



**Universidade Católica do Salvador**  
**Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação**  
**Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania**

**MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO**

**CONCURSO PÚBLICO ENQUANTO INSTRUMENTO  
DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA: ANÁLISE CRÍTICA DA EXPERIÊNCIA DA  
REESTRUTURAÇÃO DAS CARREIRAS EXCLUSIVAS DO ESTADO NO FISCO  
DA BAHIA**

Salvador  
2011

**MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO**

**CONCURSO PÚBLICO ENQUANTO INSTRUMENTO  
DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA: ANÁLISE CRÍTICA DA EXPERIÊNCIA DA  
REESTRUTURAÇÃO DAS CARREIRAS EXCLUSIVAS DO ESTADO NO FISCO  
DA BAHIA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora no Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania – Linha de Pesquisa: Trabalho, Questão Social e Cidadania, da Universidade Católica do Salvador (UCSal), como requisito para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. André Portella

Salvador  
2011

C289 Carneiro, Marcos Antonio da Silva.  
Concurso público enquanto instrumento de exercício da cidadania: análise crítica da experiência de reestruturação das carreiras exclusivas do Estado no Fisco da Bahia/ Marcos Antonio da Silva Carneiro. – Salvador, 2011.  
214 f.: il.

Dissertação (mestrado) - Universidade Católica do Salvador.  
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania.  
Orientação: Prof. Dr. André Portella.

1. Cidadania 2. Concurso público - Acesso – Igualdade  
3. Patrimonialismo 4. Carreira de Estado – Bahia I. Título.

CDU342.7:35.082.1(813.8)

**MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO**

**CONCURSO PÚBLICO ENQUANTO INSTRUMENTO  
DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA: ANÁLISE CRÍTICA DA EXPERIÊNCIA DA  
REESTRUTURAÇÃO DAS CARREIRAS EXCLUSIVAS DO ESTADO NO FISCO  
DA BAHIA**

Dissertação apresentada ao Mestrado de Políticas Sociais e Cidadania da  
Universidade Católica do Salvador - UCSal como requisito para obtenção do grau de  
mestre

Salvador, \_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

Prof. André Portella – Orientador \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito Financeiro e Tributário, Universidad Complutense de Madrid.  
Universidade Católica do Salvador

Prof<sup>a</sup>. Denise Cristina Vitale Ramos Mendes \_\_\_\_\_  
Doutora em Direito, Universidade de São Paulo  
Universidade Católica do Salvador/Universidade Federal da Bahia

Prof. José Antônio Gomes de Pinho \_\_\_\_\_  
Doutor em Planejamento Regional, University of London, UL, Inglaterra.  
Universidade Federal da Bahia

À

Djalma da Silva Carneiro, amorosamente conhecida por Deijinha, minha querida mainha e de todos os seus familiares; arrimo de família para seus filhos, netos e “Pai-Mãe” desde os 33 anos de idade, quando assumiu viuvez precoce, com nove filhos, estando eu, o caçula, com um ano de vida. Uma guerreira, pois, para buscar o sustento da família, colocava-me na carroceria de “caminhão de linha”, porque não tinha com quem deixar-me, para poder deslocar-se à roça, pela necessidade de sobrevivência no buscar o sustento para sua prole. Transformou em realidade o sonho de conseguir formar, com suor e lágrimas, os seus pupilos e também netos, em médicos, advogados, engenheiros e professoras, dentre outras profissões. Aos 82 anos e com alguns problemas de saúde, ainda consegue contribuir para que essa família tenha uma vida melhor!

A essa especial figura humana,

DEDICO este trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Às minhas três mulheres, Vera, Gabi e Lara, pela paciência, solidariedade e compreensão quanto aos vários momentos de “estar presente e ausente ao mesmo tempo”, de modo a poder realizar esta pesquisa.

A André Portella, orientador, professor e partícipe do produto final, pois muito do que foi elaborado neste estudo tem um pedacinho dos seus imprescindíveis ensinamentos, com extensão aos demais membros da “banca de qualificação”, Doutores Denise Vitale e José Antônio Pinho.

Aos professores e colegas do Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania e demais colaboradores da Secretaria do curso, por abrirem uma grande porta para uma nova vida de questionamentos, participação e luta por um mundo mais igualitário.

Aos irmãos, amigos e colegas de trabalho por colaborarem, cada um do seu jeito, com incentivos e reconhecimento de que o estudo ora realizado será de grande valia, pois contribuirá para trilhar o caminho por uma sociedade com plena cidadania.

O cidadão brasileiro é melhor que o seu governante.  
A cidadania, melhor que o seu governo.  
A República, mais profunda que a corrupção, que teima em florescer  
feito planta daninha na administração da coisa pública.  
Ao cidadão o compromisso, o dever, a única esperança  
da prática republicana verdadeira e indiscutível [...].

Carmén Lúcia Antunes Rocha, 1996

CARNEIRO, Marcos Antonio da Silva. Concurso público enquanto instrumento de exercício da cidadania: análise crítica da experiência de reestruturação das carreiras exclusivas do Estado no Fisco da Bahia. 214 f. il. 2011. Dissertação (Mestrado) - Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador - UCSal, 2011.

## RESUMO

A finalidade deste trabalho é identificar o instituto do concurso público no universo das políticas públicas de fomento ao exercício da cidadania. Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, investiga-se, de início, a evolução das formas de ingresso na estrutura administrativa do Estado e o histórico do concurso público no Brasil, desde uma perspectiva crítica, tendo como referencial os critérios de moralidade, igualitarismo, tecnicismo e cientificismo no recrutamento de pessoas com vistas ao atendimento das necessidades da sociedade. Utiliza-se como referencial teórico à análise crítica do instituto do concurso os princípios da Teoria da Justiça de John Rawls e a tríade básica e clássica da cidadania de T.H. Marshall: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. Parte-se do pressuposto de que o acesso igualitário aos cargos e empregos do poder estatal por meio do concurso público é uma forma democrática de interferência do cidadão no planejamento, execução e controle das políticas voltadas para o atendimento das necessidades da coletividade, especialmente quando se trata de ingresso nas carreiras exclusivas de Estado, em decorrência do seu caráter estratégico para a Administração Pública. Na seqüência, analisa-se especialmente o caso prático envolvendo estas carreiras específicas, ocorrido no Estado da Bahia, por meio das leis 8.210/2002 e 11.470/2009, para, ao final, constatar que o governante não pode mitigar ou transferir atribuições privativas das carreiras dos Auditores Fiscais para serem exercidas por outro cargo, pois constitucionalmente consideradas essenciais ao funcionamento do Estado, portanto indelegáveis, por força do art. 37, inciso XXII da atual Carta Magna. Ainda, referida transferência de atribuições, regra geral travestida de reestruturação de carreiras, encoberta a mais nova modalidade de patrimonialismo, burla o instituto do concurso público previsto no art. 37, II da Lei Maior e contraria os demais princípios republicanos estampados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Por fim, diante deste quadro, observou-se a participação política dos cidadãos e de entidades da sociedade civil, bem como dos órgãos de controle e jurisdicionais na defesa do instituto do concurso público, da igualdade de oportunidades no acesso ao poder estatal e dos demais princípios constitucionais norteadores da Administração Pública Brasileira.

**Palavras-chave:** Cidadania, concurso público, patrimonialismo, carreira de Estado.



CARNEIRO, Marcos Antonio da Silva. Public competition as an instrument of exercise of citizenship: critical analysis of the experience restructuring of careers in the Fiscal area of the State of Bahia. 214 pp., 2011. Masters Degree Dissertation – Social Policies and Citizenship – Catholic University of Salvador – UCSal, 2011.

### **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to identify the institution of public competition in the universe of public policies to develop the exercise of citizenship. Through bibliographical and documental research, initially the evolution of the manners of access to the administrative structure of the State and the history of public competitions in Brazil, through a critical perspective, having as reference the criteria of morality, egalitarianism, technological and scientific abilities in personnel recruitment aimed at meeting the necessities of society. Theoretical reference of the principles of the Theory of Justice by John Rawls and the basic and classical triad of citizenship by T. H. Marshall: civil rights, political rights and social rights are used for the critical analysis of the institution of competitions. Starting from the presumption that the egalitarian access to the positions and employment by the state power through public competitions is the democratic way for the citizen to interfere in the planning, execution and political control of policies aimed at meeting the needs of citizens, specially regarding entry into carriers exclusive to the State, in light of their strategic character to Public Administration. A specific case involving these specific carriers occurred in the State of Bahia is analyzed through Laws 8.210/2002 and 11.470/2009, to finally perceive that the governor cannot mitigate or transfer attributions privy to the carriers of fiscal employees to be carried out by another position, because these are constitutionally considered essential to the functioning of the State, therefore cannot be delegated, by force of art. 37, item XXII of the present Constitution. Further, said transfer of attributions, generally cloaked under carrier restructuring, hides the newest mode of patrimonialism, sidesteps the institution of public competition foreseen in art. 37, II of the Constitution and contradicts the other republican principles listed in the opening paragraph of art. 37 of the Federal Constitution of 1988. Finally, in view of this scenario, it was noted that the political participation of the citizenry and civil society, as well as of the control and jurisdictional organs in defense of public competitions, in defense of equal opportunities of access to state power and the other constitutional principles are the guiding principles of the Brazilian Public Administration.

**Keywords:** Citizenship, public competitions/exams, patrimonialism, State carrier.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 Evolução (1995-2008) do quantitativo de servidores civis ativos, do Poder Executivo Federal .....	101
Tabela 1 Salários médios — setor privado e setor público (em R\$ de maio/1995) .....	103
Quadro1 Carreira Auditoria Fiscal: cargos, atribuições e remuneração .....	122
Tabela 2 Quantidade de empresas e respectivo percentual da Arrecadação total de ICMS (em mil) - ano de 2009 .....	134
Tabela 3 Quantidade de empresas por tipo de condição – ano 2009 .....	135
Quadro 2 Estados que tiveram ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) impugnando as reestruturações nas carreiras dos Servidores Fiscais, com base no artigo 37, caput, e incisos I e II da CF/88. Posição em 13.04.2010 .....	146

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>PERSPECTIVA HISTÓRICA DAS FORMAS DE INGRESSO AOS CARGOS ESTATAIS E DOS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	19
1.1 FORMAS DE INGRESSO OU ACESSO À ESTRUTURA DO ESTADO: EVOLUÇÃO E IMPORTÂNCIA .....	19
1.1.1 Sorteio .....	20
1.1.2 Venalidade ou compra e venda .....	22
1.1.3 Hereditariedade .....	25
1.1.4 Arrendamento .....	27
1.1.5 Eleição .....	28
1.1.6 Nomeação .....	34
1.2 HISTÓRICO DO ACESSO AOS CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS NO BRASIL .....	38
1.3 MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUA RELAÇÃO COM AS FORMAS DE INGRESSO NO ESTADO .....	47
1.3.1 Administração pública patrimonialista .....	48
1.3.2 Administração pública burocrática .....	51
1.3.3 Administração pública gerencial .....	55

<b>1.3.4 Administração pública societal</b> .....	59
---	----

## **CAPÍTULO 2**

<b>EXERCÍCIO DA CIDADANIA ATRAVÉS DO PRIMADO DO CONCURSO PÚBLICO</b> .....	63
--	----

2.1 CIDADANIA: HISTÓRICO e DEFINIÇÃO .....	63
--	----

2.2 CIDADANIA E A TRÍADE CLÁSSICA DE T. H. MARSHALL: DIREITOS CIVIS, POLÍTICOS E SOCIAIS .....	72
--	----

<b>2.2.1 Direitos civis: Igualdade de oportunidades no acesso aos cargos estatais por intermédio do concurso público</b> .....	72
--	----

<i>2.2.1.1 Igualdade e a inter-relação com o primado do concurso público</i> .....	72
--	----

<i>2.2.1.2 Os princípios de justiça de John Rawls e a igualdade de oportunidades no acesso aos cargos públicos</i> .....	81
--	----

<b>2.2.2 Direitos políticos: participação no poder estatal via planejamento, execução e controle das políticas públicas</b> .....	86
---	----

<i>2.2.2.1 Exercício do poder pela titularização dos cargos públicos</i> .....	86
--	----

<i>2.2.2.2 A República e o princípio da acessibilidade aos cargos públicos</i> .....	91
--	----

<i>2.2.2.3 Carreiras típicas de Estado e o envolvimento da sociedade na definição das políticas públicas por meio do controle externo</i> .....	95
---	----

<b>2.2.3 Direitos sociais: o emprego através do concurso público</b> .....	100
--	-----

<i>2.2.3.1 O trabalho na esfera pública e a participação no total de empregos no país</i> .....	100
---	-----

<i>2.2.3.2 A cidadania exercitada no Brasil com a contratação de servidores através de concursos públicos</i> .....	101
---	-----

## CAPÍTULO 3

<b>REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA DOS SERVIDORES FISCAIS DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – CASO DA SECRETARIA DA FAZENDA DA BAHIA .....</b>	<b>107</b>
<b>3.1 CONCEITO, HISTÓRICO E ASPECTOS LEGAIS DAS REESTRUTURAÇÕES DAS CARREIRAS DOS SERVIDORES FISCAIS .....</b>	<b>107</b>
<b>3.2 REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO E A AUTONOMIA DO ESTADO PARA REALIZAR MUDANÇAS NAS CARREIRAS E OS RESPECTIVOS LIMITES IMPOSTOS PELA CF/88 .....</b>	<b>113</b>
<b>3.2.1 A autonomia do Estado, a imutabilidade das atribuições de carreiras específicas de servidores fiscais e a regra do concurso público para acesso aos cargos .....</b>	<b>117</b>
<b>3.2.2 A autonomia do Estado e o conteúdo jurídico do princípio da igualdade .....</b>	<b>129</b>
<b>3.2.3 A autonomia do Estado, a racionalidade administrativa e o princípio da eficiência .....</b>	<b>132</b>
<b>3.3 PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS PÚBLICOS .....</b>	<b>137</b>
<b>3.3.1 Conceito .....</b>	<b>137</b>
<b>3.3.2 Algumas das modalidades tradicionais .....</b>	<b>139</b>
<b>3.3.2.1 Provedimentos derivados verticais (promoção, ascensão e transposição) .....</b>	<b>139</b>
<b>3.3.2.2 Provedimentos derivados horizontais (transferência; transformação enquadramento; equiparação; e aproveitamento) .....</b>	<b>140</b>
<b>3.3.3 Novas modalidades de provimento derivado .....</b>	<b>144</b>
<b>3.3.3.1 Reestruturação de carreiras e alteração do nível de escolaridade .....</b>	<b>149</b>

3.3.3.2 <i>Reestruturação de carreiras e mudanças ou mitigação nas atribuições originárias ou privativas de cargos públicos</i> .....	151
3.3.3.3 <i>Reestruturação de carreiras por meio da unificação das existentes</i> .....	155
3.4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 4233 EM CURSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DAS LEIS BAIANAS 8.210/2002 e 11.470/2009 .....	159
3.5 O EXERCÍCIO DA CIDADANIA ATRAVÉS DE ÓRGÃOS DE CONTROLE E DE ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL .....	176
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	182
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	188
<b>ANEXOS</b> .....	200
ANEXO A – MPE/BA – Pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia direcionado ao Governador do Estado e à Assembléia Legislativa sobre a inconstitucionalidade do projeto de Reestruturação nas Carreiras do Fisco da Bahia. Recomendação 007/2008, de 07 de julho de 2008 .....	201
ANEXO B – OAB/BA - Parecer da Comissão de Direitos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, secção Bahia, sobre a inconstitucionalidade da proposta de reestruturação nas Carreiras dos servidores fiscais do Estado da Bahia. Ofício GP/OF/0067/2009, de 26 de janeiro de 2009 .....	207

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o propósito de analisar o instituto do concurso público, enquanto instrumento de exercício da cidadania. Para tal mister, perpassa sobre o histórico das formas de ingresso na máquina pública estatal, no direito comparado e no Brasil, analisa as modalidades de administração pública e demonstra a importância do emprego público para viabilizar o planejamento e a execução de políticas públicas voltadas para a redução das desigualdades sociais.

No que se refere à cidadania, a mesma é aqui considerada como o direito a ter direitos, na clássica divisão de T.H. Marshall: direitos civis, políticos e sociais. Assim, diz-se existir a cidadania plena quando todos os direitos supracitados são assegurados aos membros de uma sociedade.

Sustenta-se neste estudo a premissa da possibilidade de exercício da cidadania com o ingresso do cidadão na máquina pública. Esse acesso é uma forma de consolidação simultânea de direitos civis, políticos e sociais: igualdade de oportunidade (direito civil); participação da estrutura do poder na administração do Estado (direito político) e obtenção de emprego (direito social). Utiliza-se, ainda, dentre outros, os princípios da Teoria da Justiça de John Rawls como referencial teórico para a defesa da igualdade de oportunidades no acesso aos cargos públicos.

Assim, a escolha deste tema também foi motivada pela ânsia de se obter uma resposta sobre a possibilidade de se reestruturar ou estruturar com novas bases as carreiras típicas de Estado da Administração Tributária baiana, na forma das leis 8.210/2002 e 11.470/2009, *v.g.* mitigação e transferência de atribuição privativa da carreira de Auditor Fiscal considerada como essencial ao funcionamento do Estado, sem desrespeitar os direitos de cidadania acima referidos e os demais princípios constitucionais estampados nos incisos I, II, XXII e no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), visto que essas reestruturações ou novas estruturas geralmente são formas de transformação de cargos de carreiras ou, em outras palavras, de ascender a um cargo de *status* mais elevado sem a realização de concurso público.

Ainda, ressalte-se o fato de que a realização de concurso público é o caminho encontrado pelos cidadãos para a obtenção de um emprego estável, principalmente em um mundo onde prevalece a precariedade nas relações de trabalho. Por isso, o

ser humano das mais diversas classes sociais e áreas de interesse tem sido motivado a procurar o ingresso nos postos de trabalho do setor estatal por meio deste processo seletivo. Como conseqüência, os concursos públicos são cada vez mais concorridos e milhares de pessoas precisam se empenhar e realizar investimentos em cursos, material de estudo etc., sacrificando momentos especiais com a família, para lograrem êxito no certame seletivo.

Nota-se que este assunto é de extrema relevância para a sociedade brasileira, visto que, normalmente, as exceções em matéria de concurso público acabam se transformando em regra, desrespeitando as formas igualitárias de recrutamento de funcionários públicos.

Isto também pode ser constatado com o uso indevido das ocupações de cargos de confiança e do emprego temporário previstos respectivamente nos artigos 37, incisos II, *in fine*, e IX, da CF/88, além das práticas de nepotismo e de terceirizações ilícitas de mão-de-obra e demais modalidades de patrimonialismo ainda existentes no Brasil.

Ressalte-se que o fortalecimento da República também ocorre com a resistência a ações de concentração de poder estatal que privatizam o espaço ou os postos públicos, pois, regra geral, as transformações ou “reestruturações” nas carreiras exclusivas de Estado são as novas modalidades de provimento derivado ou de espécies de burla ao instituto do concurso público, *v.g.*, transferência, para cargos de carreira menos nobre ou de menor *status*, de atribuições exclusivas ou privativas de cargos de outra carreira de alto prestígio social. Seria, então, uma forma de galgar uma ascensão funcional sem o devido e necessário concurso público, pois cargos e atribuições estão umbilicalmente ligados.

Nesta senda, concebe-se, no caso concreto a ser ora analisado, “reestruturação nas carreiras” como transformação de cargos, *i.e.*, alteração em cláusulas imodificáveis (atribuições privativas), estruturantes, portanto, de carreiras específicas e fundamentais para o normal desenvolvimento do Estado e para o atendimento das necessidades da coletividade.

