

SEMANA DO CONTROLADOR INTERNO

Outubro 2021

F I O R I L L I



S O F T W A R E

LICITAÇÕES E CONTRATOS / LGPD / PESSOAL



LICITAÇÕES E CONTRATOS / LGPD / PESSOAL

Trabalho elaborado pela equipe técnica da Fiorilli Software
Outubro de 2021

SUMÁRIO

ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL	3
Introdução	3
1 - Estrutura do Estado	3
2 - Agente Públicos	3
2.1 - Conceito	4
2.2 - Classificação	4
2.2.1 - Agentes Políticos	4
2.2.2 - Particulares em colaboração com o Poder Público	5
2.2.3 - Servidores Públicos	5
2.2.3.1 - Espécies	5
2.2.3.2 - Legislação	6
3 - Regime Jurídico	7
3.1 - Regime Jurídico Estatutário	7
3.1.1 - Alterações do estatuto	8
3.1.2 - Institutos Reconhecidos Exclusivamente pelos Regimes Jurídicos Estatutários	9
3.1.2.1 - Abono assiduidade	9
3.1.2.2 - Adicional por tempo de serviço	9
3.1.2.3 - Sexta parte	10
3.1.2.4 - Sobrestamento e/ou venda de férias	10
3.2 - Regime Jurídico Celetista	10
3.3 - Regime Jurídico Único	11
3.3.1 - A EC 19/98 e a extinção da obrigatoriedade do Regime Jurídico Único	12
3.3.2 - As consequências oriundas da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF	12
4 - Cargo , função e emprego público	13
4.1 - Cargo	13
4.2 - Função	14
4.3 - Emprego Público	14
5 - Acessibilidade a Cargos e Empregos Públicos	15
5.1 - Condições de Ingresso	15
5.2 - Concurso Público	15
5.2.1 - Tipos de concurso	16
5.2.2 - Procedimento na realização de concurso	16



ARTIGOS BAM.	19
Licitações - A Nova Lei (1) - Dr. Ivan Rigolin.	19

Este documento pode ser reproduzido, em parte ou integralmente, desde que devidamente autorizado e citada a fonte



ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL

Introdução

É certo que os entes federados - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - necessitam de “material humano” para satisfazer as necessidades, interesses e direitos da coletividade, pois, somente assim, haverá meios de exercer a administração, controle, organização e desempenho das funções inerentes “à máquina” pública com eficiência e qualidade.

Desta forma, o presente trabalho abordará, de início, os aspectos, critérios e estruturas do Estado, seja administração direta ou administração indireta, dando-se ênfase aos conceitos e termos técnicos essenciais à compreensão do assunto sem torná-lo cansativo e desgastante.

Com efeito, nosso escopo foi criar um “manual” voltado à visão prática, possibilitando referências e consultas quanto ao assunto “Administração de Pessoal e Folha de Pagamento”, na medida em que fornecemos uma visão global da administração de pessoal com os atuais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais aliados às mudanças legislativas.

1 - Estrutura do Estado

Quando falamos em Estado, vem à mente uma organização estruturada em pleno funcionamento, mas, raras vezes, relacionamos o funcionamento dessa estrutura às pessoas que dela fazem parte.

Essa visão de que a organização do Estado é formada por elementos e, dentre eles, o elemento humano, deve ser feita para facilitar e expandir a compreensão quanto à Administração de Pessoal.

Isto, pois conhecendo o “Estado”, bem como a relação entre o “material humano” e “ente político”, facilita o entendimento e visualização da estrutura administrativa.

No nosso caso, sintetizando todas as evoluções e transformações histórico-política social e focando-se na Constituição Federal vigente em nosso ordenamento, temos que a República Federativa do Brasil é una e indivisível, existindo, apenas, repartição de competências entre os entes políticos para facilitar a administração.

Com efeito, a repartição de competência é feita no plano vertical - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - entre as pessoas jurídicas de direito público interno e, portanto, integrantes da Administração Direta.

Além disso, internamente a cada ente político, poderá haver a “descentralização” (repartição horizontal), isto é, outorga de determinada atribuição para que outrem a realize, como, por exemplo, o serviço de água e esgoto de responsabilidade de uma autarquia municipal, são os integrantes da chamada “Administração Indireta”. Ainda, há o fenômeno da “desconcentração”, que, sinteticamente, trata-se de subdivisões internas - sem personalidade jurídica - como no caso de “órgãos” que permitem melhor eficiência e celeridade do ente público, este é o caso das secretarias, por exemplo.

Assim, a Administração Pública se organiza da melhor forma possível às suas estruturas para atendimento do princípio da eficiência e facilidade de “gestão” da máquina administrativa. Todavia, para que essa administração seja possível, é mister a existência do “elemento humano” que fará a vontade do Estado dentro dos limites legais, os denominados Agentes Públicos.

2 - Agentes Públicos

2.1 - Conceito

Cármem Lúcia Antunes Rocha, ministra do Supremo Tribunal Federal, conceitua a expressão “agente público” como “a pessoa física que, vinculando-se juridicamente a uma pessoa pública, dispõe de competência legalmente estabelecida para o desempenho de função estatal em caráter permanente ou transitório”.

Deste modo, de forma resumida, podemos dizer que agente público “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta” e, no mesmo sentido, é a lição de Hely Lopes Meirelles: “agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.



2.2 - Classificação

Considerando-se que “agente público” é uma expressão abrangente, os doutrinadores de Direito Administrativo criaram diversas ramificações com intuito de agrupar as espécies e facilitar o entendimento.

Para fins didáticos, adotaremos a classificação adotada por Maria Sylvia Zanella di Pietro que, perante as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998, considera quatro categorias de agentes públicos:

- Agentes políticos;
- Servidores públicos;
- Militares;
- Particulares em colaboração com o Poder Público

A classificação de “militares” é necessária, pois possuem tratamento diferenciado na Constituição Federal no que tange ao seu regime jurídico. Contudo, conceitualmente, são semelhantes aos servidores civis e, dado o escopo do presente trabalho, nos restringimos apenas a dizer que integram a categoria de “militares” os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados, Distrito Federal e Territórios e os membros das Forças Armadas, ou seja, Marinha, Exército e Aeronáutica.

2.2.1 - Agentes Políticos

Relativo aos Agentes Políticos não há um consenso comum entre os doutrinadores. Todavia, é certo que há definições amplas e outras mais restritas:

Para Hely Lopes Meirelles, “agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. Essa classificação inclui os Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, seus auxiliares diretos, além dos membros do Poder Legislativo e os da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”.

Na linha mais restrita temos Celso Antonio Bandeira de Mello, que ensina: “Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado”. Nessa conceituação enquadra-se somente o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores.

O primeiro entendimento supramencionado (Hely Lopes Meirelles) considera como agente político todos que exercem atribuições constitucionais, todavia, não somos adeptos desta corrente. Preferimos, no caso, o entendimento mais restrito (esposado por Celso Antonio Bandeira de Mello), visto que, conforme bem colocado pela Maria Sylvia di Pietro “a ideia de agente político liga-se, indiscutivelmente à de governo e à de função política, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo).

Assim, são agentes políticos os que exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes do Poder Executivo (Federal, Estadual e Municipal), os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores.

A investidura dar-se-á por meio de eleição, com exceção de Ministros e Secretários que são de livre escolha (pelo Chefe do Poder Executivo) e provido em cargos públicos, por nomeação.

Os demais (como membros do Ministério Público, Advogado Geral da União, do Tribunal de Contas) são agentes públicos não políticos igualados a servidores públicos estatutários, mesmo que submetidos a estatuto próprio. Nessa linha de raciocínio, atualmente, tem-se admitido exceção com relação aos Magistrados, pois, ao considerar que são políticos, exercem soberania do Estado em suas decisões, possuindo vínculo de natureza estatutária e regido pela Lei orgânica da Magistratura.

2.2.2 - Particulares em colaboração com o Poder Público



São todas as pessoas físicas que de forma eventual exercem função pública, mas não possuem vínculo profissional com a Administração, portanto, não ocupam cargo nem emprego público e, desta forma prestam atividade ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, ainda que às vezes eventualmente. São eles:

- a) requisitados, nomeados ou designados para a prestação de atividade pública: exercem um *múnus público* – jurados, membros de Mesa receptora ou apuradora de votos, recrutados para o serviço militar obrigatório etc. São os chamados agentes honoríficos, pessoas que exercem transitóriamente uma função pública, sem formar qualquer vínculo com a Administração;
- b) gestores de negócios públicos: os quais por vontade própria assumem a gestão da coisa pública, em situações anômalas, em face de necessidades públicas urgentes. Também são classificados como agentes honoríficos;
- c) contratados por locação de serviços: são agentes credenciados, pessoas que são incumbidas remuneradamente pelo Poder Público, em razão da capacitação técnica, a representá-lo em determinados procedimentos ou negócios administrativos, como também, para auxiliar a implementação e desenvolvimento de empreendimentos públicos, por exemplo, um advogado ilustre contratado para sustentação oral perante os Tribunais;
- d) concessionários, autorizatários e permissionários de serviços públicos: são agentes delegados, particulares que prestam serviços à Administração, por conta própria e assumindo o risco do empreendimento, obedecendo normas e sob a fiscalização estatal. Exercem em caráter privado uma atividade pública;
- e) delegados de função ou ofício público: como os titulares de serventias da Justiça não oficializadas, como é o caso dos notários e outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial, como os diretores de Faculdades particulares reconhecidas. Também são chamados de agentes delegados.

