ao servidor público o mínimo de independência em relação a pressões políticas sectárias ou patrocinadoras de interesses subalternos. Logo, é condição *sine qua non* de uma administração responsável, conseqüente, orientada para o cumprimento de fins públicos, ao invés de operar como simples viabilizadora de vantagens para os eventuais ocupantes do poder e seus apaniguados.

Celso Antônio Bandeira de Mello é Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

2. O art. 37 da Lei Magna, em seu *caput*, declara que a administração direta e a indireta ou fundacional sujeitam-se aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da moralidade e também ao “seguinte”. Arrola, então, uma série de preceitos, dentre os quais interessa ao caso vertente o que consta do inciso II, assim redigido:

“II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Diante da clareza inquestionável deste dispositivo, ninguém, em sã consciência, poderia reputar legítimo que sujeitos não titulares de cargo público pudessem nele ingressar *sem concurso público de provas ou de provas e títulos*, (ou que sujeitos não-empregados pudessem ingressar em empregos públicos sem atendimento desta condição), salvo se fosse para cargo em comissão ou em alguma outra hipótese na qual houvesse explícita e inequívoca dispensa constitucional². Em suma: ante a redação peremptória e cristalina do art. 37, II, trata-se de algo juridicamente óbvio que o concurso público é exigência impostergável e só absolvível diante de disposições igualmente explícitas e que indisputavelmente o tenham arredado em alguma situação particular.

É evidente, portanto, que os sujeitos que mantinham com o poder público relações de *emprego* e não de cargo, só poderiam (e só podem) ingressar em *cargo público* mediante *concurso público de provas ou de provas e títulos*, sendo, pois, ostensivamente inconstitucional a indiscriminada inclusão deles em cargo público e seu correspondente regime.

3. Não se imagine que as disposições do art. 243 e parágrafo 1º da Lei nº 8.112, ao preceituarem nos termos em que o fizeram, estavam precisamente sob o abrigo de dispositivo constitucional - o art. 39 - que, justamente, traria consigo uma destas exceções à obrigatoriedade do concurso público: exceção de gigantesca abrangência, mas *transitória*.

Tal suposição seria inteiramente descabida e infirmada, bem ao propósito, por outro preceito

² Art. 53 das Disposições Transitórias, por exemplo, ou alguns cargos superiores da magistratura, na forma do art. 94 ou do art. 101, ambos das disposições permanentes.

da Lei Magna (o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), este último, sim, previsto exatamente para reger, em caráter *transitório*, situações concernentes a *empregados públicos* ou servidores em geral que ingressem no serviço público *sem concurso público* de provas ou de provas e títulos.

Consideremos inicialmente o que reza o art. 39:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”

Dele se extrai, unicamente, o que consta de tal dispositivo, a saber: que as referidas pessoas deverão ter, cada qual em sua esfera de competência, um regime jurídico de pessoal abrangente das respectivas autarquias e fundações públicas, assim como planos de carreira. Não se segue, entretanto, que dito regime deva começar por desatender o art. 37, II, do próprio Texto Constitucional, em cujo nome se propõe a instituir tal regime. Deveras, incluir os empregados em cargo público e correspondente regime, com prescindência de concurso público, é pura e simplesmente afrontar em abertas e publicadas uma regra basilar do próprio sobredito regime: a regra que impõe concurso público para nele ingressar e que está estampada com todas as letras já no primeiro artigo que a Constituição dedica aos servidores públicos.

Dir-se-á que esta é uma contingência inelutável da adoção do regime único. Não é exato.

Com efeito, a sobrevinda de norma impositiva sobre dada matéria, sem dúvida, traz consigo sua conseqüente positividade dali para diante, alcançando todas as situações futuras, mas não *necessariamente* as situações em curso. Estas últimas podem permanecer conservadas, quer por força de direito adquirido (se a regra sobrevinda for infraconstitucional ou se, em sendo constitucional, dela não for deduzível o propósito de elidi-lo), quer por força de outra norma *também residente no diploma novo* e que *seria afrontada caso houvesse desconhecimento das situações em curso*, quer, finalmente, porque o próprio texto superveniente, em *disposição transitória*, regula a matéria, ensejando depreender qual dentre as duas disposições supostamente conflitantes deve preponderar.