Para tal mister, parte-se das seguintes hipóteses:

1) Opera-se o exercício da cidadania no acesso a cargos e empregos do poder estatal através do concurso público, principalmente nas carreiras exclusivas de Estado, *v.g.*, Magistratura, Ministério Público, Auditor Fiscal da Administração



Tributária, Procurador de Estado, Defensoria Pública e Auditor do Tribunal de Contas.

2) A cidadania é afetada com o emprego da reestruturação ou transformação de postos estatais, a exemplo do que se efetivou na Bahia com as aludidas leis, por meio da transferência de atribuições exclusivas de cargos de uma carreira para outra de menor "status", pois essa nova estruturação é uma modalidade de patrimonialismo, de drible ao instituto do concurso público e aos demais princípios constitucionais (art. 37, *caput* e inciso I e II), após o advento da CF/88.

3) As atribuições privativas de cargos das carreiras exclusivas de Estado são consideradas cláusulas imodificáveis e as unidades federadas não podem se valer da autonomia que possuem para fazer alterações que impliquem a desconfiguração das mesmas, pois também contraria os princípios da razoabilidade e o da especificidade (art. 37, inciso XXII da CF/88).

4) Ainda verifica-se a participação política e o exercício da cidadania quando as pessoas e as entidades da sociedade civil promovem a defesa do instituto do concurso público.

Quanto à metodologia empregada, adotou-se a pesquisa bibliográfica (livros, artigos científicos etc.), a pesquisa documental (legislação, pareceres, relatórios, decisões de tribunais judiciais, reportagens em jornais e revistas, entrevistas publicadas, palestras e conferências), e analisou-se um caso prático que serviu de suporte para a validação das hipóteses listadas nas linhas precedentes, i.e., o da reestruturação ou transformação dos cargos da carreira Fiscal na Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia (Leis 8.210/2002 e 11.470/2009).

Assim sendo, para uma melhor compreensão deste estudo, seccionou-se a produção científica em três capítulos. No capítulo 1 cuidou-se de verificar as formas de evolução no acesso aos cargos da estrutura do Estado (sorteio, venalidade, hereditariedade, arrendamento, eleição e nomeação – direta ou por concurso público) e o histórico do ingresso no serviço público no Brasil, com ênfase para a inovação introduzida pela CF/88.

As modalidades de administração pública (patrimonialista, burocrática, gerencial e societal) empregadas no decorrer da história também são analisadas neste capítulo, momento em que se percebe a existência de resquícios de patrimonialismo ainda enraizados na estrutura da máquina pública do Brasil.

Já o exercício da cidadania através do concurso público é tratado no capítulo 2, onde demonstra-se que a igualdade de oportunidades no acesso aos cargos de poder estatal e a titularidade em posto de poder de soberania em um Estado Republicano e Democrático devem ser efetivadas através do concurso público, que é considerado o mais eficiente, igualitário e meritocrático processo de seleção de pessoas para trabalhar em prol dos interesses da coletividade.

Não é por acaso que a CF/88 destaca a necessidade de ser empregada a via do concurso público de provas ou de provas e títulos para o acesso aos cargos públicos, valendo-se dos talentos e das virtudes já previstos na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789.

Nesse sentido e sabendo-se que a quantidade de cargos e empregos públicos é inferior ao número de cidadãos detentores do direito de ocupar um posto nos quadros do Estado, impõe-se a observância da igualdade de oportunidades no acesso ao poder estatal através de uma disputa democrática, sem preferências e subjetividades, tendo em vista a importância do emprego no setor estatal brasileiro e a necessidade de melhor estruturar o Estado com carreiras exclusivas e imprescindíveis para a promoção de políticas públicas preconizadas na *Lex Suprema* de 1988.

O terceiro e último capítulo foi reservado para analisar o caso prático atinente à reestruturação da carreira Fiscal ocorrido na Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ/BA) pelas leis 8.210/2002 e 11.470/2009, momento em que se faz um histórico das carreiras do Fisco neste Órgão, os aspectos legais, os cargos envolvidos nas carreiras e as respectivas atribuições estampadas nos editais seletivos.

De início, procura-se conceituar o que é regime jurídico do servidor público e estabelecer os limites do Estado para se proceder às mudanças nas carreiras, o que é provimento derivado de cargo e as respectivas modalidades desse provimento (tradicionais e as novas). Visando a uma melhor compreensão da questão sob exame, faz-se a distinção do que vem a ser carreira, cargo e atribuições para possibilitar a análise crítica das diversas situações possíveis de movimentação de pessoas e/ou de respectivas competências, atribuições e responsabilidades dentro da estrutura da administração estadual, assim como para demonstrar que a reestruturação de carreira efetivada pela SEFAZ/BA, detalhada neste capítulo, é uma maneira de fraudar o instituto do concurso público.

Ainda, neste derradeiro capítulo, traz-se à tona o resultado de uma pesquisa, realizada pelo autor deste estudo, sobre as modificações efetuadas nas carreiras dos servidores fiscais nas Administrações Tributárias das unidades federadas e do Distrito Federal e as respectivas Ações de Inconstitucionalidade (ADI) que foram interpostas, ao mesmo tempo em que se procura analisar os requisitos delineados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como imprescindíveis para caracterizar a existência de legalidade nas reestruturações de carreiras e aponta as formas mais corriqueiras que são empregadas pelos governantes para burlar o instituto do concurso público e a conseqüente igualdade de oportunidades no acesso aos cargos de poder estatal.

E para finalizar, evidencia-se, por conseguinte, a participação política dos cidadãos e de entidades da sociedade civil, bem como dos órgãos de controle e jurisdicionais na defesa do instituto do concurso público, da igualdade de oportunidades no acesso ao poder estatal e dos demais princípios constitucionais norteadores da Administração Pública Brasileira.

Isto posto, este estudo objetiva elucidar que ainda persistem manobras mirabolantes que visam afastar o exercício da cidadania nos certames públicos brasileiros e, nessa toada, desenvolve-se também um simples exercício para comprovar que a defesa do instituto do concurso público efetuada, tanto pelos cidadãos quanto pelas entidades da sociedade civil, é também uma espécie de participação política.

Com este trabalho, portanto, espera-se contribuir para que os cargos das carreiras exclusivas de poder estatal sejam utilizados com o intuito de que as políticas públicas possam ser delineadas a favor do Estado (continuidade) e não a favor do Governo (provisoriedade), de sorte a não obstruir a instauração do processo “ganha-ganha”: ganha o Estado, ganha a sociedade e ganha o cidadão.

## **CAPÍTULO 1**

### **PERSPECTIVA HISTÓRICA DAS FORMAS DE INGRESSO AOS CARGOS ESTATAIS E DOS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

#### **1.1 FORMAS DE INGRESSO OU ACESSO À ESTRUTURA DO ESTADO: EVOLUÇÃO E IMPORTÂNCIA**

Os registros históricos indicam que os concursos públicos são utilizados há muito tempo como forma de seleção dos ocupantes de cargos públicos. Bowman (apud ROCHA, 2006, p. 49) revela que foi durante a dinastia Han (202 a.C. – 200 d.C.) que as avaliações escritas foram introduzidas na China. Diz ainda que na dinastia Ming (1368 d.C. a 1644 d.C.) os exames foram formalizados e tinham diferentes níveis e, ainda, que os candidatos melhores classificados recebiam títulos que eram acumulados para galgar “cargos de maior poder na administração” chinesa.

Jones (1965, p. 73) e Badian (1965, p. 235-236) indicam, por outro lado, a existência do arrendamento no Egito, nos séculos II e I a.C. e que, por volta do ano 85 a.C., ocorreu a figura do “arrendatário de impostos”. Logo depois, no século IV, presencia-se a escolha de conselheiros por meio do sorteio. Várias dessas situações, portanto, poderão ser identificadas no decorrer do processo histórico infra descrito.

Para uma melhor sistematização das formas de recrutamento para acesso aos cargos de poder estatal, busca-se nos ensinamentos de Menegale (1950), Faoro (2001) e de Cretella Júnior (1997a) as maneiras utilizadas historicamente para tal mister.

Jèze (apud MENEGALE, op.cit., p. 145-147) enumera seis sistemas de preenchimento dos cargos públicos ou formas de ingresso na estrutura do poder estatal: a) hereditariedade; b) venalidade; c) arrendamento; d) sorteio; e) eleição; e f) nomeação, subdividida em “direta” ou “por concurso”.

Nesta senda, Cretella Júnior (op. cit., p. 454) afirma que os sistemas ou meios utilizados para seleção de servidores públicos foram os listados a seguir, fazendo-o dentro de um processo cronológico, que, como pode ser detectado em relatos

anteriores, não necessariamente seguiram essa ordem: a) sorteio; b) compra e venda; c) herança; d) arrendamento; e) nomeação; f) eleição; e g) concurso.

Na seqüência deste estudo, fez-se a opção pela ordem adotada por Cretella Júnior (loc. cit.). No entanto, isso não significa que essas formas de acesso aos postos públicos são estanques, i.e., existentes exclusivamente em determinada época, diante da inexistência das demais. Ou seja, quando se fala em evolução histórica, pretende-se indicar apenas a hegemonia de uma forma sobre a outra, num certo momento ou o registro do seu surgimento.

Cumprido, nesse passo, descrever essa historiografia e definir cada forma de ingresso acima mencionada para, ao final, apontar, na visão de alguns autores, quais os instrumentos mais adequados de seleção ou recrutamento dos funcionários para a assunção de cargos do poder estatal, em um Estado Democrático de Direito, de modo que os cidadãos tenham a mesma oportunidade, em um processo igualitário e equânime.

### **1.1.1 Sorteio**

Os atenienses reputavam ser o sorteio a melhor forma de escolha de pessoas para trabalhar para o Estado e o consideravam “como uma das pedras fundamentais da democracia” e “a principal instituição na manutenção da igualdade”. Para eles, a eleição era “vista como um processo antes aristocrático do que democrático”, pois, no sistema eleitoral, “o homem que tivesse nome, riqueza, posição ou palavra fácil, habitualmente venceria, e o homem comum poucas possibilidades teria”. (JONES, op. cit., p. 74).

Por volta do século IV, de acordo com Jones (op. cit., p. 73-74), em Atenas, “os 350 magistrados, aproximadamente, que punham em prática a administração, eram quase todos escolhidos anualmente pela sorte, e nenhum cidadão podia ocupar o posto duas vezes”. Ainda, analisando melhor essa questão, salienta este autor (loc. cit.) a confiança de “que a maioria dos leitores concordará com Sócrates”, pois

[...] é absurdo que os governantes da cidade sejam indicados pela sorte, quando ninguém se arriscaria a empregar um piloto ou um carpinteiro ou flautista escolhido pela sorte, embora os erros destes sejam muito menos prejudiciais que os erros cometidos na política pública.

Esse sorteio “era feito exclusivamente entre os cidadãos que nêle se inscrevessem, e o povo ateniense esperava, e exigia, um padrão muito elevado de seus magistrados”. Tanto é verdadeira essa assertiva que, depois do mandato de um ano, todo magistrado e todo membro do Conselho “estava sujeito [...] a um exame, no qual qualquer cidadão podia acusá-lo de má conduta”. (JONES, op. cit., p. 74).

O Professor de História da Antiga Universidade de Cambridge, Jones (op. cit., p. 73-75) informa que, ainda no século IV, o Conselho dos Quinhentos de Atenas tinha um enorme poder, pois “nenhuma questão podia ser discutida ou votada sem que o conselho a houvesse, com a devida publicidade, incluído na agenda [...]”. Ainda, acrescenta que esses conselheiros eram “escolhidos anualmente pela sorte” e que “nenhum cidadão podia servir no conselho por mais de duas vezes em toda a sua vida”, demonstrando haver alta rotatividade, de modo a dificultar a aquisição pelos conselheiros de “qualquer espírito de grupo”.

Segundo Jones (op. cit., p. 74), também no século IV e em Atenas, além do sorteio, “a outra instituição chave era o pagamento pelos serviços políticos”. Eram considerados como serviços políticos aqueles realizados pelos jurados, os conselheiros e os magistrados, os quais recebiam um salário diário, “como também o tinham os cidadãos [...] que compareciam à assembléia. Assim, a pobreza não impedia ninguém de participar do governo” e ainda “nenhum cidadão podia ganhar a vida com o salário do Estado”, pois não “podia servir no conselho por mais de dois anos em toda sua vida, ou em qualquer posto por mais de uma vez, e as assembléias só se realizavam durante 40 ou 50 dias por ano [...]”.

No entanto, referido autor (op. cit., p. 75) ressalta a inexistência na constituição ateniense de “qualquer coisa semelhante a um govêrno, no sentido moderno da palavra” e que “a assembléia controlava a política” tendo os magistrados e os generais como seus servos, “que recebiam ordens rigorosas e detalhadas, e tinham que cumpri-las”.

Nas palavras de Cretella Júnior (op. cit., p. 456), o sorteio era a modalidade utilizada na “Antiguidade clássica e, em especial, pelos gregos de Esparta e de

Atenas.” Tornou-se bastante conhecido por todos “pelas circunstâncias especiais em que cargos de natureza política eram sorteados.”

Duas espécies de sorteio eram as mais comuns naquela época, conforme Cretella Júnior (loc. cit.): a) puro e simples; e b) condicionado: o sorteio puro era aplicado a pessoas que passavam pelo crivo de um processo seletivo e o condicionado dirigia-se a pessoas que reuniam determinadas condições apreciáveis dentre os que poderiam ser escolhidos para os cargos públicos.

Ainda diz mencionado autor (loc. cit.) que o “sistema de sorteio, por um lado, procede às escuras, segundo as leis anticientíficas do acaso, podendo indicar os mais capacitados puramente pela sorte” e que, por outro lado, “tinha o mérito de poder perscrutar de maneira imparcial [...]”.

Portanto, esse sistema tinha também a virtude de colocar o contemplado em confortável situação de independência, além de eliminar as preferências, os compromissos e os favores, “contribuindo para assegurar de modo equitativo a distribuição das funções pelos que a elas aspiram, evitando o descontentamento, as reclamações, os ressentimentos”. (CRETELLA JÚNIOR, loc. cit.).

### **1.1.2 Venalidade ou compra e venda**

Começa-se por sublinhar que na Europa da Época Moderna não estava nítida a diferença entre o que estava no âmbito do setor privado e o que pertencia ao domínio público. Por esse motivo, “os ofícios do Estado e da Administração foram objeto de compra e venda e funcionaram como parte integrante dos bens patrimoniais, transmissíveis por herança ou doação”. (SILVA, 1988, p. 203).

Faoro (op. cit., p. 202) esclarece que o cargo público em sentido ampliado era a comissão do rei que transformava o titular em portador de autoridade, bem como conferia ao portador do mesmo a marca de nobreza:

Como o emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos. Para a investidura em muitas funções públicas era condição essencial que o candidato fosse “homem fidalgo, de limpo sangue” (Ordenações Filipinas, L. I, tít. I), ou de boa “linhagem” (idem, tít. II).

E acrescenta (op. cit., p. 202-203) que “não tardaria muito e a venda dos empregos elevaria aos cimos da nobreza a burguesia enriquecida, para a indignação e pasmo das velhas linhagens”, ao ponto de retratar uma passagem do severo Critilo, “representante da nobreza letrada, ou nobre porque letrada”, momento em que demonstra como eram os valores dominantes, embutidos a repulsa às ascensões plebéias aos postos de governo:

Conheço, finalmente, a outros muitos  
 Que foram almocreves e tendeiros,  
 Que foram alfaiates e fizeram,  
 Puxando a dente o couro, bem sapatos,  
 Agora, doce amigo, não te rias  
 De veres que estes são aqueles grandes  
 Que, em presença do chefe, encostar podem  
 Os queixos nos bastões da fina cana.  
 Os postos, Doroteu, aqui se vendem,  
 E, como as outras drogas que se compram,  
 Devem daqueles ser, que mais os pagam.

Pelo visto, “a via que atrai todas as classes e as mergulha no estamento é o cargo público, instrumento de amálgama e controle das conquistas por parte do soberano”. (FAORO, op. cit., p. 203).

Por outro lado, Silva (op. cit., p. 210) esclarece que “o poder real, certos moralistas e a tradição lusitana puseram entraves à livre compra e venda de ofícios públicos”, fato este que não ocorreu com a hereditariedade.

No entanto, segundo R. Mousnier (apud SILVA, op. cit., p. 203), apenas na França, nos séculos XVI e XVII, o fenômeno de compra e venda de ofícios públicos “se tornou num ‘sistema completo, oficial e legalizado’”. Porém outros países, “tais como a Espanha, territórios italianos, a Prússia, a Inglaterra, conheceram a venalidade, cuja prática foi, aliás, fomentada pelos respectivos reis e príncipes”. Também se verificou a compra e venda de ofícios públicos nas colônias americanas e nas sociedades turca e chinesa.

Por outro lado, assevera Menegale (op. cit., p. 145) que o “caráter feudal da hereditariedade e da venalidade de cargos públicos torna-se mera reminiscência histórica”. Diz ainda que a venalidade foi introduzida na França nos fins do século XV e limitava-se, a princípio, aos cargos do Tesouro, com posterior ampliação para as funções da judicatura, aos cargos militares e até aos empregos da casa real e que também exerceu perniciosa influência no funcionamento dos “grandes conselhos administrativos”.



E arremata (op. cit., p. 146) com a informação de que posteriormente a venalidade foi proibida. No entanto, para cobrir as dificuldades de caixa do tesouro público, sob o reinado de Henrique IV, “os cargos públicos, até então vitalícios, passaram a ser patrimoniais, hereditários e alienáveis, mediante o pagamento anual de um direito [...]”.

Diante deste quadro, Rousseau (apud MOSCATELI, 2004, p. 44) “clamava por critérios mais racionais de composição da estrutura administrativa, o que, em outras palavras, queria dizer o fim da antiga prática da venalidade dos cargos públicos”. Inclusive o filósofo suíço propôs

[...] a avaliação popular dos candidatos às funções estatais, a fim de que o mérito prevalecesse acima de tudo. Somente dessa forma poder-se-ia garantir uma maior eficiência nos negócios do governo, o qual devia eliminar também os privilégios econômicos concedidos a grupos ou a indivíduos, para que administrasse eficazmente seus recursos financeiros. Afinal, algumas das maiores dificuldades enfrentadas pela monarquia francesa no século XVIII deveram-se à sua incapacidade de equilibrar o erário do reino.

A Revolução Francesa (art. 2, tít. II, da lei de 16–24–de agosto de 1790) aboliu formalmente a venalidade dos empregos, passando “a vigorar o princípio de admissibilidade de todos os cidadãos às funções públicas, que como verificamos, é o princípio de todas as Constituições [...]”. (MENECALE, op. cit., p. 146).

Isto pode ser visto na Declaração dos direitos do homem e do cidadão e no preâmbulo da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791. A proibição da venalidade e da hereditariedade de cargos públicos passou a ser uma regra e, desse modo, passaram a vigorar tão-somente os sistemas de eleição e de nomeação.

As palavras abaixo transcritas foram proferidas por Barbosa de Lima Sobrinho, no prefácio à segunda edição do livro “Coronelismo, enxada e voto” (LEAL, 1997, p. 14-15), onde o mesmo faz menção à criação da Guarda Nacional no Brasil em 1831, “para substituição das milícias e ordenanças do período colonial”, oportunidade em que foi estabelecida uma hierarquia: a patente de coronel cuidava do comando municipal ou regional e normalmente era exercida pelos proprietários rurais em função do prestígio econômico e social que lhes era peculiar.