2.2.3 - Servidores Públicos

O vocábulo servidores públicos é usado para designar aqueles que possuem vínculo de trabalho com entes estatais, possui diversos significados de acordo com a linguagem utilizada.

Na linguagem comum, inclusive usada na imprensa, aparecem com freqüência os termos funcionalismos, funcionários, servidores, para abranger todos os que trabalham na Administração ou num setor.

Já na linguagem técnico-jurídico existem diversas expressões. A Constituição Federal utiliza a expressão “servidores públicos”, com o qual intitula a Seção II do Capítulo VII, intitulado “Da Administração Pública”; usa também o termo servidor em quase todos os dispositivos da matéria.

Confusões a parte, podemos conceituar servidores públicos como sendo todos aqueles que sejam vinculados com a Administração Pública, mediante uma relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual, ou seja, permanente sob vínculo de dependência, subordinação, para lhe prestar serviço.

Na visão de Marçal Justen Filho, servidor público “é uma pessoa física que atua como órgão de uma pessoa jurídica de direito público mediante vínculo jurídico de direito público, caracterizado pela investidura em posição jurídica criada por lei, pela ausência de função política, pela ausência de integração em corporações militares e pela remuneração proveniente dos cofres públicos”.

Servidores Públicos da União, Estado-Membro ou Município e das entidades por eles criadas podem ser, em princípio, servidores estatutários, empregados públicos ou servidores temporários. A expressão é de conteúdo amplo, abrigando, portanto, os titulares de cargo, função ou emprego público.

2.2.3.1 - Espécies

Os servidores públicos, conforme definido e caracterizado no item anterior, compreendem os servidores estatutários, os servidores celetistas (empregados públicos) e os servidores temporários.

Servidores estatutários podem ser definidos como os servidores que se ligam, sob um regime de dependência, à Administração Pública direta, às autarquias e às fundações públicas, mediante um vínculo de natureza institucional para lhes prestar trabalho de natureza profissional e perene.



Os servidores estatutários são investidos em cargos públicos, criado por lei; regem-se pelas normas de direito administrativo, unilateralmente impostas pelo Poder Público, que constituem o respectivo estatuto dos funcionários públicos da União, do Estado ou do Município, e que estão, entretanto, subordinadas às normas e princípios da Constituição Federal. São os que se vinculam ao Poder Público mediante um liame de natureza institucional.

Os servidores celetistas são ocupantes do emprego público e mantêm com qualquer entidade estatal relação de emprego disciplinado pelo Direito do Trabalho, materializado na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e nas demais normas laborais da entidade privada; seus princípios são os do direito privado, de índole contratual. São os que se vinculam ao Poder Público mediante um liame de natureza contratual.

Os servidores temporários são os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público sem estarem vinculados a cargo ou emprego público, exercem, portanto, função pública. Está regrado pela Constituição Federal, art. 37, IX:

Art. 37. (...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

O retrocitado inciso IX do art. 37 da Carta Magna de 1988, estabeleceu uma exceção pela qual pode haver contratação temporária, mas desde que sejam preenchidos dois requisitos cumulativos, quais sejam:

- a) previsão expressa em lei;
- b) existência de uma “necessidade temporária de excepcional interesse público”.

O primeiro requisito “previsão expressa em lei” significa que cada ente da federação, deverá criar uma lei regulamentadora, para que possa implementar a contratação temporária. No caso da União, é a Lei nº 8.745/93.

Quanto ao segundo requisito, “necessidade temporária de excepcional interesse público”, significa dizer que eventual temporária eventualmente deve-se dar em casos excepcionais, em que eventual demora cause danos ao interesse público e, sobretudo que a necessidade excepcional não tenha sido gerada pela inércia do administrador público.

Os contratados temporariamente são os que exercem função pública, transitoriamente, para atendimento de necessidades temporárias e de excepcional interesse público, mediante previsão em lei específica, sujeitando-se a regime especial. Na União, a lei 8.745, de 1993, com as alterações da lei 12.425, de 2011, elenca um rol do que vem a ser excepcional necessidade temporária. Entre eles: assistência a situações de calamidade pública; admissão de professor substituto e professor visitante; atividades de combate a emergências ambientais, entre outros.

Portanto, os contratados temporariamente, não exercem cargos ou empregos públicos, embora desempenhem funções. Essas contratações, devem se sujeitar a recrutamento de pessoal mediante processo seletivo simplificado, como determinado na legislação federal e na Deliberação TC-A-15248/026/04, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, salvo os casos de comprovada emergência que impeçam sua realização.

2.2.3.2 - Legislação

O tratamento legislativo constitucional para os servidores públicos é encontrado nos preceitos dos arts. 37 a 41, da Carta Magna, com alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 19/98 e 20/98, e também nos arts. 17 e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da própria Constituição Federal.

A autonomia que é assegurada através do art. 18 da Constituição confere à União, aos Estados-Membros, aos Municípios e ao Distrito Federal competência para dispor sobre a organização de seus servidores através das respectivas leis federal, estadual, distrital e municipal, quando escolherem o regime institucional ou estatutário para a eles se ligarem.

Desta forma, cabem aos entes federativos, regular sobre a admissão, a promoção, os direitos, os deveres, a ação e o procedimento disciplinar, as penas cabíveis e a extinção do vínculo. Nesse particular, só encontram limites na Constituição Federal.

O tratamento legislativo infraconstitucional está disposto nos seguintes diplomas legais:



- a) União - Estatuto dos Servidores Públicos, a Lei nº 8.112/90;
- b) Estados - nas Constituições Estaduais e Estatutos de Servidores Estaduais, ressalte-se, um para cada ente da Federação;
- c) Municípios - têm como base os mandamentos constitucionais tanto da União como dos estados em que se localizam, e editam Estatuto dos Servidores Municipais.

Assim, o Município atendendo as disposições constitucionais federais, as normas nacionais e as de sua Lei Orgânica, tem liberdade para organizar seu pessoal, segundo o interesse local, editará um Estatuto quando a relação com seus servidores forem de caráter institucional. Estatuto é um regulamento que tem valor de lei ou de norma, é uma lei básica que reúne os direitos, deveres, obrigações e demais aspectos da vida funcional do servidor.

A iniciativa das leis que tratam de servidores públicos, inclusive sua criação, encontra-se reservada a cada um dos entes da Federação e a cada Poder, a partir do art. 2º da Constituição Federal, que estabelece a harmonia e independência entre os poderes, conforme se observa abaixo:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

No âmbito do Poder Executivo, é iniciativa reservada e competência privativa do Chefe do Executivo (Prefeito), nos termos do que dispõe o art. 61, § 1º, II, da Carta Magna, as leis que disponham sobre:

- a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
- b) servidores públicos, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

Hely Lopes Meirelles ressalta de que, apesar da autonomia constitucional assegurada a cada ente federativo, devem eles, no momento de efetivar essa atuação e promover a criação e o tratamento de seu quadro de pessoal para atender as peculiaridades de seus serviços, observarem três regras fundamentais:

- a) que a organização seja feita por lei;
- b) a que prevê a competência exclusiva da entidade ou Poder interessado;
- c) a que impõe a observância das normas constitucionais federais, pertinentes aos servidores públicos, e das leis federais, de caráter nacional.

Alguns dos diplomas legais relacionados podem não ser editados, como é o caso dos Estatutos para cada ente constitucional, a partir de opção de cada um deles de que suas relações com seus servidores dar-se-ão pelo regime geral da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), matéria constitucionalmente reservada, de forma privativa, à União, conforme estabelece o art. 22, I, da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Conforme se depreende da norma acima citada, é vedado ao Estado-membro e ao Município editar normas gerais de caráter geral sobre direito do trabalho, pois a competência da União é privativa.

3 - Regime Jurídico

O regime jurídico do Servidor Público compreende o conjunto de disposições normativas que regulam a acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos e sua forma de provimento e requisitos, direitos e deveres, movimentação funcional (promoção, remoção etc), sistema remuneratório, responsabilidade administrativa (infrações, sanções e processo) e aposentadoria.

Segundo a jurisprudência, "regime jurídico dos servidores públicos" corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes.

A Constituição Federal, de início, em atenção ao princípio da isonomia, previa padronização do regime jurídico, remuneração e as condições de ingresso. Contudo, a Emenda Constitucional nº 19, bem como sua posterior suspensão alteraram esse quadro, que falaremos em momento oportuno.



Desta forma, dentro da administração pública, podemos encontrar o regime jurídico estatutário e o celetista, que veremos a seguir para discorrermos a respeito da isonomia constitucional, isto é, o regime jurídico único.

3.1 - Regime Jurídico Estatutário

No regime jurídico estatutário as relações de trabalho da administração pública com seus servidores são regidas por um estatuto, que é um regulamento aprovado por lei. O conteúdo do estatuto será um conjunto de regras laborais instituídas unilateralmente pelo poder público, através de lei de abrangência do ente - federal, estadual ou municipal - as quais estabelecem os direitos, os deveres e demais condições de exercício e de afastamento de cargos públicos.