4. *In casu*, desde logo ressalta a prevalência do art. 37, II, exigente de concurso público. Isto porque dito artigo, em sua dicção, não comporta duas interpretações. Ele, em si mesmo, é de clareza solar. Diferentemente, o art. 39 comporta duas intelexções distintas, a saber: uma a de que alcançaria também as situações em curso e outra a de que se volta para as situações futuras, deixando incólumes as que já se encontravam em trânsito. Assim como não se considera que do art. 37, II, resulta a *inexorável* exclusão do serviço público dos que nele ora estão em situação de incompatibilidade com o previsto no citado artigo (por não haverem prestado concurso), também não há por que considerar que o art. 39 rejeita *inexoravelmente* a persistência de anteriores servidores em regime de emprego, distinto daquele que veio a ser fixado como o único (regime de “cargo público”, com suas decorrentes implicações).

Então, posto que o art. 37 *não enseja senão uma única exegese* e que o art. 39 *ensancha*, em tese, *duas interpretações*, resulta óbvio que, existindo alternativas exegéticas, ter-se-á de optar por aquela que descarta o conflito entre ambos os artigos. Seria, evidentemente, absurdo optar por aquela que, justamente, traz consigo agravo ao disposto em um deles, sobreposse quando o preceito agravado veicula princípio de importância transcendente e está proposto como um dos pilares do regime previsto na outra regra que se pretende aplicar.

Ou seja: exegeta que se preze não presume a incompatibilidade de normas em um mesmo diploma e não elege como correta a interpretação em decorrência da qual a aplicação de um preceito se faz postergando liminarmente a inteireza do outro. Menos ainda o fará se, com tal proceder, a aplicação da norma dada como preponderante tenha de ser, inevitavelmente, efetuada com postergação de uma característica essencial *nela presumida*. Deveras, uma vez que o concurso público é, inquestionavelmente, uma característica essencial a ser observada no regime único, resulta *absurdo* que, para prestigiar o disposto neste mesmo art. 39, em detrimento do art. 37, II, sua aplicação se faça, ainda, com liminar sacrifício de um princípio que teria de informar tal regime. Nota-se que, dessarte, sobre arredar desnecessariamente a aplicação de uma das normas, nem ao menos se conseguiria, em tal caso, fazer aplicação perfeita da outra. É dizer: com o fruto de tal interpretação, estar-se-ia, ademais e *ipso facto*, qualificando como parcialmente *inconsistentes* ambos os preceptivos.

Incidiria, pois, e com todo o peso, a crítica implícita na seguinte advertência de Carlos Maximiliano, nosso mestre maior da ciência hermenêutica:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões *inconsistentes* ou impossíveis” (*Interpretação e Aplicação do Direito*, Ed. da Livraria do Globo, 2^a ed., 1933, p. 183).

Com efeito, quando o hermeneuta se defronta com hipótese que abre vasa a duas interpretações, uma das quais permite harmonia entre dispositivos diferentes e outra que não o proporciona, reconhece imediatamente como correta a intelexção que concilia os preceitos confrontados.

5. Sem embargo, mesmo prescindindo-se por completo das considerações ora procedidas, o fato é que há uma razão claríssima e da mais extrema simplicidade que constringe inelutavelmente a intelexção de que o art. 243 e seu parágrafo 1^o macularam a Constituição ao promoverem, do modo como o fizeram, a integração da totalidade dos empregados das pessoas jurídicas de direito público em cargos públicos (e no correspondente regime). Esta razão singela é a de que no art. 19 e parágrafo 1^o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias está estampada, com todas as letras, uma *formal proibição* de dispensar de concurso os que eram servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas à época da promulgação da Lei Magna sem terem ingressado por concurso. Há, portanto, na própria Constituição, uma regra clara determinando o que deve ser feito com os servidores não-concursados que tenham de ser mantidos.

Veja-se. O artigo mencionado reza o seguinte:

“Art. 19 - Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1^o - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título *quando se submeterem a concurso para fins de efetivação.*”

É suficiente ler-se o artigo em questão para verificar que a Lei Maior cuidou aqui, nas Disposições Transitórias, dos servidores das pessoas jurídicas de direito público que haviam nelas ingressado sem atendimento ao disposto no art. 37, isto é, sem haverem prestado concurso público de provas ou de provas e títulos.