De início, tal posto significava “um comando efetivo ou uma direção, que a Regência reconhecia, para a defesa das instituições”, mas,

[...] pouco a pouco, as patentes passaram a ser avaliadas em dinheiro e concedidas a quem se dispusesse a pagar o preço exigido ou estipulado pelo poder público, o que não chegava a alterar coisa alguma, quando essa faculdade de comprar a patente não deixava de corresponder a um poder econômico, que estava na origem das investidas anteriores. (LEAL, loc. cit.).

Ou seja, pelo demonstrado, com ou sem o emprego da venalidade da patente de coronel, o exercício deste ofício público era sempre exercido pelos proprietários rurais, em função do seu prestígio junto aos detentores do poder (Regência) ou porque eram eles próprios os que possuíam a capacidade financeira de comprar esse cargo.

Ainda, conclui Faoro (op. cit., p. 100) afirmando que o servidor público está por toda a parte, seja dirigindo a economia, seja controlando-a ou limitando-a a sua própria determinação, haja vista que “uma realidade política se entrelaça numa realidade social: o cargo confere fidalguia e riqueza”. E quanto à venalidade, pontua que a mesma “acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela de poder que o acompanha. A expressão completa desta comédia se revela numa arte, cultivada às escondidas: a arte de furtar”.

### **1.1.3 Hereditariedade**

O professor catedrático da Faculdade de Letras da Universidade de Porto, Silva (op. cit., p. 210) destaca que a hereditariedade dos ofícios era a transmissão por herança dos cargos públicos, após a morte do beneficiário, como se os mesmos fossem bens patrimoniais. Desenvolveu-se na tradição lusitana a partir do século XVI como atestam abundantemente os arquivos das chancelarias régias.

Nessa época, a hereditariedade era mais comum nos ofícios burocráticos ligados à Administração, à Fazenda e à Justiça locais e quando ocorria a sucessão direta de pai para filho:

Há ainda que estabelecer a distinção entre a hereditariedade nos grandes ofícios públicos da Corte e da Administração Central, por um lado, e a hereditariedade nos ofícios burocráticos ligados à Administração, à Fazenda e à Justiça locais. A raiz venal da última era, a nosso ver, muito mais evidente que a da primeira [...]

Os casos mais numerosos de hereditariedade dos ofícios respeitam à sucessão direta de pai para filho; mas depararam-se-nos sucessão de irmão para irmão, de irmão para irmã, e até de irmã para irmã e de tio para sobrinha. (SILVA, op. cit., p. 211).

As mulheres nesses tempos não podiam exercer diretamente, por si próprias, nenhum ofício. No entanto, como a propriedade de um ofício se equiparava a um bem patrimonial, sendo por isso transmissível, poderia ser utilizada por elas como dote nos casamentos. Então, pode-se dizer que a hereditariedade provocou, entre as mulheres, uma mobilidade social muito grande, visto que abriu as portas para que diversas pessoas ocupassem esses ofícios, gerando ascensão social. (SILVA, loc. cit.).

No caso específico do Brasil, até 1988, a titularidade dos cartórios era transmitida por hereditariedade, porém a Constituição tornou obrigatório o concurso público para estas repartições e acabou com a figura dos tabeliães substitutos, como está previsto no § 3º do art. 236 da CF/88:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.  
§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Muitos cartórios, contudo, nunca se submeteram às regras do concurso público regular e as vagas existentes eram supridas aleatoriamente, circunstância que determinou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a expedir a Resolução nº 80, de 09 de junho de 2009, com o seguinte teor:

Declara a vacância dos serviços notariais e de registro ocupados em desacordo com as normas constitucionais pertinentes à matéria, estabelecendo regras para a preservação da ampla defesa dos interessados, para o período de transição e para a organização das vagas do serviço de notas e registro que serão submetidas a concurso público. (Publicada no DJ, em 16/6/09, p. 1-2 e retificada no DJ, em 17/6/09, p. 1).

Em função da regulamentação dessas atividades ter ocorrido em 1994, com a edição da lei 8.934/94, que, repetindo o que já estava expresso na CF/88, exige a realização de concurso para a função, alegam os “donos de cartórios” que não poderiam ser atingidos pela citada resolução do CNJ, visto que as titularidades que

possuíam foram beneficiadas pelo vácuo jurídico verificado no período de 1988 a 1994.

Como o CNJ tem exigido o cumprimento do disposto na CF/88, os titulares dos cartórios que ingressaram nessa função após a atual Carta Magna terão de abandoná-los. Assim, mobilizaram-se para pressionar a Câmara dos Deputados a aprovar a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 471, que garantiria a efetivação de dirigentes de cartórios admitidos sem concurso entre 1988 e 1994, projeto este ainda pendente de deliberação na Câmara dos Deputados.

No entanto, recursos outros são ainda hoje manejados para a continuidade da nefasta hereditariedade. É o que pode ser visto quando os titulares desses postos mais lucrativos, na iminência de ocorrer a vacância, utilizam-se da influência política para que membros da família, com base na mobilidade e/ou permuta, ocupem essas vagas em cartórios mais rentáveis. Isso é materializado da seguinte maneira: ao final de sua vida laboral, o chefe de cartório lucrativo manda que o filho preste concurso para um cartório no qual não existe concorrência, pois não é rentável, e ato-contínuo, procede à permuta com este, dando continuidade à sistemática de transmissão de pai para filho por gerações, na mesma família. Logo a seguir, o transmitente aposenta-se e deixa a vaga para o local onde não existe o interesse.

#### **1.1.4 Arrendamento**

De origem feudal, outra modalidade de preenchimento dos cargos públicos é o arrendamento, que é o meio pelo qual o Estado cedia cargos públicos aos particulares, “por prazo determinado e mediante uma quantia arrecadada aos cofres públicos”. (MENECALE, op. cit., p. 145; CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 458).

No entanto, já na antiguidade (por volta dos anos 85 a.C.) ocorreu no Egito a instituição do “arrendatário de impostos” que era o encarregado de transformar em dinheiro o trigo plantado, principalmente nas propriedades do rei. Esse arrendatário, nomeado diretamente pelo rei, era “pessoalmente responsável pela receita dos impostos, evitando ao rei o problema da coleta e as incertezas da conversão do produto em dinheiro”. (BADIAN, 1965, p. 236).

O arrendamento também seria mais um mecanismo em desuso, caso não remanescesse duas considerações importantes, que cabem uma oportuna reflexão. Primeiro, nos dias atuais, poderia se questionar se uma tributação exorbitante na remuneração dos servidores públicos não seria uma forma de arrendamento de cargos da estrutura do Estado, visto que significativa parcela do valor pago ao funcionário é retornada aos cofres públicos por meio de tributos incidentes sobre os rendimentos auferidos pelo servidor.

Segundo, de igual maneira, estaria também caracterizado o arrendamento com a prática do loteamento de cargos de confiança em que os titulares destes cargos são obrigados, mas de forma dissimulada, a pagar um percentual àqueles que foram responsáveis pela respectiva nomeação, principalmente quando os políticos têm uma cota de cargos a serem preenchidas por sua indicação pessoal.

### **1.1.5 Eleição**

Demonstra Jones (op. cit., p. 74) que, por volta do século IV, já existia o sistema eletivo no Egito, visto que “os dez generais e alguns outros oficiais militares não eram sorteados, mas sim escolhidos pela assembléia, e para tais postos não havia restrições à reeleição”. Ainda, qualquer cidadão poderia participar dessa assembléia, fato este que caracteriza uma ampla participação popular na hora de escolher o melhor candidato.

Também há o registro de que no Império Romano, após a lei das XII Tábuas (451-450 a. C.), os cargos públicos passaram a ser objeto de eleição pelo povo, a exemplo dos *questores*. Estes tinham como atribuições a administração do erário, receber as dívidas ativas do Estado, pagar-lhe as passivas e resolver questões correlatas. (PEIXOTO, 1997, p. 33).

Na era feudal, de acordo com Menegale (op. cit., p. 147), conheceu-se a sistemática de eleger os intendentos das comunas e “nos países anglo-saxões – especialmente nos Estados Unidos – aplica-se com muita amplitude esse princípio”.

A eleição também ocorreu no início da Revolução Francesa como mecanismo para coibir os abusos “decorrentes dos sistemas absurdos da Idade Média (venda, herança, arrendamento) e melhor selecionar aqueles que deveriam ocupar as

funções executivas do Estado, pois “mais ajustado às teorias da soberania popular”. (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 45).

Chant-Grellet e Pichat (apud MENEGALE, op. cit.), bem como Cretella Júnior (op. cit., p. 459), afirmam que a prática de eleger os servidores públicos na democracia origina-se de um sistema geral de descentralização, pois a escolha do funcionário por sufrágio popular, direto ou indireto, foge aos rigores da disciplina hierárquica e contempla os interesses locais com representação própria.

O sistema eletivo foi transplantado da França para os Estados Unidos e passou a fazer parte do direito americano, onde em boa parte dos Estados daquele país os cargos, inclusive os judicantes, eram providos pelo sufrágio popular. (CRETELA JÚNIOR, op. cit., p. 460; MAIA e QUEIROZ, op. cit., p. 5).

Está em desuso no mundo inteiro o sistema de eleição. Porém, continua nos Estados Unidos, onde “os cargos de Promotores e Juízes são titularizados através desse procedimento”. (TOURINHO, 2008, p. 9).

No entanto, Fiúza (apud MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 5) registra que “a Justiça Federal americana, atualmente, não adota as eleições como meio de recrutamento” dos seus quadros. Por outro lado, no que concerne à Justiça Estadual desse País, “existem quatro sistemas de escolha de seus membros”:

- 1) nomeação pelo Chefe do Executivo com prévia aprovação do Legislativo;
- 2) nomeação pelo Chefe do Executivo entre nomes constantes de lista formada por comissão independente de alto nível;
- 3) eleição indireta pelo Legislativo;
- 4) eleição popular.

Para verificar os prós e os contras do sistema eletivo, Menegale (op. cit., p. 150-151) optou por analisar o caso específico da Magistratura. Uma vantagem, de pronto, pode ser vislumbrada na eleição dos juízes pelo povo, qual seja a “completa independência em face do poder executivo”. No entanto, “dois inconvenientes principais a contra-indicam”:

a) quando o magistrado é eleito ele fica independente em relação ao poder executivo, mas o mesmo não opera com relação ao corpo eleitoral. Ao contrário, o magistrado depende do voto do povo para que venha a ser reeleito. Com isso, o magistrado perde a independência para julgar seus próprios eleitores;

b) o conjunto dos eleitores, normalmente leigos, não estaria capacitado para proceder a uma “boa escolha, tendo-se em conta o conjunto de requisitos característicos de um magistrado”.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado a várias carreiras exclusivas de Estado, a exemplo do Ministério Público que tem a atribuição de propor ação penal; e da fiscalização tributária que tem a competência privativa para expropriar parte do patrimônio dos cidadãos (eleitores, portanto) para custear as atividades do Estado.

Nesse sentido, os inconvenientes, de ordem prática e de ordem moral, quanto ao emprego dessa sistemática de preenchimento dos cargos públicos, podem ser assim resumidos (MENECALE, op. cit., p. 144 e 148-149):

1 – O recrutamento por meio da eleição afeta a composição do aparelho da administração pública, cujas atividades devem ser exercidas sem as intermitências que ocorrem nos processos legislativos.

Essa crítica baseia-se no fato de que a Administração Pública deve ser composta por quadros dotados de perenidade, visto que as atividades, os planos e as ações dos funcionários públicos devem estender-se além do governo que é, por excelência, provisório. Isto num Estado Democrático de Direito.

2 – O sufrágio popular é político por definição e não tem como incluir nessa seleção os requisitos técnicos, exigíveis do agente administrativo.

Isto quer dizer que a seleção de servidor público deve ser efetuada com base na capacidade intelectual, nas habilidades e competências técnicas dos pretendentes a ocupar um ofício público. É a defesa da meritocracia no acesso aos cargos de poder estatal.

3- A escolha por meio da eleição “corrompe o exercício das funções públicas pela permuta de influências entre os funcionários e os eleitores”.

As atribuições públicas devem ser exercidas com imparcialidade e independência para poder atender às necessidades de todos os cidadãos de forma indiscriminada e objetivamente, sem personalismos. Os interesses públicos devem prevalecer em qualquer situação e esse elo direto com o eleitor certamente iria prejudicar uma atuação dos servidores com a devida autonomia para tomar as decisões em prol da coletividade.

4 - Ainda, para retirar a opção de recrutamento por meio dos “inconvenientes da eleição como regra e ao arbítrio do poder, criou-se o sistema de concurso, como o mais adequado e eficaz na verificação das capacidades” e que a eficiência deste

processo seletivo não depende da apuração de valores, mas sim do “nível moral e intelectual em que se encontra o meio social determinado”. (MENECALE, loc. cit.).

Cretella Júnior (op. cit., p. 459-460) entende ser a “eleição para provimento de cargos administrativos [...] um dos piores sistemas que se conhece, na atualidade”. Diz ainda que o seu aparecimento, nos primeiros tempos da Revolução Francesa, foi motivado para substituição imediata de “sistemas absurdos da Idade Média (venda, herança, arrendamento, doação), pois referia-se a um sistema ‘mais ajustado às teorias da soberania popular’”.

Ainda adiciona (loc. cit.) que “críticas muito bem fundamentadas são dirigidas aos *sistemas de eleições para o provimento de cargos públicos*” e faz o seguinte questionamento:

Além de ficar debaixo da influência de hábeis e audaciosos líderes que tiram de uma assembléia popular qualquer possibilidade de escolha voluntária, consciente, como pretende, mesmo que as condições fossem outras, que pessoas do povo distingam e selecionem entre os vários candidatos existentes aquele que reúne os mais seguros conhecimentos técnicos e científicos, compatíveis com a responsabilidade da função a desempenhar? (CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 460).

Por outro lado, pondera que os cidadãos, simples joguetes nas mãos dos colégios eleitorais que os apoiaram, passam, na qualidade de eleitos, “a sofrer toda sorte de injunções e, visando às futuras eleições, tudo fazem para não desapontar o eleitorado”. (CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 460). Nesse sentido, arremata referido autor (loc. cit.):

Desse modo, colocam-se de lado, por inoportunas, virtudes como a modéstia, a probidade, a sinceridade, a consciência, guindando-se para primeiro plano a audácia, a adulação, a corrupção, o intimidamento. Nenhum argumento real aduz este processo em favor da competência e moralidade do eleito, estreitando-se, de maneira condenável, a Administração com a política, em prejuízo dos altos interesses do Estado.

Maia e Queiroz (op. cit., p. 4) concordam com Cretella Júnior (op. cit.) ao indicar que o sistema de eleições para os cargos públicos é “um dos piores sistemas que se conhece na atualidade”. Também descreve os aspectos negativos do sistema eleitoral e diz que os mesmos poderiam contaminar por completo a seriedade que deve existir no desempenho das funções estáveis, a serem exercidas por profissionais devidamente qualificados e aprovados tecnicamente:



Assiste plena razão ao insigne administrativista, na medida em que as mazelas dos sistemas eleitorais (aspectos polêmicos do financiamento de campanhas, plataforma eleitoral, joguetes políticos, lobbies, injunções de ordem governamental etc.), já são combatidas na seara política, tenderiam a universalizar-se, comprometendo-se a seriedade das funções permanentes de índole técnico-administrativa e aquelas para as quais são exigidas a imparcialidade ou a independência como condição de seu exercício (v.g., magistratura, Ministério Público e Tribunal de Contas).

É óbvio que a regra do recrutamento dos funcionários públicos por meio da eleição é a mais democrática possível, principalmente quando se trata de um Estado de Direito democrático e participativo. É também uma maneira de democratizar o acesso aos cargos de poder estatal.

Por outro lado, a eleição feita pela população pode implicar inexoravelmente o exercício da administração do Estado por leigos, sem atender aos requisitos de qualificação para o exercício do cargo, diferentemente do sistema de nomeação via concurso público, cujas funções, típicas de um sistema burocrático, mormente aquelas relacionadas com as carreiras exclusivas de Estado, são executadas por agentes públicos profissionais, selecionados com as exigências que são imprescindíveis para o desenvolvimento das respectivas atribuições e geralmente nomeados em definitivo (estabilidade), por seus próprios méritos.

Ainda, em um processo eletivo, o cidadão se inscreve e, assim, coloca o seu nome sob a apreciação de quem tem o poder de fazer a escolha: o povo. Para determinados cargos da estrutura da administração estatal, a exemplo das carreiras exclusivas de Estado, esse processo de escolha pode recair em um leigo que terá dificuldade no exercício de suas atribuições, em função da complexidade que envolve as mesmas.

Pelo exposto, no que concerne aos postos-chaves que requerem profissionais gabaritados para bem desempenhar o *múnus público* (v.g., Magistratura, Ministério Público, Administração Tributária, Planejamento e Orçamento, Diplomacia, Polícia), essa importante decisão, pelo menos no momento atual vivenciado no Brasil, não deveria ficar sob a responsabilidade do povo, haja a vista a existência de outros mecanismos democráticos de recrutamento mais consentâneos com as atividades a serem desenvolvidas por membros integrantes das carreiras estruturantes do Estado.

No entanto, a eleição é um processo democrático por excelência, por meio da qual a sociedade participa efetivamente da administração, com possibilidades de

influenciar os caminhos a serem trilhados por esta. Assim, a escolha dos que vão gerenciar a administração é de ordem política.

O grande desafio para viabilizar o processo de escolha por meio da eleição popular é capacitar o povo para fazer a melhor opção. Além da educação de qualidade deve-se reduzir, sem perder de foco a meta de eliminar, as influências dos aspectos econômicos e sociais que normalmente refletem sobre a opção a ser exercida pelos cidadãos quando do momento sagrado do exercício do voto. Isso ocorre porque os detentores do poder, i.e., os políticos profissionais trabalharão para cooptar o povo para renovação continuada dos mandatos. (MENEGALE, op. cit.).

Ao atingir-se esse nível de qualificação e de consciência da importância desse processo decisório, caberá à população, portanto, resolver o problema político e também o técnico social, de modo a fazer chegar ao poder e aí se manter, se assim o desejar, apenas os quadros mais capacitados, com o emprego do processo eleitoral.

As possibilidades de participação direta do povo nas tomadas de decisões são ampliadas a cada dia que passa, principalmente com a aceleração da informatização e o uso de equipamentos que facilitem a adoção desse caminho democrático. Em tese, esse é o futuro da democracia: o cidadão diretamente no comando, atuando em importantes questões, quase que em tempo real. (BONAVIDES, 2008).

Enquanto isso não acontece, resta alternativa igualmente democrática, o concurso público, que também deverá ser fortalecido com um maciço investimento em educação para dotar os candidatos de conhecimentos para competirem igualmente com os demais cidadãos, quanto do processo seletivo para acesso aos cargos de poder estatal, haja vista que, no momento, o sistema eleitoral talvez não seja o mais adequado para ser empregado no Brasil para o acesso aos cargos estatais, mormente para as carreiras consideradas típicas de Estado, pois as condições apontadas acima para tal desiderato ainda não foram satisfeitas.

### 1.1.6 Nomeação

Remanesce agora conhecer alguns detalhes da última modalidade de recrutamento: a nomeação. Na expressão de Menegale (op. cit., p. 151), diz-se que a nomeação pode ser classificada em direta ou por concurso.

Na maioria dos países em que foi instituído o Estado Democrático de Direito, procurou-se “adotar a nomeação como norma geral de investidura nos cargos públicos”, com destaque para as seguintes características: a) pode caber livremente ao poder executivo; b) pode depender da fixação de um mínimo de capacidade intelectual presumida; c) pode subentender formação científica, acadêmica ou prática do candidato, em cursos e/ou atividades especiais; d) pode subordinar-se a concurso de provas e títulos. (MENECALE, loc. cit.).