Esse instrumento jurídico - estatuto - é denominado Estatuto dos Servidores Públicos, e se fundamenta nos princípios, conceitos e ideias que norteiam as relações de direito público, tendo natureza impositiva, ou seja, a administração é quem impõe as regras, podendo modificá-las a qualquer tempo. Essa possibilidade de alteração unilateral por parte da administração pública é possível visto que o servidor público é "um meio de satisfação das necessidades da comunidade".

3.1.1 - Alterações do Estatuto

Relativo ao estatuto, vale salientar que a possibilidade de alteração é limitada. A Constituição Federal determina que apenas a lei pode estabelecer inovações no tocante à remuneração e às atribuições de cargos públicos, e, nos demais casos, há competência discricionária, devendo apenas respeitar as condições mínimas estabelecidas pela Constituição federal e o direito adquirido do servidor.

As competências do cargo podem ser alteradas, desde que não importe em modificação essencial quanto à natureza ou frustre possibilidades de acesso mediante concurso público. A título exemplificativo, um cargo de advogado não pode ter suas atribuições alteradas para compreender atuações médicas.

Ainda, alguns direitos e deveres não podem sofrer alterações. São as limitações ou garantias constitucionalmente estabelecidas, os chamados mínimos constitucionais estabelecidos no art. 39, § 3º, da Carta Magna, que remete aos incisos do art. 7º, são eles:

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

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

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

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

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

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.



Em razão de o regime estatutário ser instituído por lei local, cada regime jurídico estatutário terá suas particularidades, no entanto, é comum que se estabeleça os direitos previstos na Constituição (até por força de sua obrigatoriedade), sendo costumeiro encontrarmos nos regimes estatutários institutos não encontrados no regime celetista, conforme anotado a seguir.

3.1.2 - Institutos Reconhecidos Exclusivamente pelos Regimes Jurídicos Estatutários

Trata-se de situações e direitos previstos exclusivamente nos estatutos dos servidores públicos, inexistentes nas normas do Direito do Trabalho, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

3.1.2.1 - Abono Assiduidade

O dever de assiduidade consiste em comparecer de forma regular e contínua ao serviço. Ao cumprir esse dever, o funcionário público adquire o direito de requerer que o seu dia de serviço seja abonado quando impossibilitado de comparecer ao trabalho. O que significa dizer que mesmo diante de sua falta, o funcionário não terá o seu dia descontado.

Portanto, é um direito concedido ao funcionário público em virtude da frequência ao trabalho.

3.1.2.2 - Adicional por Tempo de Serviço

É uma vantagem pecuniária que a Administração concede aos servidores em razão do tempo de exercício. Geralmente é de 5 % (cinco por cento) acrescido à remuneração para cada 5 (cinco) anos de efetivo serviço.

A doutrina de Hely Lopes Meirelles estabelece que "adicional por tempo de serviço é o acréscimo pecuniário que se adita definitivamente ao padrão do cargo em razão exclusiva do tempo de exercício estabelecido em lei para o auferimento da vantagem".

Referido adicional adere ao padrão de vencimento para todos os efeitos legais, salvo para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento.

Portanto, o adicional por tempo de serviço é uma contraprestação especial paga em acréscimo ao vencimento, em razão de um determinado tempo de trabalho já prestado pelo servidor à administração. Neste sentido, por estar vinculado à situação específica do beneficiário que cumpriu o período pré-estabelecido para o seu recebimento, respectivo adicional se caracteriza como uma "vantagem pessoal".

Na órbita da União, o art. 61, III da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Cíveis da União) em seu texto original previa:

Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes gratificações e adicionais:

III - adicional por tempo de serviço. (Revogado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

No art. 67 do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União, previa ainda o "quantum" do referido adicional, que era de 1% (um por cento) por ano de serviço público efetivo, incidente sobre o vencimento do servidor:

Art. 67. O adicional por tempo de serviço é devido à razão de 1% (um por cento) por ano de serviço público efetivo, incidente sobre o vencimento de que trata o art. 40.

Parágrafo único. O servidor fará jus ao adicional a partir do mês em que completar o anuênio.

A Medida Provisória nº 1.480-19, DOU de 05/07/1996 e suas reedições, transformada na Lei nº 9.527, DOU de 11/12/1997, alterou sua redação, em seu Art. 1º:

Art. 1º Os arts. 9º, 10, 11, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 24, 31, 35, 36, 37, 38, 44, 46, 47, 53, 58, 61, 62, 67, 80, 81, 83, 84, 86, 87, 91, 92, 93, 95, 98, 102, 103, 117, 118, 119, 120, 128, 129, 133, 140, 143, 149, 164, 167, 169, 186, 203, 230 e 243 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 67 O adicional por tempo de serviço é devido à razão de cinco por cento a cada cinco anos de serviço público efetivo prestado à União, às autarquias e às fundações públicas federais, observado o limite máximo de 35% incidente exclusivamente sobre o vencimento básico do cargo efetivo, ainda que investido o servidor em função ou cargo de confiança.

Parágrafo único. O servidor fará jus ao adicional a partir do mês em que completar o quinquênio.



Portanto, o adicional que era de 1% (um por cento) por ano de serviço público efetivo, passou a ser de 5% (cinco por cento) a cada cinco anos de serviço público efetivo prestado à União, às autarquias e às fundações públicas federais.

O art. 6º, da Lei nº 9.624, DOU de 08/04/1998, regulamentou:

Art. 6º Fica resguardado o direito à percepção do anuênio aos servidores que, em 5 de julho de 1996, já o tiverem adquirido, bem como o cômputo do tempo de serviço residual para concessão do adicional de que trata o art. 67 da Lei nº 8.112, de 1990.

A Medida Provisória nº 1815 de 05 de março de 1999 e publicada no D.O.U. de 08 de março de 1999, extinguiu a referida vantagem, sendo reeditada através da Medida Provisória nº 2.088-40, de 24/05/2001 (D.O.U. de 25/05/2001), dispondo em seu artigo 7º:

Art. 7º Revogam-se:

II - o inciso III do art. 61 e o art. 67 da Lei nº 8.112, de 1990, respeitadas as situações constituídas até 8 de março de 1999.

Este texto foi mantido pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04 de setembro de 2001 e publicada no D.O.U. de 05 de setembro de 2001, alterado apenas para o art. 15 daquela MP:

Art. 15. Revogam-se:

II - o inciso III do art. 61 e o art. 67 da Lei nº 8.112, de 1990, respeitadas as situações constituídas até 8 de março de 1999.”

Assim, o período a ser considerado para pagamento do adicional por tempo de serviço sob a forma de anuênios encerrou-se efetivamente em 08 de março de 1999, o que gerou pagamento de passivo referente ao período entre 05 de julho de 1996 e 08 de março de 1999, conforme Ofício-Circular nº 36 da SRH/MP (Secretaria dos Recursos Humanos do Ministério do Planejamento) e Portaria Conjunta nº 1 de 05 dezembro de 2000, da Secretaria do Orçamento Federal e Secretaria dos Recursos Humanos, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Para o servidor público do Estado de São Paulo, o adicional por tempo de serviço é previsto no art. 129, da Constituição do Estado de São Paulo que:

Art. 129. Ao servidor público estadual é assegurado o recebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo por quinquênio, e vedada sua limitação, bem como a sexta parte dos vencimentos integrais, concedida aos vinte anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no artigo 115, XVI, desta Constituição.

Em âmbito municipal, o adicional por tempo de serviço é de geralmente de 5 % (cinco por cento) acrescido à remuneração para cada 5 (cinco) anos de efetivo serviço.

3.1.2.3 - Sexta - Parte

A sexta-parte é outra vantagem pecuniária concedida ao servidor estatutário (efetivo e em comissão). Consiste em uma gratificação de 20 por cento concedidas ao funcionário público que contar com 20 (vinte anos de serviço).

3.1.2.4 - Sobrestamento e/ou Venda de Férias

O instituto de sobrestamento de férias consiste na averbação no prontuário do funcionário de seu direito às férias que poderão ser usufruídas no futuro. Uma vez sobrestadas, as férias poderiam ser indenizadas, ou seja, pagas ao funcionário que poderia vendê-las na integralidade, em abono ao interesse público e conforme legislação estatutária.

Contudo, atualmente, tem-se discutido demasiadamente a possibilidade da “venda” integral das férias, sendo que alguns tribunais de contas, como o caso de Santa Catarina e São Paulo, têm decidido apenas pela possibilidade de sobrestamento desde que haja previsão legal e, ainda, no máximo um terço das férias poderão ser sobrestadas, seguindo a Constituição Federal e o entendimento de que o gozo das férias é um direito.

3.2 - Regime Jurídico Celetista



O regime jurídico celetista é aquele constituído das normas que regulam a relação jurídica entre o ente federativo e seu servidor trabalhista, aplicável genericamente às relações estabelecidas entre empregadores e empregados no campo privado e inserido na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1/5/1943) e outras leis esparsas que tratam da atividade trabalhista privada.

A natureza da relação jurídica entre o Poder Público e seus empregados é contratual e basicamente regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. As disposições constitucionais que, por dizerem respeito a quaisquer servidores públicos, introduzem particularidades no regime trabalhista aplicável aos empregados do Poder Público.