Distinguiu tais servidores em dois grupos: os que contavam cinco anos de exercício continuado, à data da promulgação da Constituição, e os que não dispunham ainda deste tempo. A estes últimos não ofereceu proteção alguma, pois deixou de referi-los. Aos que contavam com o tempo de serviço aludido outorgou um *certo e específico tratamento protetor*. A saber: conferiu-lhes *estabilidade*, ou seja, direito a permanência no *serviço público* na conformidade do regime em que se encontravam (salvo se incorressem em uma das situações que autorizam o desligamento compulsório, após processo administrativo com ampla defesa).

6. Uma simples inspeção visual no *caput* do artigo permite verificar que nele *apenas* se estabeleceu que os sujeitos contemplados receberam única e exclusivamente estabilidade, isto é, a segurança de que não mais poderiam ser desligados senão na hipótese de incorrerem em faltas sancionadas com tal consequência. E isto após regular apuração, mediante processo administrativo com ampla defesa ou processo judicial, pois estes – *e apenas estes* – *são os efeitos próprios da estabilidade*.

Nenhum outro benefício foi deferido aos servidores em causa. É, pois, de solar evidência que o artigo em apreço não lhes conferiu direito algum a que fosse *transmudada a natureza jurídica da relação que entretinham*, com as pessoas jurídicas a que estavam vinculados, nem outorgou à União, Estados ou Municípios poder algum para modificar a postura jurídica de tal vínculo. De resto, também não poderiam fazê-lo *sponte propria*, porque, se por mais não fosse, a tanto estariam impedidos pelo art. 37, II, das disposições permanentes.

Porém, muito mais que isto, o certo é que foram *impedidos* de agir de tal modo.

Com efeito, o parágrafo 1º do art. 19 das Disposições Transitórias, com meridiana clareza, deixou manifesto que *inadmitia a possibilidade de que aos sobreditos servidores, sob pretexto de estabilização, fosse conferida, adicionalmente, a vantagem de ingressarem em cargos públicos*. Vedou que, subrepticamente,

sub color de ilação ou de presumível consequência da estabilidade, viessem, *sem concurso*, a ser transformados no sucedâneo de funcionários públicos, isto é, em agentes sujeitos ao regime próprio deste (sob tal designação ou outra que se lhes atribuisse) e incluídos nos planos e sistemas de carreira próprios dos que acederam a cargos públicos por concurso.

Com efeito, o parágrafo 1º *cuidou de regular a maneira pela qual poderiam vir a adquirir esta qualidade*. Deveras, o preceptivo em pauta estabeleceu com todas as letras que a única via idônea para tanto seria a do *concurso*; solução esta, de resto, perfeitamente sintônica, como é natural, com o preceituado nas disposições permanentes da Constituição (art. 37, II). Exatamente por haver nisto confirmado o regime geral de ingresso em cargo público, buscou facilitar a integração destes, a quem estabilizara na normalidade do regime próprio, da generalidade dos servidores públicos. Desarte, tornava mais ágil a sujeição de todos os servidores ao “regime jurídico único” mencionado no art. 39 da Lei Maior.

Assim, concedeu um *handicap* favorável aos estabilizados, por ocasião do concurso; a saber: determinou que seu tempo de serviço fosse contado como “pontos”, quando o disputassem para obter a *efetivação*. Com isto, os que já pertenciam ao serviço público e dispunham do tempo referido levariam, de saída, uma vantagem sobre quaisquer outras pessoas que se candidatassem ao ingresso em cargo público.

7. O texto examinado evidencia que a Constituição propôs-se a amparar ditos servidores *até um certo ponto*. Não, porém, ao ponto de explodir o sistema que ela mesmo reiterara como sendo o único adequado para o ingresso em cargo público, isto é, o do concurso público. Deu-lhes, então, a estabilidade – que ocorre *no serviço público* e independe da natureza da relação de trabalho entretida – mas negou-lhes a *efetivação* – que ocorre em *cargo público* e atina a quem se rege pelo conjunto de direitos e deveres correspondentes a quem é titular de cargo.