Ao comparar a burocracia coreana com a mexicana, Kim Byung-Kook (apud EVANS, 1996, p. 540) ressalta que enquanto o México ainda tem de institucionalizar o recrutamento por concurso para o setor público, “no Estado coreano as provas meritocráticas para o serviço público vêm sendo realizadas para recrutar encarregados desde 788 d.C, por mais de mil anos”.

Para evitar ao máximo o arbítrio do Poder Executivo, na França a regra do Direito Administrativo para acesso aos cargos públicos é a da nomeação após a aprovação em concurso público. Ainda, registrou-se que as regras de exceção eram normalmente dilatadas, com a indicação de abuso e de “perigo da instituição de um mandarinato na administração francesa”, podendo “incrementar o favoritismo e subtrair o serviço às diretrizes exigidas pelo interesse público”. (MENECALE, op. cit., p. 152).

Nessa direção, se o interesse público reclama que as funções de poder estatal sejam exercidas por pessoas capazes, a lei pode impor ao candidato a posse de graus universitários, exercício anterior de outras atribuições etc. para, regra geral, estarem aptos a participar do certame seletivo e serem aprovados em concurso público.

No expressar do citado autor (op. cit., p. 151), o afastamento do processo concorrencial para a nomeação direta ou pessoal é considerada, e com toda a razão, arbitrária. De igual modo, não faltam “objeções à excelência do ‘concurso’ como sistema de nomeação”. Primeiro, argumenta-se ser difícil “encontrar julgadores

competentes e imparciais”. Depois, “se é difícil avaliar a capacidade intelectual do candidato”, pior ainda “é aferir-lhe valor moral. Demais, o candidato pode provar, no concurso, capacidade teórica e falhar como capacidade prática.”

Mesmo reconhecendo que o sistema do concurso público não é perfeito, nas lições de MAURICE CAPART (Le Statut des Agents de l' État, 34, apud MENEGALE, op. cit., p. 153), “nenhum outro se concebeu que o sobreleve em vantagens”. Nada melhor, portanto, que “uma série de providências bem inspiradas” para “reduzir as objeções ao concurso, cujo processo, não sendo indefectível, é, contudo, aquele que mais coarcta a discricionariedade da nomeação pessoal.”

Além do aspecto discriminatório e patrimonialista da nomeação pessoal, um concurso público bem elaborado tem as vantagens de melhor aferição das qualidades técnicas, habilidades e conhecimentos necessários para o bom desempenho das atribuições a serem exercitadas quando da titularização no cargo estatal. Então, acrescenta Capart (loc. cit.):

Ademais, sem atentarmos ao mecanismo dos concursos, ao sistema de provas e ao cabedal de conhecimentos a exigir dos candidatos, parece-nos de vantagem firmar o princípio superior de que o concurso deverá, sempre, visar à apreciação das aptidões intelectuais dos concorrentes e do grau de formação de seu espírito.

Por fim, Cretella Júnior (op. cit., p. 458-459) deixa o concurso apartado e faz uma separação das espécies de nomeação, classificando-as em:

a) livre nomeação absoluta: “forma de designação para o cargo público “efetuado por um só indivíduo, sem a interferência de qualquer poder.”

Esta é a maneira em que a autoridade governamental reveste-se do poder discricionário para escolher alguém para ocupar um ofício público. De acordo com Tourinho (op. cit., p. 13) “esse modo discricionário de escolha, que muitas vezes pode beirar a arbitrariedade, ainda hoje é utilizado por muitos países”.

Por outro lado, não se pode olvidar da necessidade da reserva de uma parcela dos cargos de confiança para serem ocupados através da escolha pessoal dos governantes, principalmente no que se refere ao planejamento das macropolíticas públicas de governo ou ao desenvolvimento de atividades que, no entendimento do detentor do poder momentâneo, requer um profissional específico, de modo a não ficar totalmente vinculado e dependente daqueles que estão nos

postos de carreiras estatais, que, pelo corporativismo, podem boicotar os planos daqueles que foram escolhidos pelo povo.

Nesse sentido, também não seria desejável para a Democracia o extremo apontado por Maia e Queiroz (op. cit., p. 4), onde relembram que na época do Império no Brasil, quase todos os cargos “públicos do Reino eram exercidos a título de delegação do Imperador, cuja nomeação e exoneração estavam atreladas à pura conveniência estatal”.

b) livre nomeação relativa: “ao contrário da livre nomeação absoluta que se perfaz por um ato administrativo simples”, este sistema requer um ato administrativo complexo, que, para se tornar perfeito e acabado, necessita da manifestação de vontade ou da aprovação de outro poder.

Gasparini (2007) comenta que este tipo de nomeação é utilizado no Brasil e cita o exemplo da lista composta por nomes previamente selecionados por determinados órgãos (v.g., Procurador-Geral do Ministério Público), para posterior escolha e nomeação por parte do Poder Executivo.

O mesmo acontece, por exemplo, com a escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal, Diretores do Banco Central do Brasil e dirigentes das Agências Reguladoras, agora sendo indicados pelo Presidente de República, para posterior sabatina e aprovação pelo Senado Federal (CF/88, art. 84, XIV).

c) concurso: é o processo mais comum para recrutamento e de provimento da maioria dos cargos públicos brasileiros. É um conjunto complexo de atos e de procedimentos para aferir se as pessoas que se candidataram ao acesso aos cargos e empregos públicos estão aptas, se possuem os requisitos para participarem da competição, ou se estão preparadas devidamente para a “obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos e atividades a julgamento de comissão examinadora”. (CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 460).

Vários autores enaltecem a importância e definem o concurso público como uma forma complexa, porém inteligente, de seleção de candidatos que se encontram em uma mesma situação de igualdade perante o edital do certame e que é o modelo mais igualitário para recrutar os melhores quadros, com base em seus talentos e virtudes, por meio de um procedimento sério e com base na competitividade, privilegiando assim a meritocracia. (ROCHA, 1989, p. 161-162; MEIRELLES, 1991, p. 370; SILVA, 1991, p. 491; SOUSA, 1994, p. 42; EVANS, op. cit., p. 540 e 543; MOREIRA NETO, 1997, p. 194; BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 193; FERNANDES,

1998, p. 5-6; MOTTA, 2004; SILVA, 2004, p. 26; BARROS, 2007, p. 13; FREITAS, 2007b, p. 211; GASPARINI, op. cit., p. 20-21; MOTTA, 2007, p. 184).

Ainda, pode-se extrair das lições dos aludidos mestres que o concurso público é a forma mais democrática de seleção, ao primar pela possibilidade de atração e conquista dos melhores e mais competentes cidadãos para atuarem na estrutura do poder estatal por intermédio da ocupação de cargos e empregos públicos, tendo como norte a elaboração, o desenvolvimento e controle das políticas públicas de interesse da coletividade.

Além de satisfazer a vários princípios constitucionais, inclusive àqueles considerados fundamentais ao desenvolvimento do ser humano, *v.g.*, direito à igualdade, a um trabalho digno, principalmente em um mundo em que a precariedade ainda prevalece nas relações empregatícias, submeter-se a um processo seletivo para ingresso ou admissão ao serviço público atende também à meritocracia e especialmente aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Finalmente e de forma resumida, colhe-se dos postulados dos referidos autores quatro razões fundamentais a favor da opção de recrutamento para ocupação de postos estatais por meio do concurso público previsto no art. 37, inciso II, da CF/88:

Primeira: evita o patrimonialismo ou o favorecimento de afilhados ou de terceiros próximos aos políticos, o que ocorre em detrimento daqueles que, embora capazes, não tenham aproximações com o gestor público ou com o governante e não possam beneficiar-se de seus favores, mormente quando não contribuíram na campanha eleitoral.

Em segundo lugar, privilegia o mérito, apurado e comprovado de maneira impessoal, observando-se as normas comezinhas da igualdade de oportunidades, legalidade, correção, decência e transparência das efetivas pretensões dos governantes.

Terceira: demonstra aos governantes os seus limites, por força de vedações constitucionais expressas, para fazer eventuais transformações ou reestruturações nas carreiras e cargos estatais, como forma de driblar o amplo e universal processo seletivo.

E a quarta, por fim, assegura a lealdade ao Estado-administração, na medida em que o administrador só convocará os mais capazes, que demonstrarem aptidão para o exercício das atribuições, autoridade e responsabilidades inerentes ao cargo

e ao serviço público que passará a desenvolver, rejeitando-se, por ora, os que não preencherem tais requisitos.

## 1.2 HISTÓRICO DO ACESSO AOS CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS NO BRASIL

Segundo Frei Vicente do Salvador (apud CARVALHO, 2008, p. 23), em sua *História do Brasil, 1500-1627*, a situação da cidadania na Colônia pode ser assim resumida: “Verdadeiramente que nesta terra andam as coisas trocadas, porque toda ela não é república, sendo-a cada casa”.

Carvalho (op. cit., p. 23-24) assevera que no período colonial não havia República no Brasil, porque não havia sociedade política:

[...] não havia ‘repúblicas’, isto é, não havia cidadãos. Os direitos civis beneficiavam a poucos, os direitos políticos a pouquíssimos, dos direitos sociais ainda não se falava, pois a assistência estava a cargo da igreja e de particulares.

O processo evolutivo do acesso aos cargos e empregos públicos no Brasil passa por diversos momentos históricos.

A administração colonial portuguesa era exercida em conluio com os grandes proprietários (CARVALHO, op. cit, p. 21-22) e a autoridade máxima nas localidades eram os capitães mores das milícias, cuja escolha dos mesmos ficava por conta dos representantes da grande propriedade. Os impostos eram frequentemente arrecadados por contratos entre particulares.

Assim sendo, os senhores, detentores das grandes propriedades e também dos escravos, “absorviam parte das funções do Estado, sobretudo as judiciárias”. Se a justiça era mais uma propriedade dos “senhores feudais”, a consequência dessa posse é a ausência de direitos civis, e, desse modo, não se podia falar em cidadania naquela época, pois

[...] em suas mãos, a justiça, que, como vimos, é a principal garantia dos direitos civis, tornava-se simples instrumento do poder pessoal. O poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas. A justiça do rei tinha alcance limitado, ou porque não atingia os locais mais afastados das cidades, ou porque sofria a oposição da justiça privada dos grandes proprietários, ou porque não tinha autonomia perante as

autoridades executivas, ou, finalmente, por estar sujeita à corrupção dos magistrados. (CARVALHO, loc. cit.)

Desde a época do Brasil Colônia havia um claro conchavo na escolha dos ocupantes dos cargos públicos ou essa opção era realizada por livre arbítrio do Imperador, em que se confundia a vontade deste com a do próprio Estado e, por sua vez, com a vontade e o interesse coletivo ou da sociedade, equiparando-se à sistemática atual de preenchimento dos cargos em comissão e funções de confiança.

No período que vai da Constituição Imperial até a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, era natural a ocupação das vagas nos cargos e empregos públicos por força de indicação política ou de proximidade com os detentores do poder.

Mesmo assim, Rocha (1999a, p. 152) esclarece que no sistema constitucional brasileiro o princípio do acesso aos ofícios públicos “foi incluído entre as normas declaratórias de direitos fundamentais [...]: a Monárquica, de 1824, e a primeira da República, de 1891”.

Ao realizar uma “análise histórico-constitucional” do instituto do concurso público, nota-se que as Constituições de 1824 e 1891 mencionam a possibilidade de acesso aos cargos do poder estatal, mas não traziam qualquer previsão de processo seletivo para tanto. (TOURINHO, op. cit., p. 9).

É o que pode ser constatado nas letras do art. 179, inciso XIV, da Carta Maior do Brasil, datada de 25 de março de 1824, a primeira de uma série, em que repetia, quase que literalmente, o texto inserido na Declaração francesa de 1789: “Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos, ou militares, sem outra diferença, que não seja a de seus talentos e virtudes”.

Mafera Filho (2008, p. 6), entende que os funcionários públicos passam a ser considerados como cidadãos que prestam serviços à coletividade, como uma maneira louvável de exercício da cidadania:

Agora, os que outrora eram súditos passaram a ser considerados cidadãos. Neste contexto, os serviços prestados pelo funcionário ao Estado passam a ser vistos como a mais alta forma pela qual se desempenha a cidadania.

Ressalte-se, contudo, que no Brasil pode-se ler como talentos e virtudes o estabelecimento de boas relações pessoais com os detentores do poder estatal. E isto será mais enfatizado adiante.



Note-se que o termo empregado na referida Declaração diz respeito a uma faculdade (pode) e não a uma imposição (deve), pois o cidadão pode (e não deve) ser admitido aos cargos públicos. Ainda, de acordo com o art. 48, 5º da Suprema Carta de 1891, a competência para prover os ofícios civis e militares de caráter federal, era privativa do Presidente da República, “salvo as restrições expressas na Constituição”.

Porém, o inciso anterior (XIII) da Constituição de 1891 contém o registro do princípio da igualdade e privilegiava o merecimento, ao estatuir que “a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. (TOURINHO, op. cit., p. 9).

Ainda, a Constituição Republicana de 1891 também inseriu o princípio da acessibilidade no título IV (Dos Cidadãos Brasileiros), seção II (Declaração de Direitos), onde rezava no art. 73 que “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”. (MAIA e QUEIROZ, op. cit., p. 6-7).

Como visto, quando da proclamação da República e da promulgação da primeira Carta Constitucional em 1891, foi mantido o sistema e a natureza discricionária de contratação e exoneração de servidores públicos.

A subjetividade para contratação e exoneração inserida nas Constituições brasileiras de 1824 e de 1891 ficava também por conta da interpretação arbitrária das autoridades constituídas, quando da responsabilização dos agentes públicos por abusos e omissões incorridos no exercício das atribuições inerentes ao ofício (1824, art. 179, XXIX; e 1891, art. 82), pois, como afirmado, não existia nestes dois textos constitucionais nenhuma previsão de estabilidade no cargo.

Outrossim, as sucessivas leis instituídas (v.g., Leis nº 261, de 3/12/1841 e nº 2.033, de 20/09/1871) deixavam ao livre arbítrio do imperador fazer as nomeações de Juízes, Promotores, Chefes de Polícia etc., para compensar a lealdade e os apoios recebidos (reciprocidade) e isto era feito com a distribuição de títulos de nobreza e com a designação para assunção de cargos públicos.

Diante do exposto, entre 1824 e 1891, para laborar na atividade estatal e exercer uma das atividades mais importantes da estrutura do Estado (função jurisdicional) era necessário ter somente o título de bacharel. A escolha subsequente cabia ao Imperador, ao Governador ou ao Presidente das Províncias, conforme o

caso. Não existia processo seletivo para aferir a capacidade técnica ou intelectual para o exercício das atribuições vinculadas ao ofício.

Nesse diapasão, reitere-se, os servidores públicos nesta época não tinham estabilidade e as substituições eram feitas ao bel prazer dos detentores do poder, com base na mera conveniência das autoridades de plantão.

Maia e Queiroz (op. cit., p. 7) trazem à tona algumas das normas esparsas que foram publicadas nesse período “que previam forma imparcial para acesso aos postos públicos” e cita como exemplo o Decreto Imperial n. 25, de 12/08/1833, considerado pelo citado autor como o “*marco histórico do concurso público no Brasil*” ao determinar “sobre a forma dos exames para o gráo de Doutor e provimento das cadeiras de Lentes, nos Cursos Jurídicos de Olinda e São Paulo”.

Afirmam ainda (loc. cit.) que o art. 2º do mencionado Decreto estatuiu que “a aprovação tanto para gráo de Doutor, como para ser este provido em concurso de Cadeiras, será feita por maioria dos votos dos Lentes assistentes [...]”.

Por outro lado, a partir da Lei Maior de 1934 foi estabelecido um mecanismo supostamente imparcial para o provimento de cargos públicos de carreira, ao estatuir no parágrafo 2º do art. 170 que “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas e títulos”.

Percebe-se que a previsão de concurso é apenas para a primeira investidura e também restrita para os postos ou cargos de carreira, v.g., diplomacia. Para os outros postos que não estivessem escalonados em carreiras, a exigência do concurso ficava na dependência de disciplinamento por meio de lei.

Nesta direção, “os demais cargos constantes de sua estrutura administrativa eram providos de forma derivada, vale dizer, por intermédio de sucessivas promoções verticais”, sem nenhuma necessidade de certame seletivo público. (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 8).

Verifica-se que a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar da estabilidade dos funcionários públicos (art. 169), demonstrando o que estaria por vir em termos de mudança para uma administração pública burocrática e menos patrimonialista.

No que concerne especificamente às reformas administrativas promovidas na esfera pública brasileira, Pinho (1998, p. 60) afirma que “os estudos de reforma da administração pública” teve início em 1933, época do governo provisório de Getúlio Vargas, que culminou “com a criação do DASP (Departamento de Administração do

Serviço Público) instituído em 1938 [como parte do “Estado Novo”], apontada como a implantação de uma burocracia de tipo Weberiana no Brasil.”

Infelizmente, a estratégia de “bolsões de eficiência” apresenta, segundo Evans (loc. cit.), uma série de desvantagens, visto que os mesmos, regra geral, estão cercados por um mar de normas clientelistas tradicionais e a permanência desses “bolsões de eficiência” dependem de proteção especial dos presidentes que os instituiu, como ocorreu com o declínio da eficácia do referido DASP, a partir do momento em que não mais tinha o apoio do mencionado presidente.

Nas palavras de Pinho (op. cit., p. 62), “as mesmas mãos que queriam ser weberianas não conseguiam, ou não podiam resistir ao poder histórico do patrimonialismo”. E adiciona:

Construímos assim um híbrido administrativo onde convivem uma estrutura meio weberiana e a sólida estrutura patrimonialista ainda que esta se atualize, se transmute para ficar contemporânea. Evidentemente esse sistema exhibe alto grau de promiscuidade com a interpenetração de uma esfera pela outra, onde a estrutura weberiana, ou já meio weberiana é contaminada e se deixa contaminar pela patrimonialista e esta pode ter uma face, uma aparência weberiana.

Couto (1993, p. 116) corrobora com esse entendimento sobre o modelo daspiano ao afirmar que se trata de um modelo híbrido presente até hoje na administração brasileira, pois, por um lado, “promoveu a implementação de uma burocracia de moldes weberianos na administração direta”, e, de outro, a sua “interconexão com o sistema político autoritário e racionalizador se deu em meio a uma realidade social e política na qual ainda se mantinham fortemente relações de cunho patrimonialista.”

Por fim, Martins (1997, p 18, apud PINHO, loc. cit.) pontua que, para alguns, esse sistema “era uma obra do Estado Novo e só existia por conta deste”. No entanto, ‘a queda da ditadura Vargas e a democratização do Brasil em 1945 não ajudaram muito a modernizar a administração pública como um todo’.

No mesmo sentido das normas anteriores, as Constituições de 1937 (art. 156, letra “b”) e de 1946 (art. 186) inseriram no seu texto a previsão de que a primeira investidura em cargos de carreira deveria ser feita mediante concurso. Não diz que tipo de concurso e também transfere para, mediante lei, a possibilidade de outros cargos (que não apenas os de carreira) sejam selecionados por meio de concurso.

Sem embargo do inegável conteúdo democrático e moralizador desses dispositivos Constitucionais, cumpre reconhecer que esse postulado ao limitar a aplicabilidade do concurso aos cargos de carreira e a outros que a lei determinasse, retirou-lhes a eficácia plena, permitindo a criação de ofícios isolados ou a transformação de cargos de carreira em postos isolados. “Também as nomeações de interinos e a adoção do ‘concurso de inscrição ilimitada’ contribuíram para solapar a força normativa da regra constitucional”. (Supremo Tribunal Federal - STF. Repres. 1313/MS, Rel. Min. Moreira Alves – D.J. de 29.05.92, Ementário 1663-2).