As características desse regime se antagonizam com as do regime estatutário e podemos elencar as seguintes:

- a) princípio da unicidade normativa: o que significa dizer que o conjunto integral das normas reguladoras se encontra em um único diploma legal – a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho);
- b) natureza contratual: o que quer dizer que as partes - Estado e servidor trabalhista - celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho.

Na esfera federal, o Governo editou a Lei nº 9.962, de 22/2/2000, disciplinando o regime de emprego público, que nada mais é do que a aplicação do regime trabalhista comum à relação entre a Administração e o respectivo servidor. Esta lei, em seu art. 1º, prevê que o regime de emprego público será regido pela CLT e pela legislação trabalhista correlata, considerando-as aplicáveis naquilo que a lei não dispuser em contrário. Dessa ressalva, infere-se que a Lei nº 9.962 é a legislação básica e que as demais haverão de ter caráter subsidiário: só prevalecem se forem compatíveis com aquela.

É importante ressaltar que os Estados, Distrito Federal e Municípios não poderão valer-se diretamente da disciplina da referida lei, por ser originária de pessoa política diversa (Administração federal), nem lhes será possível instituir regramento idêntico ou similar, eis que a competência para legislar sobre direito do trabalho, como ocorre na espécie, é privativa da União Federal (art. 22, I, CF). Desejando admitir servidores pelo regime de contratação, deverão como regra, obedecer à disciplina da CLT. O que nos parece ser perfeitamente legítimo, é que tais pessoas editem lei na qual se imponham à própria Administração autolimitações quanto aos poderes atribuídos pela CLT ao empregador em geral, como, por exemplo, fixando os casos em que a Administração rescindir o contrato. Aqui não haverá criação de norma de direito do trabalho, mas mera diretriz funcional, em que as regras mais se assemelham àquelas pactuadas diretamente no instrumento contratual, em plena conformidade com os preceitos da legislação trabalhista.

3.3 - Regime Jurídico Único

No período anterior à atual Constituição Federal (1988) existia uma diversidade de regimes, inclusive, dentro do mesmo órgão, isto é, alguns servidores eram regidos pelo Estatuto dos Servidores e outros pela Consolidação das Leis Trabalhistas, além dos contratados temporariamente, embora o “temporário” caracterizava-se com prazos extensos. Ainda, tais contratações eram realizadas sem submissão a concurso público.

Contudo, esse quadro “caótico” sofreu alterações com a promulgação e entrada em vigor da atual Constituição Federal, momento o qual foi instituído o regime unicista ou regime jurídico único de pessoal da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública, com o intuito de racionalizar a administração de pessoal no Serviço Público.

Para melhor compreensão da matéria, vejamos a redação original do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal:

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.

Conforme se denota da redação deste artigo, restou bem claro a necessidade de implantação de regime jurídico único, com plano de cargos e carreiras correspondente; a consequência à época foi a aplicação do regime “estatutário” a todos os servidores públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, ou seja, os titulares de empregos públicos tiveram a sua situação jurídica alterada e foram investidos em cargos públicos.



O Estado almejou com isso a garantia de uma administração de pessoal mais econômica e voltada ao alcance dos objetivos de interesse público, além de exercer um controle bem mais eficaz sobre seus funcionários, pois é óbvio que existindo apenas uma forma de tratamento para todos os componentes dos órgãos públicos, tornar-se-ia bem mais fácil impor regras uniformes, como também conferir direitos. Ainda, o sistema jurídico único possuía o escopo de diferenciar o tratamento dado aos servidores públicos do tratamento conferido aos demais trabalhadores, tendo em vista a especialidade da relação existente entre estes e a Administração Pública.

3.3.1 - A EC nº 19/98 e a extinção da obrigatoriedade do Regime Jurídico Único

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a redação do *caput* do artigo 39, da Constituição Federal, foi modificada, passando a ser:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

Desta redação, observa-se que foi eliminada a referência a um “regime único”, sendo adotado o entendimento de que a Administração poderia optar pela opção do regime trabalhista aos seus agentes. Ressalta-se que essa alteração não possuiu o condão de atingir os servidores e as relações até então existentes, mas aplicaram-se para o futuro, as novas contratações.

A respeito dessa modificação, houve muita discussão doutrinária acerca da obrigatoriedade ou não da observância do regime estatutário e, conseqüentemente, muitas teses foram criadas.

Uma das correntes sustenta pela continuidade da obrigatoriedade da adoção do regime estatutário para os servidores públicos, tendo em vista a especialidade da relação existente entre estes e a Administração Pública, bem como em respeito ao princípio da igualdade consagrado no texto constitucional, assegurando a todos os funcionários estatais o mesmo tratamento, salientando que a Emenda veio apenas tratar de maneira diferenciada o regime obrigatório, instituindo o conselho de política administrativa sem, todavia, retirar a obrigatoriedade do regime estatutário.

Hely Lopes Meirelles ensinou que a emenda constitucional “suprimiu a obrigatoriedade de um regime jurídico único para todos os servidores públicos, podendo - a União, Estados e Municípios - estabelecer um regime jurídico não contratual para os titulares de cargo público”, ou, “ainda, adotar para parte de seus servidores o regime da CLT ou a natureza administrativa especial”.

Nesse mesmo sentido são as lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro, que afirma ter sido excluída a exigência de regime jurídico único, ficando cada esfera do poder com liberdade para adotar o regime estatutário ou contratual, ressalvado as hipóteses de servidores caracterizados em “carreira”, como ocorre com os membros da Magistratura, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública e da Polícia.

Diógenes Gasparini aduzia que os entes estatais, no exercício de sua autonomia, poderiam escolher um Regime Jurídico único, seja estatutário, seja contratual ou, ainda, misto. Nesse mesmo sentido é o entendimento esposado por Jessé Torres Pereira Júnior.

Com efeito, ao realizar uma análise mais profunda das alterações ocasionadas pela Emenda Constitucional nº 19, vê-se que no decorrer dos artigos e incisos modificados pela nova ordem administrativa, foram elencadas normas em comum a serem aplicadas aos cargos e empregos públicos, devendo se argumentar, ainda, que se outra fosse a proposta da emenda, não haveria necessidade de supressão no citado artigo, mas, sim, de complementação para readaptação do instituto aos novos tempos vividos pelo poder público.

3.3.2 - As conseqüências oriundas da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135 - 4/DF

Como exposto anteriormente, a obrigatoriedade do regime jurídico único foi extinta com a Emenda 19/98, até que o Partido dos Trabalhadores - PT, o Partido Democrático Trabalhista - PDT, o Partido Socialista Brasileiro - PSB e o Partido Comunista do Brasil - PC do B ajuizaram em 27 de janeiro de 2000 a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-DF, contra a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, e 4 de junho de 1998.

O resultado é que em 08 de agosto de 2007, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, conceder liminar para suspender a vigência do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, em sua redação dada pela Emenda Constitucional (EC) 19/98. Desta forma, o STF ao deferir a liminar para suspender a eficácia do artigo 39, “*caput*”, da Constituição Federal, com a redação imprimida pela Emenda



Constitucional nº 19/98, resultou na revigoração, do retrocitado artigo, em sua redação original prevista pela Constituição:

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.

Assim sendo, voltou a ser obrigatório o regime jurídico único, até a decisão de mérito da ADIn proposta, com isto, as Administrações locais que desde a EC nº 19/98 de 4 de junho de 1998 até 08 de agosto de 2007, data em que foi deferida a liminar, possuíam autorização constitucional para admitir servidores por qualquer regime jurídico, devem voltar a manter um único regime jurídico .

Desta forma, nas pessoas de Direito Público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e em suas Administrações indiretas, as respectivas autarquias e fundações públicas), o regime jurídico único dos servidores, deve ser o estatutário, “na medida em que existem atividades públicas só desempenháveis com segurança, isenção e em atenção ao interesse público sob o regime estatutário”. A possibilidade de escolha pelo regime celetista só ocorreria quando essas preocupações citadas não são relevantes, ou segundo ainda Celso Antônio Bandeira de Mello “para funções materiais subalternas”, mais adiante explica que “seriam portanto, as correspondentes às prestações de serviços materiais subalternos, próprios”, exemplificando estes como os serviços próprios de “jardineiros, serventes, motoristas, digitadores etc.”, justificando a escolha , através do argumento de que o “modesto âmbito da atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados caso lhes faltem as garantias inerentes ao regime de cargo.”

Em suma, o ente federado não possui outra opção de escolha para o regime jurídico único, que não seja o estatutário, o máximo que poderá haver será a simultaneidade de regimes, situação a qual poderá existir servidores estatutários e celetistas, o que deve ser feito com cautela, diante do exposto anteriormente. Por último, nas pessoas de Direito Privado da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais, o regime de pessoal será unicamente o celetista.

Assim, vemos que, embora o regime jurídico, atualmente, seja único por força da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.135, há empregados públicos que não foram afetados pela decisão superveniente do Supremo Tribunal Federal, isto é, não é cabível a contratação de novos empregados públicos no Âmbito da administração direta, autárquica e fundações públicas.