Deveras, *efetivação* é a estabilização em *cargo público de provimento efetivo*. *Quem não tem cargo público não pode efetivar-se*. Pode apenas estabilizar-se. Ora, os que foram estabilizados pela cabeça do artigo *não tinham cargos públicos* (pois a sobredita estabilidade foi outorgada aos “que não tenham sido admitidos na forma regulada pelo artigo 37 desta Constituição”). Assim, o

concurso a que alude o parágrafo é um concurso para aceder a cargo, com a *consequente efetivação*, porquanto, de um lado, só os titulares de cargo é que podem vir a efetivar-se e, de outro lado, o estabilizado que se torna titular de cargo converte-se em efetivo.

8. Dado que, *ex vi Constitutionis*, inexistia antes e inexistia hoje meio de ingresso em cargo público efetivo, a não ser por concurso, qualquer lei que proporcione ingresso em cargo efetivo com dispensa deste requisito será flagrantemente inconstitucional. O art. 19 e parágrafo 1º do A.D.C.T., longe de excluírem a exigência de concurso, vêm justamente a confirmar cabalmente a impossibilidade de dispensá-la.

Com efeito, para entender de outro modo, seria preciso sustentar gratuitamente e sem nenhum amparo no texto que o art. 19, ao conferir estabilidade, também modificou a índole da anterior relação de trabalho, convertendo-a, de trabalhista (ou híbrida) em relação estatutária, típica de funcionário ou equivalente (sob outro designativo, como o de servidor público, adotado na Lei nº 8.112), que é a que se processa entre um titular de cargo público e a pessoa de direito público a cuja organização pertença dito cargo. Aliás, cargo, para merecer tal nome, haverá de ter sido criado por lei, em número certo, com designação própria e ser retribuído por cofres públicos.

Ora, não se crê que alguém possa, seja qual for a acrobacia hermenêutica que pratique, conseguir ler no indigitado artigo outra coisa além da atribuição de estabilidade. Posto que estabilidade em cargo público se chama efetivação e posto que o preceptivo em causa exige concurso para efetivação, é de solar evidência que a estabilidade ali atribuída não foi em cargo. Logo, o concurso requerido para obter a efetivação é pura e simplesmente um concurso para obter a integração em cargo público, da qual decorrerá a efetivação de quem já é estável. Onde, a lei que integrasse em cargo público servidor estável não-concursado (se isto pudesse ser validamente feito) e, illogicamente, lhe recusasse a efetivação, seria *inconstitucional*. É que, para o estabilizado, o consecutório da titulação em cargo é a efetivação, pois efetivação é simplesmente o nome que se dá à situação do estável titular de cargo. De resto, foi isto mesmo o que o parágrafo 1º do art. 19 em causa o disse expressamente: "... quando se submeterem a concurso para fins de efetivação," pois estáveis já se haviam tornado em decorrência do disposto

na cabeça do artigo. Isto é, ao ingressarem em cargo, como fruto de sucesso no concurso – que foi o requisito encarecido – adquiririam, de imediato, a efetivação.

9. Note-se que a inconstitucionalidade do art. 243 da Lei nº 8.112 é ainda mais gritante porque promoveu, sem concurso, o ingresso em cargo público não apenas dos estabilizados pelo art. 19 do A.D.C.T., mas também de quem não contava o tempo a que alude este dispositivo. E fez mais. Sempre sem distinguir entre concursados publicamente e não-concursados, incluiu em cargos quaisquer servidores das pessoas jurídicas de direito público; portanto, abrangeu também quem, *após o advento da Constituição*, houvesse sido admitido *sem concurso*, isto é, inconstitucionalmente. Em suma: o artigo em pauta é um prodígio em matéria de inconstitucionalidade.

10. Por outro ângulo ainda, reponta a inconstitucionalidade do art. 243 da lei federal do regime único. E que incorreu no vício de *ofender direitos adquiridos*, provenientes de vínculos trabalhistas, pois transmutou relações desta ordem em relações estatutárias, independentemente da concordância dos interessados. Não podia fazê-lo. Seria errôneo imaginar que estava liberada para efetuar compulsoriamente tal alteração com base no princípio – corretíssimo, aliás – de que não há direito adquirido contra a Constituição.