Nessa linha, é correta a afirmação de que a brecha continuava aberta, pois os governantes, querendo, poderiam instituir leis criando cargos isolados (não escalonados em carreira, portanto) ou transformar ofícios de carreira em cargos isolados, situação que, praticamente, poderia esvaziar o processo seletivo via concurso universal ou beneficiar o empreguismo público. (BRESSER-PEREIRA, 1998).

Registre-se também que a previsão era de concurso de provas ou títulos, “o que possibilitava a seleção dos candidatos com base exclusiva em títulos”. (MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 9).

Ainda no que concerne ao modelo daspiano, pelo fato de ter sido contaminado pelo patrimonialismo, não é possível dizer que se refere ao modelo burocrático clássico tradicional, preocupado com a simples gestão das funções típicas de Estado.

Dando seqüência a esse relato, Martins (1997, p 18, apud PINHO, loc. cit.) pontua que, para alguns, esse sistema “era uma obra do Estado Novo e só existia por conta deste”. No entanto, ‘a queda da ditadura Vargas e a democratização do Brasil em 1945 não ajudaram muito a modernizar a administração pública como um todo’.

No entanto, a grande inovação se verificou somente com a promulgação da Lex Suprema de 1967 (art. 95, § 1º), onde passou a ser exigível o concurso público para todos os cargos públicos (e não apenas para os de carreira) e para qualquer que fosse a investidura (e não somente para a primeira, com rezava as anteriores).

Nesse momento é que surge a expressão “concurso público”. Antes, a menção era restrita a “concurso”. A partir deste momento, também acabou a possibilidade de recrutamento de servidores estatais apenas com base nos títulos,

consoante previsão nos regramentos constitucionais referidos nas linhas antecedentes.

Essa enorme evolução introduzida pela Lei Maior de 1967 durou pouquíssimo tempo, posto que a regra do concurso público para qualquer investidura e não apenas para a primeira, como já mencionado, foi alterada pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (EC 1/69) que retoma (art. 97, § 1º) a exigência de seleção universal tão-somente para primeira investidura.

Por outro lado, manteve a obrigatoriedade do certame seletivo para todos os cargos públicos (e não somente os de carreira) e a necessidade de concurso público de provas e títulos. No entanto, como a exigência de seleção pública (provimento originário) era exclusivamente para a primeira investidura, não impediu a ocorrência dos provimentos derivados ou as famosas segundas ou mais investiduras (ascensão, enquadramento, transformação, transposição, transferência, aproveitamento e unificação de e entre cargos e carreiras).

Todavia, com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte em 1988, quando do recente retorno do Brasil a um regime democrático, um dos objetivos traçados foi desvencilhar o País das excrescências herdadas, em termos de procedimento seletivo do regime militar.

Houve, por exemplo, na época da Constituinte, muita discussão para a retirada do termo “primeira” que antecedia a palavra “investidura”. Para tal finalidade, vasculhando-se os anais da Constituinte, constata-se que esse era o desejo do legislador constituinte originário, de acordo com a justificativa apresentada em 11.07.88 na Emenda Supressiva 2T00736-1, de autoria do Deputado José Paulo Bisol e endossada pelo também Deputado Nelson Jobim:

Suprima-se, no artigo 38, II, a expressão 'primeira'.

JUSTIFICATIVA

O texto, da forma como se encontra redigido, permite o ingresso no serviço público através de um concurso público para carreiras cujas exigências de qualificação profissional sejam mínimas como mero trampolim para, por mecanismos internos muitas vezes escusos, se atingir cargos mais especializados.

Da mesma forma, por este dispositivo, nada impede que alguém ingresse no serviço público em um [cargo] órgão 'X', onde não há grande concorrência, e isso sirva como justificativa para admissão em outro [cargo] órgão sem qualquer concurso.

Com esse desiderato, reconhecendo que a forma de concurso público apenas para a primeira investidura havia se tornado um singelo mecanismo de

“apadrinhamento”, pois eram criados novos cargos efetivos (mais nobres e com melhores remunerações) e aproveitados nestas funções os compadres e protegidos dos detentores do poder dominante à época, os constituintes aprovaram a mudança da regra ao consignar no corpo da Carta de 1988 (art. 37, caput, e incisos I e II) que qualquer que seja a investidura (não apenas a primeira) em cargo ou emprego público (isolado ou de carreira) depende de lograr êxito em processo seletivo, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos.

Nesta toada, cabe atentar ainda para a legalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência e a vinculação do Estado e do Administrado ao edital do concurso público, princípios estes inarredáveis e que devem nortear todos os atos da Administração Pública, mormente no que concerne ao recrutamento de pessoal. (MOTTA, 2004, 2006).

Isto posto, é importante trazer à baila trechos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), considerada modelo referencial em questões envolvendo concurso público, através do excerto do voto do Ministro Moreira Alves, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 231, publicada no Diário do Judiciário de 13-11-1992, p. 20848: “[...] O elemento histórico indica que a intenção da retirada do adjetivo 'primeira' foi impedir práticas abusivas, feitas por vias de provimentos derivados como a ascensão e a transferência”,

[...] com base no dispositivo maleável contido no § 1º do artigo 97 da Emenda Constitucional nº 1/69.

E, com essa supressão, alterou-se, de modo profundo a exigência de concurso público para a investidura em cargos públicos. O inciso II do artigo 37 da Constituição não mais apresenta os dois fatores de afrouxamento do moralizante princípio administrativo da necessidade de concurso público para o provimento de cargos públicos que se encontravam na Emenda Constitucional nº 1/69: a referência à PRIMEIRA investidura em cargo público e a possibilidade de a lei estabelecer exceções à exigência de concurso público para esta primeira investidura.

Esclarece o referido Ministro, fazendo-se a ressalva para os cargos em comissão declarados por lei de livre nomeação e exoneração, que o critério do mérito aferível por certame seletivo “de provas ou de provas e títulos é, portanto, no atual sistema constitucional, [...] indispensável para o provimento de cargo ou emprego público isolado ou de carreira”. E acrescenta que

Para o [cargo] isolado, em qualquer situação, para o [cargo] em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso

público de provas ou provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subseqüentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a 'promoção'.  
Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso [...].

O Ministro Gallotti destaca a importância dessa decisão ao esclarecer que a circunstância de cuidar-se de um segundo provimento, também conhecido como provimento derivado, essas modalidades (ascensão, transferência, transformação, transposição, enquadramento, aproveitamento, reordenamento, reestruturação etc.) perdem significado quando se atenta para que o texto do art. 37, II, da Constituição de 1988, não mais restringe a exigência do concurso para a primeira investidura, como sucedia na Carta revogada, em seu art. 97, § 1º. Essa importante evolução foi bem ressaltada pelo Ministro Moreira Alves, no relatório da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 231, acima transcrito. (Supremo Tribunal Federal – STF, ADI 266, p. 23, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 06.08.1993).

Reforçando o abordado supra, Mello (1991, 2008, 2009) nos ensina que a existência de formas de provimento derivado previstas expressamente na Magna Carta e mencionadas no relatório da aludida ADI 231, de modo algum significa abertura para manipular-se o sentido próprio do concurso público. Como este é sempre específico, para dado cargo, inserto em carreira certa, quem nele se investiu não pode depois, sem nova seleção pública, ser trasladado para ofícios de carreira diversa ou de outra carreira melhor redistribuída ou passar a exercer encargos ou atribuições mais nobres ou elevados, por meio da transformação dos mesmos.

Ainda, ao defender a importância do concurso para o exercício da cidadania, como forma de eliminação dos provimentos derivados que burlam o certame coletivo, ressalta que este execrável expediente a que se alude foi algumas vezes adotado, no passado, sob a escusa de corrigir-se desvio de funções ou com arrimo na nomenclatura esdrúxula de transposição ou de transformação de cargos. Corresponde, na verdade, a uma fraude manifesta ao concurso público. É o que permite que candidatos singelos, destinados a cargos de modesta expressão - e que se qualificaram tão-somente para eles - venham a ascender, depois de aí investidos, a postos outros, para cujo ingresso se demandaria sucesso em competições de dificuldades muito maiores, disputados por concorrentes de qualificações bem mais elevadas. (MELLO, op. cit.).

Verifica-se, diante do exposto, que ficaram sem sentido eventuais controvérsias, por acaso ainda remanescentes, quanto ao alcance do dispositivo constitucional atinente ao concurso público, pois o Supremo Tribunal Federal (STF) cristalizou a tese de incompatibilidade dos vários institutos caracterizadores de provimento derivado, a exemplo da ascensão funcional, transformação, transposição, transferência e enquadramento, tendo em vista que a CF/88 não restringiu o certame seletivo à primeira investidura, como ocorreu nos diplomas Constitucionais que antecederam a atual Carta Política.

Diante das reiteradas decisões no mesmo sentido, o STF editou, na sessão plenária de 24/09/2003 a Súmula 685, que tem o seguinte teor:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Então, como o cerco ao “empreguismo público” foi-se consolidando, os governantes procuraram outros meios de driblar o instituto do concurso público, tais como o abuso nas nomeações para cargos de confiança sem os requisitos expressos na CF/88, contratações temporárias para o exercício de funções de caráter permanente, terceirizações ilícitas, reestruturações nas carreiras, dentre outros.

### 1.3 MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUA RELAÇÃO COM AS FORMAS DE INGRESSO NO ESTADO

Na Administração Patrimonialista o Estado era entendido como propriedade do Rei. O nepotismo, o clientelismo e o empreguismo, inclusive as corrupções eram a norma. Assim, a Administração Pública Burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos.

Tornou-se, portanto, imperativo desenvolver um tipo de administração que fizesse o divórcio entre o político e o administrador estatal, além de uma distinção nítida entre o público e o particular. Nesse sentido, surge a administração burocrática racional-legal.



Mostrava-se esta última ser uma opção melhor que a administração patrimonialista, visto que administração pública burocrática tinha a eficiência incluída entre os seus pressupostos. No entanto, na prática verificou-se que isso não se efetivou, pois inexistia a desejável rapidez, qualidade e custo baixo na execução dos serviços prestados aos cidadãos. Surge, enfim, a Administração Pública Gerencial como uma forma de suprir essa lacuna e, logo a seguir, a Administração Pública Societal que possibilita a participação mais ativa dos cidadãos nas decisões políticas.

### **1.3.1 Administração pública patrimonialista**

Na Idade Média a economia era caracterizada e identificada em bloco pelo feudalismo, que residia “na propriedade dos meios de produção”. “Idade Média e feudalismo, reduzido este, fundamentalmente, a uma forma de trabalho, se confundem”. (FAORO, op. cit., p. 34-37).

Faoro afirma (loc. cit.) ser “patrimonial e não feudal o mundo português, cujos ecos soam no mundo brasileiro atual”. Portugal, portanto, não conheceu o feudalismo, pois este regime esteve ausente das terras lusitanas.

No sistema patrimonial, portanto, “ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano”. (FAORO, loc. cit.).

Cabe ressaltar, contudo, nas lições de Campante (2003, p. 182-183) que “patrimonialismo é um conceito referente ao poder estatal. É preciso haver um Estado para haver patrimonialismo”. Sendo esta uma assertiva verdadeira, “antes de 1808, patrimonialista, em sentido estrito, era o Estado português; a sociedade brasileira era patriarcal. Estado brasileiro não havia”.

Holanda (1995, p. 17 e 145) relata a dificuldade dos detentores do poder estatal “compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público, pois no Brasil imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal”, onde o “homem cordial” era o símbolo, i.e., a marca pessoal e familiar,

das afinidades nascidas na intimidade dos grupos primários, pois o “cordial” diz respeito à esfera do íntimo, do privado, do familiar ou da benevolência.

O uso do termo “patrimonialismo” é originário dos escritos de Max Weber. O mesmo foi utilizado para caracterizar uma forma específica de dominação política tradicional em que a administração pública é exercida como patrimônio privado do chefe político. (HOLANDA, op. cit., p.17).

No sistema patrimonialista, portanto, prevalece o troca-troca de favores ou a reciprocidade, onde os chefes municipais e os próprios funcionários, inclusive os cargos estaduais e federais, eram escolhidos pelos “coronéis” ou pelos chefes políticos, de acordo com as relações de parentesco, amizade, dotes pessoais ou pelos conchavos. Dessa maneira eram ocupados os cargos de coletor – atual auditor fiscal -, professor, promotor público, serventuário da justiça, altos cargos das autarquias etc.

Ainda, essas dádivas não se esgotam no aspecto pessoal. A preferência governamental era clara quando se referia a destinação de recursos para construção de estradas, escolas, hospitais, saneamento básico etc., pois limitava-se aos municípios cujos governantes fossem amigos dos “coronéis”, contribuindo relevantemente para manter o “coronelismo” na sua expansão governista. De igual modo, são os cofres públicos (municipais, estaduais e federais) que costumam socorrer os candidatos governistas em períodos eleitorais. (LEAL, op. cit., p. 66-67).

No que concerne ao domínio patrimonial, este era constituído pelo estamento que se apropriava das “oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado”. (FAORO, op. cit., p. 823).

O patrimonialismo, esclarece referido autor (op. cit., p. 102 e 830), é como uma organização política básica que se fecha sobre si mesma com o estamento, sendo este entendido como “a elite política do patrimonialismo [...]”, ou seja, “é o extrato social com efetivo comando político, numa ordem de conteúdo aristocrático”, de caráter marcadamente de apropriação do ofício carregado de poder próprio e que “as subvenções, os ordenados, as pensões devoravam o Estado para o proveito ostentatório da fidalguia, da fidalguia encasulada no cargo público”.

Nesse sentido, o patrimonialismo pulveriza-se de modo a converter o agente público num cliente, dentro de uma extensa rede clientelista. “O coronel utiliza seus

poderes públicos para fins particulares, mistura, não raro, a organização estatal e seu erário com os bens próprios”. (FAORO, op.cit., p. 718).

Evans (op. cit., p. 532-533) corrobora que no patrimonialismo (ou no Estado predatório) a relação de troca entre ocupantes de cargos e apoiadores é a essência da ação do Estado. Os primeiros (ocupantes de cargos) necessitam de apoiadores políticos para sobreviver e os últimos (apoiadores), por sua vez, deve receber incentivos suficientes para evitar que o apoio que tem se desvie para outros. Assim, os ocupantes de postos públicos podem distribuir recursos diretamente aos apoiadores, ora mediante subsídios, empréstimos, empregos, contratos ou fornecimento de serviços, ora usando sua autoridade regulamentadora para criar rendas para grupos privilegiados pela restrição da capacidade de atuação das forças do mercado.

Por outro lado, os ocupantes de cargos podem cobrar uma parcela da renda para si próprios, hipótese em que fica caracterizada que a competição pelo ingresso no serviço governamental é, em parte, uma competição por rendas. Ainda, a “orientação para a renda”, conceituada em termos mais primários como “corrupção”, tem sido uma faceta bem conhecida desses Estados. (EVANS, loc. cit.).

Matias-Pereira (2008, p. 111) adverte que na “vigência do Estado absoluto”, a administração poderia ser patrimonial, pois não tinha nenhuma necessidade de os monarcas separarem os seus bens do patrimônio público. Por outro lado, com o surgimento do Estado liberal e as concomitantes conquistas políticas e sociais por parte da população, essa separação era um imperativo, pois os cidadãos tinham obrigações como o pagamento de impostos e direitos ou garantias, a exemplo de igualdade e liberdade.

Por fim, Albuquerque (1995, p. 134-145), faz um esboço da arqueologia e história do patrimonialismo no Estado brasileiro, que pode ser assim resumido: o patrimonialismo no Brasil tem origem lusitana, i.e., raízes ibéricas (1139-1500), e fora implantado pelo Estado colonial português (1500-1822) por meio de concessões de títulos aos apaniguados, distribuição de terras e de atribuição de poderes quase absolutos aos senhores beneficiários dessas benesses, situação esta que ainda perdura na prática político-administrativa do nosso país, em que o público e o privado não se distingue perante as autoridades.

Nesse sentido, todos esses procedimentos adotados pareciam ser simplesmente "naturais" e com o sentido de perpetuação, pois teve início no período

colonial, perpassando pelo período Imperial (1822 - 1889) e chegando mesmo à República Velha (1889 - 1930), que, em todos esses momentos históricos, fica patente a confusão entre o público e o privado.

Mesmo com a democracia, que somente pode existir quando a sociedade civil, formada por cidadãos, distingue-se do Estado ao mesmo tempo em que o controla, com a imprensa livre, uma oposição política atuante e a introdução da administração pública burocrática, instrumento estes utilizados para o combate ao nepotismo e à corrupção patrimonialista (BRESSER-PEREIRA, 1998 p. 48 e 93), verifica-se que o legado do poder privado se apoderando do patrimônio público, mesmo hoje, ainda sobrevive dentro da máquina governamental com o uso e a presença do "jeitinho brasileiro", visto que a maioria dos políticos utiliza e enxerga o cargo público que ocupa como uma "propriedade privada" sua, ou de sua família e de seus agregados, em detrimento dos interesses da coletividade.

### **1.3.2 Administração pública burocrática**

Weber (apud EVANS, op. cit., p. 534) afirma que o uso das prerrogativas oficiais para a maximização de interesses privados era uma característica de formas pré-burocráticas anteriores.

A Administração Pública Burocrática surgiu, então, da necessidade de se “desenvolver um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público”. (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 48).

Para atender às demandas de um Estado pequeno, como o caso do Estado liberal, empregava-se o modelo de Administração Pública burocrática funcional, onde apoiava-se em normas rígidas, o que não exigia um sistema descentralizado de gestão. Segundo Matias-Pereira (op. cit., p. 112), “nesse modelo burocrático, o Estado – cujas funções são mínimas – não tem dificuldade de executar diretamente os serviços sob sua responsabilidade”.

Independentemente do tipo de regime político ou da forma de governo adotada, faz-se necessário a existência de uma máquina pública para viabilizar o planejamento e a execução das ações governamentais.

Destarte, conforme Matias-Pereira (loc. cit.), em função da adoção do modelo de Estado burocrático a partir da segunda metade do século XX, “impõe-se a reforma do serviço público, por ser um pré-requisito para tornar efetiva a ação da organização estatal”, com a finalidade “de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista”.

A Administração Pública Burocrática pugnava pela adoção dos princípios da racionalidade administrativa, do desenvolvimento, da profissionalização, da idéia de carreira pública, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo, tudo lastreado no poder legal. As metas de acabar com o nepotismo e com a corrupção tinham um lugar especial e preferencial. “Para isso, torna-se necessário o controle rígido dos processos e do ingresso à carreira pública, com regras de admissão, controle nas compras, visando evitar abusos, ineficiência e incapacidade”. (MATIAS-PEREIRA, loc. cit.).

É a burocracia que Max Weber (1966, p. 16-20) descreveu, baseada no princípio do mérito profissional, cuja efetividade do comando legal descansa na aceitação da validade da idéia de que a autoridade que ocupa um cargo deve obediência a uma norma legal-racional e tem que aplicá-la com impessoalidade.

Ainda, Weber (loc. cit.) também explicita outras características fundamentais da administração burocrática e necessárias para a existência de uma autoridade que ele denomina de racional-legal, as quais podem ser assim resumidas: existência de cargos em um sistema hierárquico, com atribuições claras, definindo o responsável pela autoridade no desempenho das funções, que deve estar devidamente qualificado e demonstrar adequado preparo técnico; prestação de contas com nítida separação do que é público do privado; e atos administrativos, decisões, normas etc. formulados e registrados em documentos para um maior controle e transparência.