4 - Cargo, Função e Emprego Público

Os servidores públicos vinculam-se à Administração Pública por meio de cargo, função ou emprego público. Ressaltamos que cada uma dessas espécies de vínculo submete-se a um regime jurídico diferente, motivo pelo qual trataremos da conceituação e caracterização específica de cargo, função e emprego público.

De início, vale lembrarmos que, conforme já demonstrado no presente trabalho, na Administração Pública todas as competências são definidas nas leis e distribuídas em três níveis: pessoas jurídicas (União, Estados, Municípios), órgãos (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e servidores públicos. Deste rol, os ocupantes de cargos ou empregos ou os exercentes de função são os servidores públicos.

4.1 - Cargo

Celso Antonio Bandeira de Mello explica que “cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente”.

Marçal Justen Filho conceitua cargo público como uma “*posição jurídica, utilizada como instrumento de organização da estrutura administrativa, criada e disciplinada por lei, sujeita a regime jurídico de direito público peculiar, caracterizada por mutabilidade por determinação unilateral do Estado e por certas garantias em prol do titular*”.

Isto significa dizer que o detentor de “cargo”, na verdade, reúne direitos, deveres e competências conjugadas de modo organizado e inter-relacionado, que cumpre requisitos de investidura, além de condições de desempenho.

Com efeito, conforme esposado no artigo 48, X, da Constituição Federal, somente a lei pode criar cargo público, admitindo-se, contudo, uma ressalva prevista no art. 84, VI, b. Tal ressalva permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público, quando vagos, por meio de ato administrativo.



Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI - dispor, mediante decreto sobre:

(...)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Assim, os cargos públicos devem ser criados mediante ato normativo com denominação própria e inconfundível, para ser titular um único agente, em quantidade definida, com o valor do vencimento, exigências para seu provimento, definição de jornada trabalho (diária e semanal), além de conter, expressamente, as atribuições a serem desempenhadas por seus ocupantes.

Os cargos públicos podem ser de carreira ou isolados. Os de carreiras são aqueles que admitem ascensão funcional vertical, agrupados e escalonados em classes de cargos de mesma denominação, referência de vencimento e atribuições; os cargos isolados, por sua vez, são os que não apresentam possibilidade de ascensão, como, por exemplo, cargo de coletor de lixo, coveiro, entre outros.

4.2 - Função

A função constitui-se nos encargos, poderes, deveres e direitos atribuídos aos órgãos, aos cargos e também aos agentes públicos. É o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego.

Maria Silvyia Zanella di Pietro explica que perante a Constituição atual têm-se dois tipos de situações:

1 - “a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 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; a Lei nº 8.112/90, definia, no artigo 233, §3º, as hipóteses em que o concurso era dispensado; esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 8.175, de 9-12-93, que agora disciplina a matéria, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 9.849, de 26-10-99, e nº 10.667, de 14-5-03;

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 Emenda Constitucional nº 19, 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”.

Este é o motivo pelo qual é exigido concurso público somente para investidura em cargo ou emprego. Para função, conforme visto nas passagens acima, não há exigência de concurso, pois os que exercem a função são contratados temporariamente ou são ocupantes de funções de confiança.

Dessa explicação podemos estabelecer a premissa: todo cargo implica a existência de função pública, mas nem toda função pública implica a criação de cargo; como exemplo dessa premissa tem-se o artigo 37, IX, da Constituição Federal (contratação de temporários que possuem função, mas não cargo).

4.3 - Emprego Público

Os empregados públicos são pessoas físicas que vinculam à Administração mediante a celebração de contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis de Trabalho e, no tocante ao regime previdenciário, nos termos do art. 40, § 13, são obrigatoriamente vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

Apesar da natureza contratual, a relação instalada entre Administração e empregado público recebe direta influência de expressos mandamentos constitucionais incidentes, dentre os quais: empregados são recrutados pela Administração Pública mediante concurso público, nos termos do que estabelece o art. 37, II, da Constituição; sua remuneração submete-se aos limites constitucionais e é irredutível; se lhes aplica a vedação de acumulação remunerada de cargos e empregos públicos, entre outras.

Quanto ao provimento, por força do disposto no artigo 37, II, da Carta Magna, há necessidade de submissão prévia a concurso público para provimento dos empregos públicos, podendo, inclusive, o contrato de trabalho ser declarado nulo quando não houver o concurso.



Conforme vimos, existem cargos, funções e empregos públicos, sendo, cada um, vinculado a um regime jurídico, isto é, celetista ou estatutário (principalmente após a liminar do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF). Essa coexistência de regimes jurídicos traz um “conflito” entre empregados públicos e servidores estatutários, visto que aqueles (os empregados públicos) buscam benefícios reservados aos servidores estatutários (detentores de cargos).

Em síntese ao exposto, temos que “cargo” é o vínculo do “servidor estatutário”, regido por estatuto; “emprego público” é vínculo contratual com o “empregado público”, regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas; e “função”, é um conceito residual atribuído ao “servidor público” (seja servidor estatutário, empregado público ou servidor temporário).



O Inciso I do artigo 37, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, preconiza o princípio da ampla acessibilidade, isto é, os brasileiros, sejam natos ou naturalizados, bem como os estrangeiros, desde que preencham os requisitos estabelecidos em lei, terão acesso aos cargos empregos e funções públicas.

O texto constitucional utiliza o termo “na forma da lei”, o que indica ser competência de cada entidade da federação instituir a lei com os requisitos que devem ser cumpridos.

5.1 - Condições de ingresso

Um dos requisitos para ingressar em cargo ou emprego público é obter prévia aprovação e classificação em concurso público de provas ou provas e títulos.

O art. 10 da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Civis da União), assim estabelece:

Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de validade.

Parágrafo único. Os demais requisitos par ao ingresso e o desenvolvimento do servidor na carreira, mediante promoção, serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira na Administração Pública Federal e seus regulamentos.

Neste mesmo sentido é o estabelecido pelo Estado de São Paulo, na Lei nº 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado):

Art. 14. A nomeação para cargo público de provimento efetivo será precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos

Diversamente do que é previsto no regime jurídico de Direito Privado, a Administração, ao relacionar-se com o cidadão, deverá necessariamente oferecer tratamento isonômico a todos que com ela se relacionam; fato que culmina na legalidade da existência de exigências de caráter discriminatório para o provimento do cargo, conforme inteligência do artigo 39, §3º, da Constituição Federal:

Art.39. (...)

§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

5.2 - Concurso Público

Concurso público é o procedimento aberto a todos os interessados, vedado os concursos internos, isto é, os realizados exclusivamente aos servidores públicos integrantes da entidade federativa que o realiza.

Marçal Justen Filho define concurso público como “procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público”.



Conforme visto acima, o concurso público é uma das formas de acesso ao serviço público e possui previsão constitucional no artigo 37, II:

Art. 37 (...)

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

Segundo Diógenes Gasparini, concurso público constitui-se em: “procedimento prático-jurídico posto à disposição da Administração Pública direta, autárquica, fundacional e governamental de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade”.

Desta forma, concurso público é regra moralizadora e assecuratória da isonomia e da impessoalidade no recrutamento de pessoal para a Administração Pública. Esses princípios (isonomia e impessoalidade) devem ser verificados e assegurados em todas as etapas do procedimento, ou seja, desde a elaboração do edital, publicação, realização de provas, divulgação de resultados, gabarito, classificação dos aprovados, além da convocação para fins de posse no cargo ou emprego.

Dizemos “fins de posse no cargo ou emprego” sem incluir a “função”, pois entendemos que esta só existirá para os contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX), além das funções de confiança de livre provimento e exoneração, pois são possíveis nas atribuições de direção, chefia e assessoramento.

5.2.1 - Tipos de concurso

A Constituição Federal estabelece duas espécies de concursos: o concurso de provas; e o concurso de provas e títulos.

Na verdade, esses “tipos” de concursos tratam-se de critérios de julgamento. A “prova” consiste em comprovação direta e imediata das virtudes do interessado, consistindo na aplicação de avaliação intelectual, podendo, em alguns casos, englobar avaliação da capacidade física, devendo os critérios de julgamento estar previamente definidos. Os “títulos” permitem avaliação direta das experiências anteriores do candidato que tenham pertinência com o concurso.

1Vale lembrar que a Constituição Federal sempre exige, quando da realização do concurso, a “prova”, sendo o “título” utilizado facultativamente.

A ideia da avaliação pelos “títulos” é a de escolher o melhor candidato à Administração, pois, nem sempre, o que obteve melhor pontuação na prova escrita é, necessariamente, o melhor candidato. Desta forma, a avaliação pelos títulos visa coibir “injustiças” decorrentes da tensão que a avaliação pode trazer ao desempenho.

Em algumas hipóteses a avaliação por “título” deixa de ser facultativa e passa a ser obrigatória, como, por exemplo, a participação em concurso para “Professor Universitário”, o candidato deve, no mínimo, possuir título de bacharel na área pretendida. Nesse caso, a avaliação pelo título poderá ter o caráter eliminatório, senão sempre será avaliação meramente classificatória.

5.2.2 - Procedimento na realização do concurso

Definido o tipo de avaliação a ser procedido no concurso público, importante ressaltar que a Constituição Federal não estabelece forma para a realização dos concursos, nem qual venha a ser a ordem de etapas para a formalização. Este motivo acarreta à autoridade administrativa atenção redobrada na execução do processo de seleção de pessoal, pois poderá violar princípios constitucionais resultando, até mesmo, em invalidação do concurso público.