Efetivamente, não há direito adquirido contra a Constituição. Ou seja, a Constituição prevalece contra direitos adquiridos. Estes ficam aniquilados se forem, *deveras*, incompatíveis com o novo regramento. O princípio *lógico* aplicável é o mesmo das revogações. Os conflitos intertemporais entre normas resolvem-se pela prevalência da regra posterior sobre a anterior, quando são ambas do mesmo nível ou quando a posterior é de escalão mais elevado. Para dizer-se ocorrente a supressão de direitos adquiridos ante a superveniência de norma constitucional, cumpre, entretanto, como é óbvio, que exista entre eles e as disposições novas real incompatibilidade, conflito, *inconveniência absoluta* assumida, de modo expresso ou tácito, implícito ou explícito, pelo novo texto. Assim também, o propósito de preservá-las intactas por igual modo será deduzido.

É dizer: segue-se o princípio normal de que incompatibilidades não se presumem, sobreposse quando o diploma superveniente exprime seu apreço por um valor que seria afetado por regra

encartada neste novo regramento. É, aliás, o que sucede no caso vertente, porquanto a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXVI, reitera, como princípio, o tradicional agasalho aos direitos adquiridos.

Com efeito, as regras de direito, inclusive as constitucionais, pressupõem-se promulgadas para reger as relações futuras, sem molestar as que se constituíram no passado e seguem em curso, salvo quando entre elas houver, como dito, incompatibilidade absoluta ou existir indubitado intento normativo de aniquilar ou permitir sejam aniquiladas ou afetadas as relações precedentes, para que todas, antigas e novas, a partir da sobrevinda do novo diploma, passem a afinar por igual diapasão.

11. É fácil depreender-se que o próprio diploma constitucional considerou inexistir impossibilidade de convívio entre as *precedentes* relações trabalhistas com o poder público e a regra do regime único prevista no art. 39. E que no art. 19 e parágrafo 1º das Disposições Transitórias foi prevista uma situação de *transição na qual está explícita a conservação de relações laborais com o poder público tal como constituídas*. Com efeito, ali se atribuiu estabilidade para certos servidores de par com a impossibilidade de se efetivarem, isto é, de ingressarem em cargos públicos sem concurso. Tanto mais porque não foram obrigados a prestarem dito concurso, segue-se que ficaram conservados, a critério destes, indefinidamente, no regime em que estavam. Donde, exhibe-se, dessarte, que a Constituição caracterizou como *compatíveis situações trabalhistas precedentes com a sobrevinda do regime único previsto no art. 39*. A solução óbvia, pois, induzida pela Constituição, seria a de *colocá-los em um quadro em extinção, até que, por concurso, se os prestassem e se nele obtivessem sucesso, ingressassem em cargos ou até que, por qualquer motivo,*

deixassem de pertencer ao serviço público.

De todo modo, o que resulta certo e inquestionável é que a Constituição explicitou, inobjetivamente, não haver conflito, contradição irremediável, entre o regime único e as situações trabalhistas *constituídas no passado*. Ora, faltando, como falta, tal incompatibilidade, não há o suporte lógico e jurídico que autorizaria falar-se na supressão dos direitos adquiridos trabalhistas, oriundos dos vínculos laborais dantes constituídos com o poder público. Em suma: não se propôs a hipótese de direitos adquiridos reputáveis como “contra a Constituição”, inatendíveis ante o contraste com ela. Os direitos adquiridos em causa *não são contra a Constituição, mas, pelo contrário, perfeitamente compatíveis com ela, como decorre da própria Lei Maior*. Por isto, permanecem íntegros, inatacáveis na compostura que tinham. Logo, o art. 243 da Lei nº 8.112, de 11.12.90, não podia transmutar compulsoriamente as precedentes relações laborais em relações estatutárias por ela reguladas, sem com isto *ofender direitos adquiridos* e que, como tal, permanecerem intactos sob a égide da Constituição de 1988, encontrando-se, inclusive, desde o advento dela, sob o pálio protetor de seu art. 5º, inciso XXXVI. Verifica-se, pois, que também por este ângulo, o sobredito art. 243 da lei federal do regime único ressente-se de *flagrante inconstitucionalidade*.

12. Eis, pois, então, que o preceptivo legal que indiscriminadamente incluiu os servidores públicos da União, suas autarquias e fundações públicas em cargos públicos – sem fazer acepção entre estáveis e não-estáveis, estatutários ou trabalhistas, concursados e não-concursados publicamente – é escandalosamente inconstitucional por mais de uma razão, inclusive por ofender direitos adquiridos à imutabilidade da natureza das precedentes relações trabalhistas.