Assevera também que “o conjunto do quadro administrativo no sistema burocrático [...] deve ser formado por funcionários nomeados [...]” e não eleitos, os quais são previamente selecionados com base na melhor qualificação técnica e numa livre relação contratual e, para os casos mais racionais, a seleção é feita por meio de exames e com exigência de diplomas para a certificação do nível de escolaridade; a remuneração é proporcional à responsabilidade, às atribuições e ao status social dos ocupantes dos cargos que são escalonados em carreira, com o emprego da promoção por antiguidade e merecimento. (WEBER, op. cit., p. 18-20).

Pelo exposto, Max Weber, portanto, descreveu seu trabalho atinente à burocracia enumerando vários atributos que deveriam estar presentes nas organizações para poderem ser enquadradas como burocráticas. Assim, o fez sob uma perspectiva dimensional que tem sido utilizada como fundamento para delineações subseqüentes da estrutura burocrática, com a seguinte estratificação:

a) divisão do trabalho baseado na especialização funcional; b) uma definida hierarquia de autoridade; c) um sistema de normas englobando os direitos e deveres dos ocupantes dos cargos – normas extensivas; d) um sistema de procedimentos que ordenam a atuação no cargo; e) separação entre administração e propriedade; f) salário, promoção e seleção baseados na competência técnica; e g) impessoalidade dos contatos pessoais ou das relações interpessoais. (EISENSTADT, 1966, p. 75; HALL, 1966, p. 29, 31-33; HOPKINS, 1966, p. 68).

Ainda, Weber (op. cit., p. 24) esclarece que, “embora muitos se queixem dos ‘pecados da burocracia’, seria ilusão imaginar que o trabalho administrativo contínuo pudesse ser executado, em qualquer setor, sem a presença de funcionários trabalhando em seus cargos”.

Como pode ser observado, portanto, todo modelo de vida quotidiana é talhado para se adequar a esta estrutura. A administração burocrática é a mais racional, quando observada em igualdade de condições e de uma perspectiva formal e técnica.

Focalizando agora mais de perto a situação do Brasil, pode-se afirmar que o século XX teve alguns momentos históricos de inflexão que ainda repercutem no atual funcionamento da administração pública. Começou com a tentativa de reforma que levou à formação do Departamento de Administração do Setor Público (DASP), em 1938. Depois, com a instauração de uma “administração paralela” no governo Juscelino Kubitschek (1956/1961). Trinta anos depois, no período da ditadura militar instaurado em 1964, por meio do Decreto-Lei 200 de 1967. Ainda, algumas intenções de modernização que não emplacaram: primeiro no governo Sarney (1985/1989) e depois no governo Collor/Itamar (1990-1993). Esta última, segundo Couto (op. cit., p. 115) “promoveu uma total desorganização da administração pública federal, destruindo o que ainda restava de funcional”. (COUTO, op. cit., p. 115, 120-121; PINHO, op. cit., p. 60; CARNEIRO, 2008).

Mesmo assim, os líderes brasileiros foram incapazes de transformar a burocracia como um todo. Criaram apenas “bolsões de eficiência” no interior da

burocracia, modernizando o aparelho de Estado antes por acréscimo do que por uma transformação mais ampla, visto que os mesmos, regra geral, estão cercados por um mar de normas clientelistas tradicionais. (GEDDES, apud EVANS, op. cit., p. 550).

Para se ter uma idéia quantitativa da expansão na estrutura administrativa estatal, no período democrático de 1956 a 1961 foram criadas 11 empresas estatais federais e na época da ditadura (governo militar), de 1964 a 1975, foram instituídas 135 empresas estatais federais e grande parte delas no setor produtivo. (PINHO, op. cit., p. 65).

Pois é, o incrementalismo, ou reforma por acréscimo (em 1995 já existiam 20 mil órgãos somente no governo federal), resulta em expansão desordenada e dificulta muito mais a execução da seletividade estratégica.

Os militares brasileiros ao assumirem o poder tinham a intenção de encolher o Estado em pelo menos 200.000 cargos. (EVANS, op. cit., p. 550). No entanto, segundo dados colhidos no Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado – MARE (1997), os militares acabaram criando centenas de órgãos e empresas, muitas vezes redundantes e ampliando a burocracia federal de cerca de 700.000 para quase 1.500.000 cargos. Ainda, em 1988 havia no poder executivo 705.548 civis na Administração Direta, Fundações e Autarquias e 737.109 empregados nas Estatais, totalizando 1.442.657 servidores da União. Ou seja, havia mais funcionários nas Estatais do que o somatório de servidores da administração direta, autarquias e fundações do Poder Executivo.

Trata-se de uma estrutura que não somente dificulta a coordenação política, como estimula o recurso a soluções personalistas ou patrimonialistas (EVANS, op. cit., p. 550; PINHO, op. cit., p. 62), indicando que essas “burocracias governamentais configuram uma situação bem distante do tipo ideal construído por Weber”. (LOUREIRO, 2009, p. 50).

Evans (op. cit., p. 551), destaca o resultado desse processo ao concluir que a falta de uma estrutura burocrática estável, também complica o estabelecimento de laços regulares com o setor privado do tipo “orientação administrativa” e joga a interação público-privado para canais individualizados, i.e., em vez de se institucionalizarem, as relações se individualizaram com o estabelecimento de vínculos personalizados entre o setor privado e os funcionários (burocratas), em geral através da articulação de algum detentor de posto público.

Para contornar situações desse jaez, como a quase incapacidade de efetivação de políticas públicas de qualidade, esforços foram realizados sem promover uma reestruturação radical na máquina pública estatal, tendo como resultado a “criação de agências pautadas pelo modelo de eficiência técnica, configurando-se a prática do insulamento burocrático”. (SCHNEIDER, 1994, apud DINIZ, 1997, p. 17-18).

Daí a necessidade de se encontrar outra forma organizacional para suprir as disfunções da burocracia. Surge, então, a alternativa da Administração Pública Gerencial, que será tratada no tópico seguinte.

### **1.3.3 Administração pública gerencial**

A crise de Estado iniciada nos anos 70 implicou a crise na sua burocracia, fato este que fez surgir nos anos 80, nos países centrais, em especial no Reino Unido, na Nova Zelândia e na Austrália, uma espécie de revolução na administração estatal no caminho de uma administração pública gerencial. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 5 e ss.).

Na verdade, no expressar do mencionado autor (loc. cit.), “a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento da demandas dos cidadãos” e “o problema da eficiência não era [...] essencial”.

No entanto, no momento em que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo uma quantidade maior de serviços sociais, como educação, saúde, assistência etc. e de regulação da economia, do sistema financeiro, estabilidade da moeda, aliada à necessidade de inter-relação com os demais países em um mundo globalizado, torna-se forçoso uma maior presença e participação do Estado na oferta de serviços públicos e de viabilização da infra-estrutura para atração de investimentos privados. Agora, portanto, a questão da eficiência é um aspecto fundamental, haja vista que os recursos são escassos e precisa-se gastar com qualidade e a um custo baixo. (BRESSER-PEREIRA, loc. cit.).

Com o ganho de eficiência, i.e., fazer melhor e mais rapidamente as mesmas coisas, a partir de meados da década dos anos 80 disseminaram-se os programas de fortalecimento institucional e modernização organizacional com o foco na



capacidade de gerar resultados. Na segunda etapa desse processo, a ênfase passou a ser com a eficácia: obtenção dos resultados desejados pela clientela. Por fim, conjugada a esta, observou-se que gerar os resultados desejados pela clientela não poderia prescindir de transparência. (CARNEIRO, op. cit.).

Para o desiderato da busca dessa eficiência, mira-se no exemplo da administração de empresas privadas e, assim sendo, as idéias de descentralização e de flexibilização administrativas começam a penetrar nas esferas dos governos.

Essa evolução para uma Administração Pública Gerencial tem fundamento no fato de que “qualquer atividade pode ser considerada tanto da perspectiva do que se consegue como da perspectiva do que não se consegue”. No entanto, Weber se ocupou “quase exclusivamente do que se consegue mediante a estrutura burocrática: precisão, confiança, eficiência”. (MERTON, 1966, p. 101). Esqueceu-se de analisar o que não se consegue com essa mesma formatação de burocracia, principalmente numa estrutura democrática e participativa, que não mais comporta o autoritarismo e a total falta de flexibilidade das ações em prol dos interesses públicos e dos cidadãos.

O emprego da flexibilidade não significa eliminar a burocracia totalmente, pois esta é necessária para a consecução dos objetivos de qualquer organização. Merton (ob. cit., p. 102) afirma que é preciso, contudo, fugir do apego exagerado aos rígidos procedimentos formais. “Esse apego pode ser exagerado até o ponto em que a observação rigorosa das normas interfere negativamente nos resultados a serem obtidos”.

Do exposto, se a burocracia não pode ser desprezada por completo, é fundamental burocratizar apenas o que efetivamente é necessário e desburocratizar principalmente aquilo que tão-somente “cria dificuldades para obtenção de facilidades”, pois a manutenção dessa logística geralmente implica corrupção.

Trata-se do processo do deslocamento dos objetivos pelos quais um valor instrumental se converte em valor final, pois “o homem se distingue por sua infinita capacidade de transformar seus meios em fins”. (LASSWELL, apud MERTON, op. cit., p. 102).

Nessa toada, Matias-Pereira (op. cit., p. 111-112) informa que “a administração pública burocrática tornou-se inadequada aos interesses da população, visto que suas regras passaram a se sobrepor aos interesses da sociedade”. Além disso, com a ampliação das demandas da população num Estado

democrático, ocorre também o aumento das funções deste nos campos socioeconômico e político, sem a capacidade de atendimento das mesmas pelo Estado burocrático. “Tem-se, portanto, início o processo de transformações, com a introdução da reforma da gestão pública, que busca transformar o modelo de Estado burocrático em Estado gerencial”.

Agora, referindo-se ao Brasil, pode-se afirmar que o processo de globalização iniciou-se em 1990, no governo Collor, com a abertura comercial do país, onde foram adotadas ações que forçaram a “reavaliação do papel do Estado na economia (dando início ao processo de privatizações) e a exposição” do país “no cenário financeiro internacional”, momento em que se verificou a necessidade de “implantação, de modo sistemático, de um novo modelo de Administração Pública que se adequasse à economia globalizada de mercado: a Administração Pública gerencial”. (MATIAS-PEREIRA, op. cit., p. 118).

Ocorre que é no governo Fernando Henrique Cardoso - FHC (1995-2002) que algumas medidas foram adotadas visando a Reforma do Estado (a exemplo da extinção ou abrandamento dos monopólios estatais, a reforma do sistema previdenciário, a privatização de serviços públicos e a reforma do Judiciário). Ainda, no que diz respeito à Reforma Administrativa, a Emenda Constitucional n. 19, de 1998, visou dar flexibilidade ao regime jurídico (“único”) dos servidores públicos (medida suspensa pelo STF), permitir a demissão de servidores estáveis por insuficiência de desempenho e excesso de quadros, fixar o teto de remuneração etc.

É a partir de 1995, no governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) que se idealiza uma nova reforma do aparelho do Estado e do seu pessoal. Esta reforma, de acordo com Bresser-Pereira (1996, p. 17), “terá como objetivos: a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal”, com direcionamento para as unidades federadas, onde existe um claro problema de excesso de funcionários; “a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento aos cidadãos”.

Já o governo de Luis Inácio Lula da Silva (2003-2010), apesar de não ter implementado mudanças significativas na formatação administrativa herdada de FHC, complementou a reforma previdenciária via Emenda Constitucional 47/2005 e aumentou o número de ministérios e secretarias com status de ministério para 32 (passou de 15 em 1990 - Governo Collor, para 27 no Governo FHC - 1995-2002 e agora são 32).

E por falar em quantidade de ministérios, não é demais vincular este fato ao aumento do tamanho do “Estado moderno”, pois segundo Cabral (2005, p. 99), a administração estatal “transformou-se numa aparelhagem imensa que não cumpre suas finalidades. É uma soma infindável de instituições que nada tem a ver com os interesses da coletividade”. E complementa:

O Estado não é só violento, mas distante, inatingível e impessoal no seu gigantismo. Cresceu tanto que se tornou algo em si, que se defende e defende suas prerrogativas. A instituição não serve ao cidadão. O cidadão é quem deve servi-la [...]. (CABRAL, loc. cit.).

Ainda, no que concerne ao profissionalismo da Administração Pública, destaque-se, na era Lula, a realização de concursos com poucas vagas e de modo mais freqüente que nos governos anteriores, para cargos de carreiras novas e para as existentes, principalmente para as carreiras típicas de Estado, seguindo a orientação contida na proposta do Ministério de Administração e Reforma do Estado – MARE, do então Governo FHC, de sorte a promover uma oxigenação continuada dos componentes da máquina pública.

Nesse sentido, a referida proposta de Reforma Gerencial para o Brasil, portanto, visa aumentar a eficiência do Estado por meio de formas inovadoras e de um movimento para sair das amarras do modelo estritamente burocrático do serviço público, aprofundando-o e renovando-o, de modo a tornar mais flexível e descentralizada a administração dos recursos humanos, com foco no núcleo estratégico, nas carreiras exclusivas e na gestão das agências reguladoras e executivas.

Por outro lado, no que diz respeito à mudança do “insulamento burocrático” (modelo Weberiano) para a “autonomia inserida” (modelo desenvolvimentista ou gerencial de Evans), foi no governo Lula que, finalmente, se lembrou da existência do empresário e da empresa nacional, ou, noutras palavras, que existe um Estado e que este “será tanto mais forte e mais capaz de competir com os demais quanto mais clara e coesa for a coalizão política unindo empresários, burocracia e trabalhadores”. (BRESSER-PEREIRA, 2011).

Quanto à filosofia do modelo gerencial da mencionada “Nova Administração Pública” Matias-Pereira (op. cit., p. 116-117) acrescenta que o objetivo “é fazer a “separação clara entre a esfera política” e a esfera administrativa, sendo que na

primeira “são tomadas as decisões políticas e dadas as diretrizes básicas para os gestores públicos” e na segunda ocorre a dinamização “por meio da concessão de ampla liberdade gerencial” que é “considerada essencial para garantir a cobrança de resultados, bem como para “estabelecer transparência e condições de accountability”.

Ainda, citado autor (loc. cit.) propugna focar o “aumento do controle social, pelo processo de democratização das relações Estado-sociedade e a elevação da participação da sociedade civil e da população na gestão pública”. Por fim, a mencionada promoção da *accountability* seria feita por meio do envolvimento e participação intensa da sociedade civil organizada e dos cidadãos na formulação, implementação e no controle das políticas públicas.

Essa forma de governança interativa ou participativa indica ser a mais propícia para lidar com os complexos problemas que se vivencia nos dias atuais, aliado ao fato de que é a melhor maneira de promover o desenvolvimento sustentável ou os processos de inovação imprescindíveis para preservação da atual e das futuras gerações.

Portanto, é fundamental trabalhar fortemente para a implantação do profissionalismo na esfera pública, de modo a combater o patrimonialismo ainda presente hoje sob a forma de clientelismo, fisiologismo ou corporativismo, bem como ampliar muito o nível de transparência das ações do Estado e da participação da sociedade civil no controle das mesmas, de sorte a reduzir ao máximo as ações e atitudes nefastas, enraizadas na máquina pública brasileira, caracterizadoras de práticas patrimonialistas.

#### **1.3.4 Administração pública societal**

O magistério de Paula (2007, p. 153-172) revela que “a tradição mobilizadora no Brasil data do período colonial e alcançou o seu auge na década de 1960 durante o governo João Goulart, quando a sociedade se organizou pelas reformas no país”, sendo, ato-contínuo, “reprimida pelo golpe de 1964”.

Acrescenta citada autora (loc. cit.) que somente na década de 1970 reemergiram essas mobilizações que “reforçaram a proposta de tornar a

administração pública mais permeável à participação popular”, consoante revelação de trabalho elaborado em 1999 pelo Grupo de Estudos sobre a Construção Democrática.

Algumas experiências surgiram no decorrer da história visando romper a forma centralizada e autoritária de exercício do poder estatal no Brasil, tendo o ápice de participação social ocorrido no momento da construção da Constituinte, instalada em 01 de fevereiro de 1987, que tinha no campo dos movimentos das diferentes forças políticas (populares, sociais, sindicais, pastorais, partidos políticos, organizações-não-governamentais – ONGs, Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Associação Brasileira de Imprensa – ABI etc.) o direcionamento na “reivindicação da cidadania e no fortalecimento do papel da sociedade civil na condução da vida política do país”, pois questionavam “o Estado como protagonista da gestão pública”, assim como o foco na idéia de que “público” é sinônimo de “estatal”, de modo a permitir uma articulação entre Estado e sociedade e a conseqüente combinação de democracia representativa e participativa. (PAULA, loc. cit.).

Essa relação Estado-sociedade possibilita à mencionada autora definir, reportando-se a outros mestres, que a esfera pública não-estatal consiste no envolvimento de “novos formatos institucionais que possibilitem a co-gestão e a participação dos cidadãos nas decisões públicas”. Refere-se, portanto, a uma situação sistêmica em que “as políticas e ações governamentais conferem identidade aos envolvidos, alteram o cotidiano da cidade e interferem na compreensão política de sua cidadania”. (PAULA, loc. cit.).

Nesse direcionamento, nas lições da aludida autora (loc. cit.), “surgem novos canais de participação”, ampliando o campo de transparência do espaço estatal, “como os conselhos gestores de políticas públicas, os fóruns temáticos voltados à discussão” das mais diversas questões vinculadas ao interesse público, a exemplo do orçamento participativo.

Ainda, Paula (loc. cit.), pondera que na Administração Pública Societal “busca-se criar organizações administrativas efetivas, permeáveis à participação popular e com autonomia para operar a favor do interesse público”. É o que ocorreu, por exemplo, com a nova formatação aplicada ao Ministério Público a partir da CF/88 e é essa a extensão que se pretende seja operacionalizada para atingir as demais carreiras típicas ou exclusivas de Estado.

Objetiva-se o viés societal ter o interesse público associado à publicidade dos atos e procedimentos estatais e, para tanto, deve-se estabelecer uma gestão administrativa “que não centralize o processo decisório no aparelho do Estado” e que contemple a “complexidade das relações políticas”, procurando alimentar-se “de diferentes canais de participação [...]”.

Enfim, a vertente societal alinha-se a uma nova gestão social, pois Tenório (1998, apud PAULA, op. cit., p. 159) afirma que esta espécie de gestão ‘contrapõe-se à gestão estratégica na medida em que tenta substituir a gestão tecnoburocrática, monológica, por um gerenciamento mais participativo, dialógico, no qual o processo decisório é exercido’ através de diferentes atores sociais.

Feitas essas considerações, cabe agora fazer uma breve distinção entre os modelos gerencial de Administração Pública e o democrático-participativo e, para tal objetivo, utiliza-se dos ensinamentos de Matias-Pereira (2008, p. 116-117):

i. Modelo gerencial da nova Administração Pública. Trata-se do enfoque denominado “social democracia de cunho neoliberal”, que enfatiza a necessidade de redução do tamanho do Estado e da modernização gerencial do setor público e que, pelo menos na prática da política brasileira, adotou fortes traços do neoliberalismo (OLIVEIRA, 1999), sobretudo no tocante à política econômico-financeira.

ii. Modelo democrático-participativo. O enfoque denominado democrático-participativo busca estimular a organização da sociedade civil e promover a reestruturação de mecanismos de decisão, em favor de maior envolvimento da população no controle social da Administração Pública e na definição e realização de políticas públicas.

Pode-se inferir, então, que o modelo democrático-participativo canaliza as suas energias para o “aumento do controle social, pelo processo de democratização das relações Estado-sociedade e a elevação da participação da sociedade civil e da população na gestão pública”. Ainda, para que a promoção da *accountability* seja feita “por meio do envolvimento e participação intensa da sociedade civil organizada e dos cidadãos na formulação, implementação e no controle das políticas públicas”. (MATIAS-PEREIRA, loc. cit.).