As regras de cada concurso devem ser tratadas no edital, o qual fixará as condições que regerão o procedimento, vinculando os candidatos às regras editalícias.

O primeiro ponto a ser analisado pelas autoridades administrativas é no tocante a eventuais impedimentos decorrentes da legislação eleitoral.



A lei nº 9.504, de setembro de 1997, em seu artigo 73, V, veda a realização de concurso público nos três meses que antecedem o pleito:

Art. 73. (...)

V – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

- a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;*
- b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;*
- c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;*
- d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;*
- e) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;*

Neste mesmo sentido, também a Lei Complementar nº 101/00, em seu art. 21, parágrafo único cuida de admissão penal em período eleitoral.

Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoa e não atenda:

(...)

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no artigo 20.

Observado essa cautela preliminar, recomenda-se que seja editada norma regulamentar (seja lei ou decreto) definindo as regras básicas a serem observadas pelos servidores incumbidos de realizar o concurso.

O ideal é que o concurso seja realizado por uma “comissão” de pelo menos três servidores, integrantes do quadro permanente, que serão responsáveis pela promoção dos atos necessários à realização das provas. Todavia, não basta que os membros da Comissão sejam servidores. É necessário que seja especializado e imparcial, conforme ensina Marçal Justen Filho:

Não é válido o concurso conduzido por comissão integrada por sujeitos destituídos de conhecimento especializado sobre o tema objeto do concurso. Não basta o sujeito ser integrante da carreira, haver feito concurso anteriormente ou estar habilitado para o exercício da profissão. A condição de membro de comissão de concurso depende da titularidade de conhecimento especializado, evidenciando de modo objetivo e inquestionável.

Os membros da comissão de concurso devem ser dotados de requisitos de imparcialidade objetiva. Assim, é inválido o concurso em que o membro da comissão de concurso é ocupante de cargo em comissão e subordinado hierarquicamente ao pai de um candidato. Nessa hipótese, não há requisito objetivo de imparcialidade do membro da comissão.

Definida a comissão, o concurso é vinculado ao edital - ato administrativo prévio - que contemplará os requisitos de participação e julgamento, evitando-se a subjetividade:

A discricionariedade administrativa se exercita muito mais fortemente no momento da elaboração do regulamento do que quando de sua aplicação. O procedimento de seleção se vincula ao edital, sob pena de nulidade da decisão. Se houver contradição entre o regulamento e a decisão.

Vale ressaltar alguns aspectos na elaboração do edital:

- a. número de cargos ou empregos a serem preenchidos e sua natureza;
- b. atribuições legais relativas ao exercício do cargo ou emprego;
- c. escolaridade mínima, previamente exigida no texto legal instituidor;
- d. demais exigências legais, necessárias para o exercício do cargo ou emprego;



- e. valor do vencimento ou salário previsto em lei à época da publicação do edital;
- f. se concurso de provas e títulos, indicação do valor atribuído a cada questão, como também dos títulos admitidos e respectiva valoração. Este aspecto importa ressaltar o caráter discricionário na sua fixação, que, uma vez estabelecido, a partir da moralidade, impessoalidade e isonomia, vincula tanto candidatos como a própria Administração;
- g. número de vagas reservadas a portadores de deficiência nos termos do art. 37, VIII;
- h. datas, locais e horários de realização das provas. Na hipótese de ainda não estarem estabelecidas essas situações, deverá constar do edital a indicação do momento e forma de sua divulgação;
- i. indicação do número de provas e respectivos conteúdos;
- j. conteúdo programático passível de exigência quando da realização das provas do concurso, que deve encontrar-se previsto no instrumento regulamentar do certame;
- k. prazo de validade do concurso, que constitucionalmente pode ser de até dois anos, prorrogáveis por igual período (art. 37, II, da CF).

Ademais, o intuito do concurso é observar os princípios da objetividade, isonomia, impessoalidade, legalidade e publicidade. Referente à publicidade, recomenda-se que o edital seja publicado na íntegra, evitando-se o fluxo de interessados na entidade promotora do certame.



LICITAÇÕES - A NOVA LEI (I)

Ivan Barbosa Rigolin
(abr/21)

Impressões iniciais

I – Em 1º de abril de 2.021 foi publicada a nova lei nacional das licitações e dos contratos administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2.021, sancionada pelo Presidente da República após a aposição de 26 (vinte e seis) vetos ao projeto aprovado pelo Congresso Nacional.

Visa substituir a anterior Lei nº 8.666, de 21 de março de 1.993, e incluir a matéria da lei do *pregão* (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2.002) e da lei do *RDC* – o *regime diferenciado de contratações* (Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2.011), e para o mister principal de trocar a lei de licitações levou 28 (vinte e oito), após infrutíferas tentativas de se aprovarem outras leis nesse lapso, a começar por um projeto publicado em fevereiro de 1.997 para receber sugestões, e que jamais vingou.

Finalmente a nova lei saiu, porém a revogação da lei anterior ainda não se deu, porque graças ao art. 193, inc. II, da nova lei apenas em 1º de abril de 2.023 estará revogada a L 8666, a lei do *pregão* e a lei do *RDC*; até então *conviverão* os regimes da L 8666 e o da L 14133, de maneira que o aplicador poderá aplicar o regime que quiser nos certames realizados dentro dos dois anos posteriores à promulgação da nova lei.

Escolhe um deles e licita, e contrata, exclusivamente por esse regime escolhido, sem jamais misturar, baralhar ou confundir as duas leis, e sem que jamais uma interfira na licitação e na contratação regida pela lei escolhida. Se por exemplo for escolhida a L 8666, então a licitação e o contrato correrão, até a produção do seu último efeito, exclusivamente pela L 8.666, decorra para tanto o tempo que decorrer.

Uma licitação já iniciada antes de 1º de abril de 2.021, e ainda não concluída, com o contrato já tendo sido assinado ou ainda não, seguirá até seu último efeito pela lei de regência, ou seja a L 8666. Basta que o edital da licitação já tenha sido publicado para ser considerada iniciada a licitação, para este efeito declinado. Ninguém é obrigado a revogar o edital pela L 8666 para publicar outro regido pela nova lei.

Assim é o direito, porque o edital é (supostamente, até prova em contrário) um *ato jurídico perfeito*, e a lei nova não prejudica o ato jurídico perfeito, como assegura a Constituição, art. 5º inc. XXXVI.

Mais: mesmo que um edital já publicado em 1º de abril de 2.021 venha a ser agora anulado por ilegalidade, mesmo assim, se for antes de 1º de abril de 2.023 outro edital poderá ser publicado regido pela mesma L 8666, e a licitação e o contrato seguirão pela L 8666 até seu último efeito.

A única exceção àquela revogação programada para dois anos é a Seção III do Capítulo IV da L 8666, que altera o Código Penal para contemplar os crimes de licitação, previsto nos arts. 89 a 108 da L 8666.

Estes artigos acima estão revogados desde 1º de abril de 2.021, e já não produzem nenhum efeito para novos processos judiciais, tendo sido substituídos pelo art. 178 da L 14133, que modifica diversos artigos do Código Penal para tipificar os crimes em licitações.

Porém, pelo art. 5º inc. XL, da Constituição, quem já for réu em ação penal regida por algum artigo ora revogado da L 8666 pode invocar a lei nova para reger a sua ação, se essa lhe for mais benéfica. A Carta, naquele dispositivo, assegura a irretroatividade da lei penal, exceto se para beneficiar.

Se portanto a nova lei for mais benéfica no apenar o réu processado com base no mesmo tipo penal do seu caso já em curso pela lei antiga, então esse réu poderá ser invocar a aplicação da nova lei para passar a reger o seu processo ao invés da anterior, mais gravosa. Basta que o tipo penal seja o mesmo, e a punição seja mais leve na nova lei.



Entendemos que a autoridade judicial não está obrigada, apenas pela advento da nova lei, a verificar a cada caso em curso a vantajosidade para o réu da nova lei; a matéria é para ser alegada, quando é o caso, pela defesa, para então ser apreciada e definida pelo Judiciário.

II – A impressão inicial é que a nova lei, como sói acontecer no Brasil, é *extraordinariamente maior* do que poderia, e na melhor técnica, entendemos., do que deveria.

O poder de síntese, se é importante na literatura e na escrita técnica, na legislação é crucial, e deveria ser perseguido ao máximo por qualquer legislador, em qualquer tema ou assunto.

A prolixidade – sobretudo quando a matéria *não é própria de lei mas de ato infralegal !* – é um defeito de didática, uma negação de objetividade, um grave empecilho à própria eficácia do texto normativo.

Com efeito, ler uma lei cujos artigos são superdimensionados a olhos vistos, e a qual a todo tempo desce a particularidades de reduzidíssima relevância no mundo jurídico, e que em verdade pouco alteram o direito mas consomem tempo e capacidade de atenção preciosos do leitor e do aplicador, isso não é um bom texto normativo. Antes constitui um castigo, amiúde imerecido.

Escrever muito jamais significou escrever bem, e esta L 14133 é apenas mais um dos milhões de exemplos dessa verdade.