Finalizando as diferenças existentes entre esses dois modelos, Frey (2007, p. 136-150, apud MATIAS-PEREIRA, 2008, p. 117) defende que:

Enquanto o modelo gerencial visa isolar e proteger o gestor público das pressões oriundas da sociedade, o modelo democrático-participativo requer novas habilidades do gestor público, sobretudo em relação à articulação e à cooperação com os mais variados atores políticos e sociais. No modelo

gerencial, o gestor público é avaliado conforme sua capacidade de alcançar as metas estabelecidas pelo sistema de decisão política. Já no modelo democrático-participativo, ganha relevância o próprio processo da gestão pública, particularmente no que diz respeito ao seu caráter democrático.

Pelo exposto, essa forma de governança interativa, participativa ou societal indica ser a mais propícia para lidar com os complexos problemas que se vivencia nos dias atuais, aliado ao fato de que é a melhor maneira de promover o “desenvolvimento sustentável” ou os “processos de inovação”, de modo a poder erradicar a miséria ainda existente em nosso país e colocar o Brasil em um novo patamar de igualdade no cenário mundial. (MATIAS-PEREREIRA, op. cit.; PAULA, op. cit.).

## CAPÍTULO 2

### EXERCÍCIO DA CIDADANIA ATRAVÉS DO PRIMADO DO CONCURSO PÚBLICO

#### 2.1 CIDADANIA: HISTÓRICO e DEFINIÇÃO

Vários autores prelecionam que o conceito de cidadania – do latim *civitas* – é originário das antigas religiões, tanto na Grécia antiga como no Império romano. No entanto, a cidadania da Grécia contemplava os direitos de uma pequena minoria de indivíduos que viviam na “cidade e que participavam da gestão, dos negócios e das decisões políticas. Em Atenas, por exemplo, só os homens livres eram cidadãos, ficando excluídos as mulheres, os escravos e os estrangeiros”. (ABREU, 2009, p. 9)

E continua a historiar a citada autora (loc. cit.): “na Roma antiga, a cidadania era atributo dos indivíduos mais importantes, mas em 212 d. C. foi estendida a todos os habitantes do Império pelo Edital de Caracalla. Já na Idade Média”,

a cidadania sofreu um grande recuo. Foi o período da sociedade dos privilégios, dos senhores e dos servos, em que não havia a participação da população nas decisões de interesse da comunidade. Com o avanço da Idade Moderna, nos séculos XVII e XVIII, o conceito de cidadania reapareceu. A Revolução Industrial inglesa introduziu mudanças nas esferas econômica e política, e o poder dos proprietários de terras passou para as mãos dos novos proprietários mercantis e industriais, tanto na cidade como no campo. (ABREU, op. cit., p. 9).

Loureiro (op. cit., p. 178) relata sobre a “forma extremamente elitista e excludente da cidadania na Antiguidade”. Expõe, no entanto, que, independentemente deste fato, “dois elementos vão marcar e acompanhar o processo evolutivo deste conceito: igualdade dos cidadãos e o acesso ao poder, ainda que nesse processo histórico sejam tratados de maneira diversa”. Depois, complementa (loc. cit.) que no período da sociedade feudal a idéia de cidadania é relegada a plano secundário; que também não poderia “se falar em cidadania na Idade Média, com a existência do status de classe como medida da desigualdade e sem nenhum contraponto que marcasse os direitos e deveres dos cidadãos na sociedade.” Ainda, no que concerne à vida política medieval, esclarece que a



mesma “excluía do exercício dos direitos públicos aqueles que não desfrutavam da concessão de um feudo”. E acrescenta:

[...] Camponeses e artesãos possuíam benefícios e cumpriam deveres, mas tão-somente em virtude da relação de fidelidade ao seu senhor. Assim, a grande maioria das pessoas é excluída do exercício de direitos. A cidadania só é retomada com o desenvolvimento da sociedade capitalista, no século 18, impulsionada pela Revolução francesa. [...]. (LOUREIRO, loc. cit.).

Nessa toada, começou a espalhar pelo mundo afora a luta contra os governos tiranos e conseqüentemente pelas liberdades e direitos dos indivíduos. Vieram a seguir as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), as quais tiveram papel decisivo para o avanço da cidadania e na construção e desenvolvimento dos direitos civis. A trilogia denominada de liberdade, igualdade e fraternidade resume o espírito do cidadão que deveria emergir da sociedade de então.

Trata-se, portanto, de uma nova sociedade, que obriga que a cidadania seja redefinida, pois as condições políticas e sociais foram modificadas, “fazendo com que os Estados nacionais, a democracia representativa e os direitos do homem tornem-se as bases desta nova forma de cidadania”. É a cidadania moderna que diz surgir com fortalecimento dos Estados, momento em que “as instituições se separam, ocorrendo conseqüentemente a divisão da cidadania em seus três elementos: direitos civis, políticos e sociais”. (LOUREIRO, op. cit., p. 179). Contudo, isso se dá dentro de um processo histórico e varia de uma nação para outra.

Seguindo esse entendimento, Vieira (2004, p. 22) esclarece que a cidadania tem assumido no decorrer da história diferentes formas em função dos variados contextos culturais. “O conceito de cidadania, enquanto direito a ter direitos, tem se prestado a várias interpretações”.

Todavia, a exegese adotada pelo sociólogo inglês T.H. Marshall (1967) tornou-se uma referência clássica, pois, ao analisar o caso inglês e sem pretensão de universalidade, generalizou a noção de cidadania e de seus elementos constitutivos.

Ele define cidadania (MARSHALL, op. cit., p. 76) como sendo “um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”. Aqueles que são possuidores desse “status são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao status”.

Como há uma clara correlação da cidadania com a igualdade e a conseqüente existência de direitos e obrigações na formação e consolidação de uma sociedade isonômica, Marshall esclarece (loc. cit.) que “não há nenhum princípio universal que determine o que esses direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição criam uma imagem de cidadania ideal”,

[...] em relação à qual o sucesso pode ser medido e em relação à qual a aspiração pode ser dirigida. A insistência em seguir o caminho assim determinado equivale a uma insistência por uma medida efetiva de igualdade [...]. (MARSHALL, loc. cit., p. 76).

A cidadania de Marshall (op. cit.) seria constituída dos direitos civis e políticos (chamados de direitos de primeira geração) e dos direitos sociais (direitos de segunda geração), operando-se dentro de um processo evolutivo que pode ser assim resumido: 1 - Direitos civis: século XVIII. Cidadania entendida como sinônimo de liberdade. Aqui o status geral de cidadania era confundido com o direito à escolha do tipo e local de trabalho. Contemplava também os direitos de “igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança etc. São os direitos que embasam a concepção liberal clássica”. (VIEIRA, op. cit., p. 22); 2 - Direitos políticos: século XIX. Caracterizado pela expansão dos direitos políticos até se chegar ao sufrágio universal. Houve uma modificação do status que deixou de ser definido pelo substrato econômico e passou a ser estritamente de caráter pessoal. Compreendem também o respeito à liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical etc., os quais terminaram sendo incorporados à tradição liberal; e 3 - Direitos sociais: século XX. Marcado principalmente pela educação primária pública obrigatória, assim como pela garantia de outros bens e serviços básicos (trabalho, saúde, aposentadoria, seguro desemprego) e de uma renda nominal mínima. Agora os direitos sociais passam a ganhar o status de cidadania.

De acordo com Bobbio (1992, p. 32-33; 2004, p. 32), “o desenvolvimento dos direitos dos homens passou por três fases”. Com a primeira delas, consolidaram-se os direitos de liberdade, i.e., “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento”,

[...] foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas

positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores – como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado. [...]. (BOBBIO, loc. cit.).

Nessa direção, Sorj (2004, p. 27) assevera que esses direitos expressam tipos de relações diferentes referentes ao Estado: Enquanto os direitos civis se desenvolveram essencialmente como um instrumento de proteção do cidadão *contra* o poder arbitrário do Estado, “os direitos políticos são expressão da *integração/participação* do cidadão dentro do Estado, e finalmente os direitos sociais são *demandas* do cidadão ao Estado”.

Por serem necessidades do cidadão direcionadas ao Estado, a importância dos direitos sociais era realçada por Marshall, pois este asseverava que os direitos civis e políticos, i.e., os direitos de propriedade, de acesso à justiça, de participação política etc. dependiam da eficácia dos direitos sociais.

Nesse diapasão, Pinsky (2008, p. 9) também concorda que a efetividade dos direitos sociais é fundamental para a cidadania plena, pois “ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos.” E ainda pontua (loc. cit.) que “os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais,” pois são estes que garantem a “participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais”.

Por outro lado, cabe esclarecer que a aquisição da cidadania não se dá via um percurso linear (primeiro vem os direitos civis, depois os políticos e, por fim, os sociais). Trata-se de um processo perceptível, mas lento, e é alterado em função do Estado-nação ou país que está sendo analisado. No entanto, parte da falta de direitos para a existência de direitos cada vez mais amplos. (PINSKY, op. cit., p. 9-10).

A cidadania da modernidade foi introduzida, nas palavras de Marshall (op. cit., p. 84), “por meio de um acordo entre os homens que são livres e iguais em status, mas não necessariamente em poder”. E ainda quanto ao status, acrescenta que

[...] O status diferencial, associado com classe, função e família, foi substituído pelo único status uniforme de cidadania que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada.

Marshall (loc.cit.) estabelece também quais seriam as características da cidadania, ao expressar que “a cidadania exige um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseada numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum”. Compreende também a cidadania,

[...] a lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos. (MARSHALL, op. cit. p. 84).

Os direitos são conquistados com lutas e perseverança, com a participação de todos os membros da sociedade no combate à corrupção e à sonegação e exigindo a redistribuição da riqueza entre os mais necessitados, haja vista que a riqueza é uma espécie de “propriedade social” do cidadão e que precisa ser universalizada.

Assim sendo, é difícil, mas ainda é possível batalhar por uma cidadania plena em uma sociedade tão desigual e pobre como a brasileira, em que o acesso aos bens e serviços é bastante restrito. Muita luta social será necessário, portanto.

No que se refere ao Brasil, Nunes, Nogueira e Tafner (1995, p. 103) informam que “houve por bem incorporar à linguagem cotidiana do debate político, densos conceitos das ciências sociais”, como o de cidadania, gerando uma “verdadeira e literal redução sociológica para adequá-los à freqüente superficialidade do debate, por via jornalística”. E pontua, ainda, “que a noção de cidadania, travestida de substantivo coletivo, sacralizada como bênção, fora do seu secular e não pouco trivial contexto, transforma-se, aos poucos, em sinônimo de movimento coletivo. Ou seja”,

[...] a vulgarização destruiu a concepção. Danificou a concepção do conceito, apagou décadas de dedicado trabalho de pesquisa e densa bibliografia. Neste processo peculiar de literal redução sociológica, a banalização do tema – e sua concomitante sacralização –, de fato empobrece o magnífico, nem sempre pacífico, significado da aquisição da cidadania pelas classes populares, na evolução do capitalismo moderno. (NUNES, NOGUEIRA e TAFNER, op. cit., p. 103-104).

Mesmo assim, o realce dado à cidadania na CF/88, segundo Rocha (1999b, p. 73), representa a angústia de um povo que não tivera, nos cem primeiros anos de sua República proclamada, “a virtude do civismo dos governantes e a força da participação cívica do seu povo”. Ou seja, “não tivera cidadania nem democracia, uma vez que uma não vive sem a outra”.

Quinhentos e dez anos do seu descobrimento, cento e vinte anos de República proclamada e 12 anos da Constituição promulgada “e continua por se fazer a cidadania do brasileiro”. Nas palavras da mencionada autora (loc. cit.), continua o Brasil, como há doze anos, “carente de pão, a pedir fogo, remédio, sapato. Não se fez florescer ainda a cidadania no Brasil, não se chegou a identificar a sua alma mestiça e humana”. Tudo isso tem a sua razão de ser, pois, “antes, a nova retórica capitalista do neoliberalismo” universal “e globalizante, velhos vícios políticos e econômicos antes experimentados e geradores de misérias econômicas e de perversão social e inumana”,

gera agora mais desempregados, mais esfomeados, [mais insegurança...], mais horrores a perpetuar a tragédia universalmente sentida, pressentida, ressentida e consentida pela maioria de uma humanidade de coisas sem homens [...]. (Rocha, loc. cit., p. 73).

Considerando que o avanço da cidadania tem a ver com a riqueza de um país e que a própria divisão ou redistribuição dessa riqueza apenas é efetivada por meio de lutas e reivindicações, isto é, através da ação concreta dos indivíduos, o mais importante, então, é conscientizar-se de que ser cidadão, segundo Arendt (1995, apud LAFER, 1991, 2003), é exercitar o “direito a ter direitos”.

Melhor traduzindo a concepção de cidadania arendtiana, Lafer (2003, p. 114 e 123) expressa que a ‘cidadania é o direito a ter direitos’, porque sem essa consciência não se “trabalha a igualdade que requer o acesso ao espaço público, pois os direitos – todos os direitos – não são dados (physei), mas construídos (nomoi) no âmbito de uma comunidade política”.

Buscando-se os atributos do termo “cidadania”, Vieira (2001, p. 34) reporta-se a Janoski por entender que o mesmo “agrupa as perspectivas encontradas em diversos dicionários – legal, normativa e das ciências sociais –, considerando esta última mais própria a uma possível reconstrução de uma teoria da cidadania”:

Cidadania é a pertença passiva e ativa de indivíduos em um Estado-nação com certos direitos e obrigações universais em um específico nível de igualdade (Jannoski, 1998). (VIEIRA, loc. cit.).

Na visão de Demo (1995, p. 1) cidadania é definida “como competência humana de fazer-se sujeito, para fazer história própria e coletivamente organizada”. Não se constrói cidadania sem um processo de lutas por direitos e mais direitos. E “para o processo de formação dessa competência, alguns componentes são cruciais”, tais como “educação, organização política, identidade cultural, informação e comunicação, destacando-se, acima de tudo, o processo emancipatório”.

Diz ainda (loc. cit.) que a capacidade crítica é fundamental para que seja dada a partida quanto ao processo emancipatório, pois é essa visão crítica da vida e dos acontecimentos que possibilita um modo alternativo de intervenção na realidade. Assim sendo, acrescenta que o “desafio maior da cidadania é a eliminação da pobreza política,

[...] que está na raiz da ignorância acerca da condição de massa de manobra. Não-cidadão é sobretudo quem, por estar coibido de tomar consciência crítica da marginalização que lhe é imposta, não atinge a oportunidade de conceber uma história alternativa e de organizar-se politicamente para tanto. Entende a injustiça como destino. Faz a riqueza do outro, sem dela participar. (DEMO, loc. cit.).

A própria definição de cidadania, portanto, com base nos princípios de um Estado democrático, legitima as posições divergentes, as adversidades e o conflito, pois a cidadania constitui-se na “criação de espaços sociais de luta” (movimentos sociais) “e na definição de instituições permanentes para a expressão política” (partidos, órgãos públicos), “significando necessariamente conquista e consolidação social e política”. (VIEIRA, 2004, p. 40).

O cidadão hoje não é definido como o indivíduo que apenas goza de direitos civis, políticos e sociais e que cumpre suas obrigações como integrante da sociedade em um Estado-nação. Direitos e deveres estão consignados na Constituição, que é a estrutura básica legal da sociedade, como forma de possibilitar o pleno exercício da cidadania, visto que “a Constituição é a arma na mão de todos os cidadãos, que devem saber usá-la para encaminhar e conquistar propostas mais igualitárias”. (CERQUIER-MANZINE, 2010, p. 13).

Contudo, o indivíduo não deve esperar que o Estado unilateralmente venha a satisfazer as suas demandas. Para ser cidadão e ter os seus direitos respeitados, é

imprescindível a ampla participação dos membros da coletividade, que pode ser denominada de participação política, social, democrática, popular ou cidadã, mas que seja uma “participação efetiva e permanente na gestão dos negócios públicos e nos interesses plurais da sociedade”. (ROCHA, 1999a, p. 22).

Nessa linha, Benevides (2000, p. 20) registra que “cidadania ativa supõe a participação popular como possibilidade de criação, transformação e controle sobre o poder, ou os poderes”, sem deixar de lado a “participação na vida política, votando e recebendo mandato e ocupando cargos elevados na administração pública”. (DALLARI, 2002, p. 12).

Por outro lado, Cerquier-Manzine (op. cit., p. 13) referindo-se ao exercício da cidadania faz o alerta da necessidade de “prática da reivindicação, da apropriação dos espaços, da pugna para fazer valer os direitos de cidadão”, como condições essenciais para a existência da cidadania.

Na verdade, para que a participação cidadã ocorra na prática e não ocasione o relativo fracasso das democracias em promover uma efetiva participação popular, duas condições precisam ser preenchidas para evitar a apatia política e a resistência à participação:

1 - A promoção do pluralismo e da diversidade na representação social dos vários grupos de interesse organizados; 2 - promover a integração e participação daqueles públicos desorganizados e desarticulados, cujo interesse encontra-se difuso, mas que são afetados pelas decisões político-administrativas. (BENTO, 2003, p. 226).

Além do mais, nos dias de hoje o cidadão começa a refletir melhor e se envolver com questões outras, a exemplo da solidariedade, preocupação com o meio ambiente etc., como forma de garantir a sua própria sobrevivência e, principalmente, de preservar a vida das futuras gerações.

Com este mesmo pensamento, Bobbio (2004, p. 5-6) reporta-se aos direitos sociais, chamados de direitos de segunda geração, ao lado dos quais emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, para afirmar que o mais importantes destes últimos “é [...] o direito de viver em um ambiente não poluído”.

E pontua Bobbio (loc. cit.) que esse processo evolutivo não para por aí, pois “já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos [...] da pesquisa biológica, [...] manipulações do patrimônio genético [...]”.

Cabe esclarecer que essas gerações de direitos surgem porque, em determinado momento histórico eles sequer podiam ser imaginados. Assim, “nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los”. (BOBBIO, op. cit., p. 6).

Com essa consciência, têm-se defendido no Brasil, desde as últimas décadas do século XX, a necessidade de participação e engajamento dos cidadãos no planejamento e execução das políticas públicas e privadas que podem afetar a vida de cada membro da coletividade, com o objetivo de se construir uma sociedade mais humana, solidária, justa e igualitária. (PAULA, op. cit.).

Nesse sentido, dentre as muitas manifestações do pleno exercício da cidadania encontra-se aquela consistente na participação efetiva dos indivíduos nesse processo, como forma de obtenção de prestação de serviços públicos com qualidade e eficiência.

Com efeito, “o corolário do princípio constitucional da igual acessibilidade de todos aos cargos públicos é a exigência de prévia aprovação em concurso público, *conditio sine qua non* para a [...] investidura”. (CAMMAROSANO, 1984, p. 62).

De tão significativo que é o instituto do processo seletivo universal ou o concurso público, Lima (1987, p. 105) inclui entre os direitos de cidadão previstos constitucionalmente “o direito de acesso aos cargos públicos”.

Para que tal expressão de cidadania seja absoluta faz-se necessário também assegurar a lisura e a legalidade dos procedimentos de ingresso nos cargos públicos de forma a garantir a todos a igualdade de possibilidades e de oportunidades no processo seletivo para acesso às carreiras típicas de Estado, pois são estas que deverão fazer a interação com a sociedade, quando da criação de controle externo vinculado a cada uma delas, objetivando a participação do cidadão na definição e implementação das políticas públicas.