Tourea-la doravante, como a nação brasileira precisará fazer por não se imagina quantas décadas, será um tormento inenarrável, uma tortura institucional com requintes de crueldade.

Um repto que se pode lançar é o seguinte: aposta-se em que a L 8666 será *esmagadoramente preferida* à nova lei dentro dos próximos dois anos, enquanto o aplicador ainda puder escolher. Entrar numa dantesca *selva escura e tenebrosa* quando ainda se pode palmilhar terreno, ao menos, conhecido... quem preferirá ?

O tempo dirá, e sabe-se lá quantas alterações a nova lei sofrerá nesse lapso, sabendo-se que a L 8666 em seus 28 aninhos de existência até o momento sofreu cerca de 225 (duzentas e vinte e cinco) alterações.

Art. 1º

III – Vistas estas breves impressões iniciais da nova lei - que o tempo confirmará ou não -, passa-se ao comentário artigo por artigo de todo o *excessivamente longo* texto.

A lei será doravante referida apenas por L 14133, e seu texto será grafado em *itálico*. A Lei nº 8.666. de 21 de março de 1.993, será semelhantemente referida apenas por L 8666.

Assim é a lei:

LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021

Lei de Licitações e Contratos Administrativos

OPRESIDENTEDAREPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

CAPÍTULO I DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DESTA LEI

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I – os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;



II – os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei no 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.

§ 2º As contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por Ministro de Estado.

§ 3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas:

I – condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República;

II – condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que:

a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação;

b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor;

c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato;

d) VETADO.

§ 4º A documentação encaminhada ao Senado Federal para autorização do empréstimo de que trata o § 3º deste artigo deverá fazer referência às condições contratuais que incidam na hipótese do referido parágrafo.

§ 5º As contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País, inclusive as de serviços conexos ou acessórios a essa atividade, serão disciplinadas em ato normativo próprio do Banco Central do Brasil, assegurada a observância dos princípios estabelecidos no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Este art. 1º da L 14133 é extenso, prolixo e rebarbativo, e com isso de técnica acentuadamente inferior ao art. 1º da L 8666, que sintetizava o que importava na ocasião. Agora navega o legislador, uma vez mais, na ilusão de que para escrever bem é preciso escrever muito, quando a verdade, antes, é a inversa... porém escrever objetiva e concisamente é *para quem sabe*, o que jamais se pode afirmar do legislador brasileiro.

O gigantismo, e o detalhismo desnecessário e tremendamente cansativo, outra vez tomam conta de todo o texto, como se o aplicador tivesse todo o tempo do mundo para deleitar-se neste oceano de inutilidades sistematicamente organizadas. Dizíamos que se, seletivamente, se cortasse um terço da L 8666 ela melhoraria significativamente; esta nova lei exigiria corte de ao menos *metade* do texto para representar uma evolução legislativa. Os 26 (vinte e seis) vetos apostos poderiam multiplicar-se amplamente, com grande vantagem para o direito.

A *praga* da lei inteira de normas gerais de licitação - unanimemente condenada pela doutrina desde 1.993 face ao óbvio exagero em generalizar a noção de normas gerais e com isso se desnaturar por completo esse conceito - foi mantida e ampliada.

À evidente alta de discernimento sobre o que são ou seriam normas gerais, o legislador uma vez mais declara todas as disposições da nova lei normas gerais, de modo a obrigar todos os entes públicos a que destina a lei a jamais desobedecer nenhuma delas – algo que de saída já é rematadamente impossível.

E o mesmo ridículo ambiente verificado na L 8666 se repete, por exemplo aqui: os *crimes* de licitação são, pela técnica generalizante da lei, *normas gerais de licitações*. Ou seja, parece ser obrigatório cometer os crimes, já que estão na lista das normas gerais, que são todos os artigos da lei...



Alguém já terá um dia lido, um dia e onde quer que fosse, alguma lei em que os crimes, tipificados no Código Penal, sejam *norma geral* de alguma coisa ?

Passam-se as décadas, os governos e as legislaturas; alteram-se a fundo os costumes e os hábitos da sociedade; o mundo se revira e as informações dobram a cada período cada vez mais curto, mas o legislador não se dá conta do rematado absurdo de generalização das normas gerais numa lei de licitações, mesmo com toda a literatura de que dispõe.

E o país, que aguardava lei melhor que a L 8666, chafurdará não se imagina por quantos anos dentro de um pântano ainda maior, afronta explícita à nossa inteligência jurídica e institucional. Neste assunto de licitações vai longe o dia da redenção para o direito brasileiro.

IV - O *caput* do art. 1º estabelece o âmbito de abrangência da lei, inovando um pouco com relação ao direito anterior. Diz aplicar-se a lei **às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, o que desde logo e imediatamente força a conclusão de que *entidades que não integram a administração pública estão excluídas da sua incidência*.

E por excelência acorrem ao palco – pela extraordinária relevância institucional de que desfrutam em nosso país para a organização das profissões brasileiras - os *Conselhos de fiscalização profissional*, que são autarquias federais porém, na qualidade de corporativas ou especiais, *absolutamente diferenciadas* das autarquias tradicionais.

São absolutamente díspares daquelas porque, dentre outras características, não prestam serviço público mas privado, nem recebem verbas do poder público, nem gerenciam sequer um centavo de dinheiro público, e, com tudo isso, *não integram a administração pública*.

Nesse sentido decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal, na **ADPF**

367 / DF:

ADMINISTRATIVO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. NATUREZA *SUI GENERIS* DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PELO REGIME DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.

1. Os Conselhos Profissionais, enquanto autarquias corporativas criadas por lei com outorga para o exercício de atividade típica do Estado, tem maior grau de autonomia administrativa e financeira, constituindo espécie *sui generis* de pessoa jurídica de direito público não estatal, a qual não se aplica a obrigatoriedade do regime jurídico único preconizado pelo artigo 39 do texto constitucional.

2. Trata-se de natureza peculiar que justifica o afastamento de algumas das regras ordinárias impostas às pessoas jurídicas de direito público. Precedentes: RE 938.837 (Rel. Min. EDSON FACHIN, redator p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/4/2017,

DJe de 25/9/2017; e ADI 3.026 (Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ de 29/9/2006.

3. Constitucionalidade da legislação que permite a contratação no âmbito dos Conselhos Profissionais sob o regime celetista. ADC 36 julgada procedente, para declarar a constitucionalidade do art. 58, § 3o, da Lei 9.649/1998. ADI 5367 e ADPF 367 julgadas improcedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, acordam em julgar improcedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar a recepção pela Constituição Federal do art. 35 da Lei 5.766/1971; do art. 19 da Lei 5.905/1973; do art. 20 da Lei 6.316/1975; do art. 22 da Lei 6.530/1978; do art. 22 da Lei 6.583/1978; e do art. 28 da Lei 6.684/1979, nos termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros CÁRMEN LÚCIA (Relatora), RICARDO LEWANDOWSKI, MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO, que proferiu voto em assentada



anterior, e parcialmente o Ministro EDSON FACHIN. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro CELSO DE MELLO.

Brasília, 8 de setembro de 2020.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES** Relator

Em seu voto vencedor o Ministro Alexandre de Moraes, transcrevendo doutrina de Lucas Rocha Furtado sobre a natureza e o regime jurídico das autarquias fiscalizadoras do exercício profissional de diversas carreiras, disse:

Essas autarquias especiais devem, assim, em suas contratações realizarem a prévia licitação. Estas não necessitam, todavia, observar fielmente as regras previstas na Lei 8.666/93. As licitações das autarquias corporativas devem observar regras eventualmente editadas previamente por elas mesmas, regras que busquem realizar a impessoalidade, a publicidade, a moralidade, a eficiência, etc.

À OAB, ao CREA, aos Conselhos de Contabilidade etc., não se justifica a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/02 – ou da Lei 4.320/64. Estas leis existem para disciplinar e limitar os gastos públicos efetuados pelas entidades da Administração Pública. Dado que as autarquias corporativas não integram a Administração Pública, a elas não se aplicam essas leis. A necessidade de que os cargos, empregos ou funções a serem criados na Administração decorra de lei é forma de controle a ser exercido pelo Legislativo sobre o Executivo. Em relação às autarquias corporativas, que dispõem de plena autonomia administrativa, gerencial, financeira etc., não se justifica a necessidade de lei para criar empregos. O dever de realizarem concurso público e licitação decore da aplicação dos princípios constitucionais de moralidade, de impessoalidade, de publicidade etc. (...)

(voto do Ministro Alexandre de Moraes)

Assim, tenho por válida a opção feita pelo legislador, no sentido da formação dos quadros dos Conselhos Profissionais com pessoas admitidas por vínculo celetista.

Em vista do exposto, DIVIRJO da Ministra Relatora, para julgar PROCEDENTE o pedido formulado na ADC 36 e IMPROCEDENTES os pedidos formulados na ADI 5367 e na ADPF 367, e declarar a constitucionalidade do art. 58, § 3o, da Lei 9.649/1998, bem como da legislação que permite a contratação no âmbito dos Conselhos Profissionais sob o regime celetista.

E também deliberara o Ministro Dias Toffoli, no mesmo sentido vencedor:

Assim, de acordo com a jurisprudência da Corte, não resta dúvida de que os conselhos de fiscalização de profissão são autarquias.

Mas são autarquias comuns? (Penso que não.) Como destacado nos votos que antecederam o meu, os conselhos de fiscalização de profissão são autarquias especiais ou **sui generis**, pois não integram a Administração Pública. (As autarquias de regime especial (**sui generis**) não podem ser confundidas com as autarquias comuns, porque “a atribuição de fiscalização e de controle sobre profissionais difere-se daqueles serviços públicos comuns prestados à população, sendo este competência das autarquias comuns” (informações do Senado Federal).

O caráter especial dessas autarquias assegura liberdade administrativa e financeira no desempenho de suas atribuições, sujeitando-se tais autarquias aos princípios constitucionais.

O enquadramento dos conselhos de fiscalização de profissão como autarquias não os integra automaticamente na estrutura estatal. Nesse sentido, os professores Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara sustentam que “não há relação necessária entre possuir natureza de direito público e integrar a estrutura estatal” e que “não é todo ente estatal que apresenta regime jurídico de direito público, bem como não é necessário que todo ente público faça parte da estrutura estatal” (Informações da AGU).



Desse modo,

(I) se as autarquias fiscalizadoras do exercício profissional – em geral Conselhos ou Ordens – apesar de serem autarquias são *inteiramente diferentes* das autarquias tradicionais e clássicas, e *não integram a administração pública*;

(II) se pelo *caput* do art. 1º esta lei se aplica às *administrações públicas* diretas, autárquicas e fundacionais, então

(III) esta lei *não se aplica aos Conselhos, Ordens ou demais autarquias corporativas fiscalizadoras de exercício profissional*, seja qual for a carreira ou profissão.

A coerência, a lógica e a mais rudimentar forma de raciocínio obrigam esta conclusão.

V – O inc. I do *caput* menciona que se aplica esta lei aos Poderes Judiciário e Legislativo *quando em função administrativa*.

Imaginaria o autor da lei, talvez, que o juiz aplicaria a lei de licitações em sua função judicante, para nela se embasar e poder proferir seu julgamento? Ou que o Senador ou o Deputado elaborariam leis com base e fundamento na lei de licitações ?

É o que dá escrever por escrever... e por que se adverte imemorialmente que falar é prata, e calar é ouro.

VI – O inc. II menciona *fundos especiais e demais entidades* controladas direta ou indiretamente pela Administração pública.

Então fundo, que sempre foi uma simples conta bancária, um dinheiro ou uma verba especializada, vinculada e controlada para não se confundir com outras verbas, passou a ser uma *pessoa jurídica* ?

Sim, porque entidade é uma pessoa. Inexiste entidade sem personalidade, ou de outro modo é apenas parte de outra entidade, que como tal é sempre uma pessoa.

O fundo então tem personalidade jurídica?

Contrata, assume obrigações, age como pessoa?

O Estado não sabe o quê mais fazer para controlar tudo quanto possa, seja da espécie ou da natureza que for, corpórea ou incorpórea, material ou imaterial, física ou virtual, presente ou eventual. E quanto mais tenta nesse esforço fiscalizatório mais explodem os escândalos de corrupção, de malversação de dinheiro público, de bandidagem institucional, e de falência dos controles. Nem a atual *pandemia* mundial impediu práticas conhecidas de deslavada corrupção.

Mil vezes preferível seria que a lei circunscrevesse o seu escopo e a sua abrangência a entidades grandes, visíveis e reais, na tentativa de ser eficaz e não um roteiro de teatro como amiúde é.

Entre lei, sai lei; entra Constituição, sai Constituição, enquanto a norma não detiver o mágico condão de mudar a *pessoa humana*, então será apenas uma cartada após a outra, em carnavalesco desfile.

VII – Mas não terminou o comentário ao inc. II.

Que quererá dizer o dispositivo com *entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração* ? Não é nova a ideia, mas, agora como dantes, precisa ser resolvida sem meias-palavras.

Que é exatamente, e onde reside o *controle indireto* de alguma pessoa pela Administração pública ? Como se exerce algum controle oficial indireto?

Uma empresa *conveniada* com o poder público é por ela controlada indiretamente? Não nos parece, porque o poder público não controla quem tem autonomia de vontade.



Controla posturas sociais, comportamentos externos que afetem a coletividade, mas não a sua atividade essencial e principal, o seu *modus faciendi*, a sua marca pessoal.

Uma *organização social* é controlada indiretamente pelo poder público? Também não parece, e pelo mesmo motivo.

Existe, sim, controle público sobre a aplicação de verbas públicas repassadas às organizações sociais, sujeitas como são, sempre, a um prévio plano de aplicação. Mas daí a fiscalizar em ponto pequeno a operacionalização daquelas aplicações, ou fiscalizar a gerência da atividade diária e permanente de uma OS em prol daquilo, essa é matéria defesa ao poder público.

O poder público fiscaliza os resultados, não os discricionários e particulares procedimentos da entidade m perseguição daqueles resultados. Então, não controla.

Os tribunais de contas controlam o ente público que repassou verbas à entidade particular, para saber se elas vêm sendo ou foram despendidas de acordo com o plano de aplicação; mas não interfere na política interna da entidade privada, simplesmente porque não a controla nem direta nem indiretamente.

Ou seja: quanta subjetividade reside nesta idéia de “controle indireto” de entidades particulares pelo Estado ! Que dificuldade imensa terá o implementar com racionalidade esta genérica, evasiva e fluida ordem legal – que de resto é tão cômoda para o legislador quão molesta para o aplicador, o fiscal, o fornecedor, o usuário, o juiz e para quantos mais lidem com a lei !..

E, nesse diapasão, quanta disputa já se deu e ainda se dará, pelos entes particulares que recebem dinheiros públicos, para se assegurarem isentos daquele “controle indireto” pelo ente público, e com isso, antes de mais nada, pela *inaplicação da lei de licitações...*

Precisar aplicar a lei de licitações é tão confortável quanto andar algemado, com libamba no pescoço e dois rottweillers famintos no encaicho. Se era ruim sob a L 8666, agora sob esta lei de 2.021 o ambiente do administrado resulta significativamente pior.

Todos esses esperem apenas *sangue, suor e lágrimas...*

VIII – O § 1º diz o óbvio, e se não existisse o direito permaneceria rigorosamente igual.

Informa que a lei não se aplica às estatais e às suas subsidiárias, a não ser o dispositivo que alterou o Código Penal, que se aplica. Isto é igualmente acaciano, porque o Código Penal se aplica a todo cidadão no país, e não seria o agente de uma estatal que lhe escaparia da incidência.

O § 2º, que chove no molhado, é a diplomática tentativa de conciliar o direito estrangeiro com esta nova lei, mas sua eficácia antes serve *para inglês ver*. Repartições brasileiras sediadas no exterior, todos sabem, licitam no exterior segundo a lei local e coisa alguma além disso. É a própria regra da *soberania nacional* que o impõe.

E os princípios básicos da licitação, que o dispositivo manda observar, já são sempre previstos e observados onde quer que exista licitação, e não será por força de lei brasileira que deverão ser obedecidos no exterior.

IX – Os §§ 3º e 4º entraram na lei como Pilatos no Credo: ninguém explica, nem faz a menor idéia por quê.

Contêm matéria que poderia ser resolvida com folga num decreto executivo, ou até em diploma menor. Como o *soprador de verruma* do conto de Monteiro Lobato, o § 3º autoriza providências e rotinas administrativas que *jamaís foram proibidas*, como estabelecer condições em acordos internacionais que envolvam custeio de objetos de licitações internacionais, ou fixar condições peculiares daquelas licitações... como se cada licitação não fosse peculiar...

Desse § 3º a al. d do seu inc. II foi vetada. Tivera sido vetado todo o parágrafo (por rematada inutilidade), então melhor teria restado o direito.

Outra vez o legislador brasileiro inventa a roda, e deve julgar-se importantíssimo após escrever tais platitudes, absolutamente inúteis, na nova lei – sendo que, aqui também,



caso estes parágrafos inexistissem a matéria de que tratam poderia continuar a ser exercitada pelas autoridades brasileiras tão desembaraçadamente como sempre foi...

Em bisonhice o § 4º é insuperável, ao informar que a documentação a ser remetida ao Senado para autorização de empréstimos deverá indicar as condições contratuais respectivas... alguém acredita ? Poderia não ser assim? O Senado acaso poderia autorizar um empréstimo não descrito, para um objeto desconhecido e em condições ocultas ?

E o § 5º - *cuja matéria jamais deveria estar na lei de licitações, muito menos no seu art. 1º, porque nada tem a ver com o assunto da lei !* – informa que o Banco Central disciplinará *contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País.*

O Banco Central, que recentemente ganhou autonomia administrativa, sofre agora essa azucrinção, veiculada como se disse pelo meio (formalmente) mais inidôneo imaginável, que é a lei nacional de licitações.

Que tinha o legislador de *meter o bedelho* na administração do autônomo Banco Central? E, pior, justamente na lei de licitações ?..

E assim é, gentil leitor, a nova lei de licitações da nossa república federativa. Pela sua abertura já é possível entrever o que virá, uma vez que pelo dedo se conhece o gigante. Esteja, pois, preparado.