Feitas essas considerações iniciais, é imperativo fazer a revelação de que o Estado brasileiro, através da maioria das Secretarias de Fazenda e de Finanças, tem adotado sistemáticas medidas, consoante registro do Quadro 2, capítulo 3, que, de forma direta e indireta, com o nome de “reestruturação de carreiras”, são uma evidente maneira de camuflar o direto afrontamento aos princípios constitucionais estampados no art. 37, *caput*, e incisos I e II da CF/88, i.e., igualdade no acesso aos cargos públicos, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da razoabilidade e proporcionalidade, como poderá ser visto nos tópicos subseqüentes.



## 2.2 CIDADANIA E A TRÍADE CLÁSSICA DE T. H. MARSHALL: DIREITOS CIVIS, POLÍTICOS E SOCIAIS

Neste capítulo procurar-se-á ilustrar as ações patrimonialista implementadas através da reestruturação ou transformação dos cargos das carreiras verificadas no fisco estadual baiano, consideradas como uma forma de burla ao instituto do concurso público, ferindo mortalmente a cidadania encorpada nos direitos civis (igualdade de oportunidade no acesso às atribuições dos cargos públicos), nos direitos políticos (participação no planejamento e execução das políticas públicas definidas pelos cargos de carreiras de Estado), e nos direitos sociais (obtenção de emprego via concurso público).

### **2.2.1 Direitos civis: Igualdade de oportunidades no acesso aos cargos públicos por intermédio do concurso público**

#### *2.2.1.1 Igualdade e a inter-relação com o primado do concurso público*

Como observou Hannah Arendt, os homens não nascem iguais, diferentemente do que está expresso no artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. Os homens tornam-se iguais como membros de uma sociedade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado, é um construído, elaborado convencionalmente pela ação dos homens, enquanto cidadãos, na comunidade política. (ARENDR, 1995, apud LAFER, op. cit; VIEIRA, op. cit., p. 21).

João Mangabeira (apud FERREIRA, 1983, p. 490), ao expor sobre o tema da igualdade de oportunidades verbera que “a igualdade perante a lei não basta para resolver as contradições criadas pela produção capitalista. O essencial é igual oportunidade para a consecução dos objetivos da pessoa humana”. Ainda, ensina:

[...] E para igual oportunidade é preciso igual condição. Igual oportunidade e igual condição entre homens desiguais pela capacidade pessoal de ação e de direção. Porque a igualdade social não importa nem impõe um nivelamento entre homens naturalmente desiguais. O que ela estabelece é

a supressão das desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza, numa sociedade em que o trabalho é social, e, conseqüentemente, social a produção, mas o lucro é individual e pertence exclusivamente a alguns. (MANGABEIRA, apud FERREIRA, loc. cit.).

Desigualdades artificiais também são criadas pelo Governo quando sorrateiramente transfere atribuições exclusivas de cargos de uma carreira nobre ou típica do serviço público para outra de menor qualidade técnica. Aqui prevalece a regra da amizade com o Governante (“Rei”), como se estivéssemos em uma Monarquia e não em uma República. As palavras de Bandeira (1986, p. 222), no poema sob o título “Vou-me embora pra Passárgada”, denotam claramente essa idéia:

Vou-me embora pra Passárgada  
Lá sou amigo do rei  
Lá tenho a mulher que eu quero  
Na cama que escolherei.  
Vou-me embora pra Passárgada [...].

E por falar em amizade com o rei, “é com o nascimento do Estado de Direito que o ponto de vista do príncipe se transforma em ponto de vista do cidadão” (VIEIRA, op. cit., p. 21), pois, “no Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados”. Já no Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos. (BOBBIO, 2002, p. 61, apud VIEIRA, loc. cit.).

Rocha (1996a, p. 36) leciona que o princípio da igualdade é necessário para a edificação de “uma sociedade justa e para tanto há que se desbastarem não apenas os privilégios que os nomes e as medalhas conferem e que fazem rebrilhar as desigualdades”.

Para o objeto deste estudo, é preciso tornar evidente que a identificação de um cargo público se verifica notadamente por meio das suas respectivas atribuições. Assim sendo, o processo de alteração, mitigação ou transferência destas para outro cargo existente (sem a realização do processo seletivo universal) significa burlar as normas de acesso a uma carreira do serviço público, sob o título de “reestruturação de carreira”, para beneficiar um grupo específico de pessoas, provocando uma clara desigualdade e um desrespeito para com os demais cidadãos.

Saliente-se, pois, que mesmo as desigualdades pequenas, descoloridas sobre enfoques enganadores, sorrateiramente inculcadas, artificialmente criadas pelos próprios homens em benefícios do criador, também promovem a injustiça, “travam a dinâmica social séria, induzem à violência. A lei que afirma a igualdade dos homens não é bastante se não vem acompanhada de instrumentos capazes de torná-la um princípio eficaz”. (ROCHA, 1996a, p. 36).

Numa democracia e muito mais em uma República, os cidadãos precisam ter as mesmas oportunidades de acesso aos cargos públicos e respectivas atribuições para, querendo, poder vir a realizar as suas vocações e os seus interesses na esfera estatal. E isto deve ser materializado tão-somente pela única via permitida pelo ordenamento jurídico que é a realização de concurso público.

E por falar em República, o princípio da isonomia, segundo Ataliba (2007, p. 160) é uma decorrência imediata daquela, haja vista que se irradia sobre os demais princípios constitucionais, de modo a afetar a elaboração das leis e dos atos administrativos, visto que não teria cabimento os cidadãos se reunirem em República, erigirem um Estado, outorgarem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, “para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem - seja de modo direto, seja indireto - a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime”.

Um Estado criado em rigorosa isonomia cidadã não tem poderes para criar privilégios, engendrar desigualdades, favorecer grupo de pessoas, ou atuar em detrimento de quem quer que seja, já que “a *res publica* é de todos e para todos.” Os poderes que recebem dos membros da coletividade “devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade”. (ATALIBA, loc. cit.).

Dentre os vários princípios constitucionais, Ataliba (loc. cit.) preconiza ser a igualdade o primeiro alicerce da estrutura básica da sociedade (CF/88) “e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicaneamente, decidiu criar. [...]”. Em todas as manifestações do Estado, a isonomia há de se expressar e o princípio da igualdade tem que estar presente.

No pensamento do referido mestre (loc. cit.), mesmo nos casos excepcionais em que a competência dos órgãos “não se cinjam à aplicação da lei, ainda aí, a isonomia é princípio que impera e domina. Onde seja fraudado, traído, violado,

mistificado, “há inconstitucionalidade a ser corrigida de ofício ou mediante pronta correção judicial”.

O princípio da igualdade é tão potente que “toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão aos seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais.” Ele é como “a pedra de toque do regime republicano”. (ATALIBA, 2007, p. 160 e ss.).

Realmente, não é o que acontece na maioria dos Estados brasileiros, inclusive na Bahia, como poderá ser observado no resultado da pesquisa constante do Quadro 2, capítulo 3.

No caso da Bahia, o governo deste Estado, utilizando-se do pretexto de defesa dos interesses públicos (racionalidade e eficiência da máquina de fiscalização para melhor atendimento dos pleitos da coletividade) promoveu o atendimento de interesses particulares ou de um grupo de servidores que queriam uma benesse, i.e., exercer atribuições privativas do cargo de Auditor Fiscal sem serem submetidos ao processo seletivo universal, específico para titularização deste ofício.

Uma boa prática administrativa, para evitar situações dessa natureza, seria embeber nos gestores os ensinamentos de Rawls (2008, p. 4 e ss.) para a promoção de uma sociedade justa, em que “as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis” e que os direitos consignados na estrutura básica (Constituição) “não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais” ou de grupos de pessoas.

Perfilhando com o entendimento do Ministro do STF, Ayres Britto, cargo público é um todo pró-indiviso, é um plexo de atribuições (funções) unitárias com indivisíveis unidades de competência, de acordo com a natureza e grau de complexidade das mesmas, criados por lei e com número certo, cujo exercício é precedido do necessário concurso público previsto na CF/88. (MS 26.955/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia, plenário de 01/12/2010).

Assim sendo, a referida benesse tem os requisitos básicos para ser caracterizada como a mais nova forma de patrimonialismo, travestida de corporativismo, denominada de “reestruturação de carreira”. Note-se que, desde o século XX, o corporativismo já era conhecido de todos como “uma nova forma institucionalizada de apropriação privada da coisa pública”. A diferença entre ambos é que “no patrimonialismo se confunde o patrimônio público com o da família”,

enquanto que “no corporativismo o patrimônio público é confundido com o patrimônio de grupos de interesses ou corporação”. (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 94).

Quadra aqui, para o mais cabal esclarecimento do tema e para que fique perceptível aos olhos do cidadão mais simples como se materializa a nova modalidade de patrimonialismo que está sendo engendrada com o nome de “reestruturação de carreira”, trazer à baila o fato de que o cargo estatal é um patrimônio público, i.e., o posto público de uma carreira é um patrimônio do Estado, inclusive as suas atribuições respectivas, mormente as mais nobres e geralmente classificadas como privativas ou indelegáveis.

Sendo assim, os cidadãos que logram êxito no processo seletivo, também público, recebem da sociedade o direito ao exercício das atribuições do cargo enquanto nele investido e detêm as garantias estatutárias e a proteção que a Constituição lhes reservar, servindo esta última como limitadora das investidas a serem eventualmente praticadas pelos governantes.

Já a referida “reestruturação de carreira” é uma maneira de apropriação do patrimônio público por um “grupo de pessoas” interessadas na mesma, i.e., de servidores que serão contemplados com essa benesse. Assim, ao se fazer a transferência de atribuições nobres de um cargo público (patrimônio público) para patrimônio de grupos de pessoas interessadas nesse benefício (corporativismo), operou-se a nova modalidade de patrimonialismo camuflada com a denominação de “reestruturação de carreiras”.

Bresser-Pereira (op. cit., p. 94) conceitua esse corporativismo como uma maneira de representação de interesses que é, ao mesmo tempo, legítima e perversa: Afirma ser “legítima porque faz parte da lógica política do capitalismo contemporâneo que os grupos sociais se façam representar politicamente e defendam seus interesses. É perversa porque esses grupos”,

[...] ao invés de admitirem que estão defendendo interesses particulares, tendem a identificar seus interesses particulares com o interesse público. Quando alguém ou algum grupo defende explicitamente seus interesses junto ao Estado, esta ação é absolutamente legítima. Deixa de sê-lo, entretanto, quando a argumentação utilizada esconde ou minimiza os interesses particulares representados, pretendendo afirmar os interesses gerais. Nesse caso, a probabilidade de que esteja havendo um processo de privatização da coisa pública é muito grande.

Contrário ao patrimonialismo e à pessoalidade, Rawls (op. cit.) esclarece que nenhum dos princípios de justiça se aplica a distribuições de determinados bens (atribuições de cargos públicos) a determinados indivíduos que possam ser identificados por seus próprios nomes, a exemplo de um grupo de pessoas que já trabalham no serviço público estatal. A situação em que alguém (governante) estuda como distribuir certos bens (atribuições de cargos públicos) entre os necessitados que conhece (servidores públicos) não se insere no âmbito dos princípios.

Bonavides (2008, p. 217) despacha a “receita constitucional da democracia participativa [...] para salvar esse doente que é o Brasil [...] porque lhes falta o alicerce moral, a ética governante, a fidelidade à coisa pública [...]”.

Para evitar essa privatização ou captura da coisa pública por grupo de pessoas, precisa-se estar vigilante e utilizar, de forma intensa, dos mecanismos democráticos de controle por intermédio do parlamento, da imprensa, das representações coletivas, entidades de classe, órgãos de controle institucionalizados (Ministério Público, Tribunal de Contas etc.) e do controle social direto.

E o mais interessante é que isso acontece quando o próprio Estado, consoante registro feito no Quadro 2 do capítulo 3, passa a atuar além dos limites de sua competência legiferante, pois, por exemplo, amparado tão-somente em um superficial manto protetor de suposta necessidade de racionalidade e de eficiência administrativas e com o falso fundamento de que, com essas reestruturações nas carreiras estatais, haverá incremento na arrecadação, emascula o exercício da cidadania ao não promover o necessário e imprescindível concurso público.

No entanto, é o próprio Estado que deveria estar atento para o fato de que o princípio da igualdade jurídica está em expansão continuada, com o surgimento de “novos veios de florescimento da igualação” através das ações afirmativas. Ele se edifica de maneira sempre mais e mais afeiçoada a três idéias: a universalização de iguais oportunidades para as pessoas, o respeito às individualidades e a garantia de subsistência das diferenças. (ROCHA, 1996b).

É a constante e persistente busca da igualdade de oportunidades, de acordo com Rocha (op. cit.), que o princípio da acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos proporciona, possibilitando às pessoas e impondo ao Estado efetivar verdadeiramente o princípio da igualdade jurídica. Não se destratam os cidadãos de uma República segundo caprichos pessoais, conveniências, privilégios ou quaisquer elementos externos à qualificação que se lhes exige para o

desempenho dos encargos, competências e das atribuições de que devem desincumbir no exercício que lhes seja especificado na lei e no edital do concurso público.

Pelo exposto, é imperioso ser vigilante para poder fazer a cobrança no sentido de “obrigar as entidades políticas a cuidar para que todos os cidadãos se dotem de condições materiais, intelectuais, psicológicas, políticas e sociais mínimas que os habilitem à disputa do cargo, da função e do emprego público”. (ROCHA, 1999a, p. 149).

Bueno (1978, p. 414) afirma que “a admissão dos cidadãos nos cargos públicos, sem outra diferença que não seja de seus talentos e virtudes, é uma bela e lógica conseqüência da igualdade perante a lei”. Ainda, referindo-se aos privilégios, esclarece que

Não são, pois, as condições de nascimento, as distinções, ou prejuízos aristocráticos, e sim a capacidade, as habilitações, o mérito pessoal, que dão a preferência aos cargos públicos; é uma conquista preciosa da civilização e da justiça que introduz importantes resultados.

Segundo o magistério de Odalia (2008, p. 167), “[...] como decorrência do fato de todos serem iguais perante a lei, as dignidades, os cargos e os postos de trabalho públicos serão acessíveis a todo cidadão francês.” Portanto, essa regra da igualdade para acesso aos cargos públicos remonta à Declaração francesa de 1789, onde no seu artigo 6º prevê que a admissão (seleção) deveria ser em função da capacidade dos cidadãos a ser aferida tão-somente através das suas virtudes e dos seus talentos:

Artigo 6º - A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Isto mesmo, o cidadão tem o direito de disputar, igualitariamente, pelo acesso aos cargos públicos, e respectivas atribuições a eles inerentes, e não deixar que outros venham a recebê-los (o cargo e/ou as atribuições) como moeda de troca disfarçada, prejudicando aqueles que não são “amigos do rei”, que não estão atados por laços umbilicais de gratidão ao poder pessoal de quem promove essas espécies

de transformação de cargos ou “reestruturação de carreira”, sem o meritocrático processo seletivo universal.

Evitar procedimentos dessa espécie significa começar com a interrupção de séculos de violações de direitos coletivos (ações patrimonialistas) para a construção de novos tempos de justiça por meio do concurso público, de modo que o patrimonialismo dissimulado não se instale na máquina pública com vocação de perpetuidade.

Daí é que nasce o compromisso do cidadão com a coisa pública do seu Estado e deste com o seu cidadão, que é contemplado (por meio de certame seletivo) com o cargo ou emprego público como direito fundamental. Cabe atentar que o compromisso deve ser com o Estado (perene), com a coisa pública, e não com o Governo que é passageiro.

Segundo Miranda (2002, p. 191), democracia é “a participação do povo na ordem estatal: na escolha dos chefes, na escolha dos legisladores, na escolha direta ou indireta dos outros encarregados do poder público”.

Povo aqui é entendido como cidadão, que faz escolhas. Isso é o que acontece também quando o cidadão faz a opção (escolha, portanto) por concorrer a um posto público para participar dos poderes estatais, do mais simples até o mais elevado grau, que seja significativo para a sua vida pessoal e para o atendimento das necessidades dos demais membros da sociedade. Esse ingresso na esfera pública é mais digno de nota quando diz respeito ao acesso a um cargo de Juiz, Procurador, Defensor Público, Auditor Fiscal, Auditor do Tribunal de Contas etc. É o cidadão participando, disputando, competindo e decidindo sobre o que é melhor para todos, em temas de políticas públicas, defesa dos interesses da coletividade, redistribuição de renda, dentre outras atribuições.

Não obstante, outras ilegalidades também são perpetradas contra a cidadania e o instituto do concurso público, a exemplo das questões consideradas por Dallari (2006) como controvertidas: nomeação para cargos de comissão; nepotismo (AMORIM, 2010; BARROSO, 2006) e sua nova feição – “terceirização ilícita” (VIOLIN, 2008); contratação temporária (TOURINHO, op. cit.); e editais de seleção restritivos (pela idade, sexo, religião, formação técnica, exame psicotécnico, investigação social, provas e títulos etc.), mas que não serão objeto de análise detalhada no presente estudo. (MOTTA, 2006).



Contudo, é de sobremaneira importância destacar alguns detalhes contidos na ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a melhor interpretação que se deve adotar quanto ao nepotismo, pois esse julgado irradia efeitos sobre as outras formas de patrimonialismo, visto que “a vedação de nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática”, pois trata-se de “proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”. (STF. RE 579951, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 23-10-2008, tendo também como precedente no STF a ADC 12-MC/DF).

Ainda, referido Ministro esclarece que o nepotismo “tem origem no latim, derivando da conjugação do termo nepote, significando sobrinho ou protegido, com o sufixo “ismo”, que remete à idéia de ato, prática ou resultado”, portanto com o “favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ou privada”.

Antes mesmo desse posicionamento do STF, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 007/2005, onde registra essa preferência existente nas relações de trabalho ou emprego com a substituição da “avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco”. Pontua ainda que referido expediente “viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público”.

No entanto, Bresser-Pereira (op. cit., p. 89) já antecipa que para evitar o nepotismo e demais modalidades semelhantes de apropriação indevida da coisa pública, que o caso indicado no capítulo 3 representa, deve-se utilizar as instituições do direito administrativo, *v.g.*, a gestão pública, principalmente quanto ao processo seletivo para a admissão de servidores, a ser feito através do meritocrático concurso público.

Ainda há um Brasil vivo, segundo Bonavides (op.cit., p. 217), querendo sustentar “aquela pauta de valores sobre a qual, com a expulsão do pessimismo, reconstruir-se-á o País arruinado, soerguer-se-á a Constituição e resgatar-se-á o futuro das gerações por vindouras”.

### *2.2.1.2 Os princípios de justiça de John Rawls e a igualdade de oportunidades no acesso aos cargos públicos*

O primeiro princípio de justiça de Rawls (op. cit.) refere-se a liberdades básicas iguais para todos, no sentido de que cada pessoa deve ter um direito igualitário ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos.

Isso que dizer que as leis que definem as liberdades fundamentais (direito ao voto e a exercer cargo público; de expressão e reunião; de consciência e pensamento; direito à propriedade etc.) devem ser aplicadas igualmente a todos, da forma mais abrangente possível e compatível com uma liberdade semelhante para todos.

Já o segundo princípio diz respeito às desigualdades econômicas e sociais e subdivide-se em dois requisitos que devem ser satisfeitos. Cabe aqui mencionar apenas um deles, denominado de “princípio da diferença”, que está relacionado ao que ora procura-se dialogar, i.e., ao fato de que “as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que [...] estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”. (RAWLS, op. cit., p. 100).

Referido autor adiciona que há duas situações em que a igualdade equitativa de oportunidades deve ter preferência. Também é o caso de abordar apenas uma delas que expressa a mensagem de que “a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades”. (RAWLS, op. cit., p. 376).

Rawls (op. cit., p. 80) também ensina que “as carreiras estão abertas aos talentos” e que a estrutura básica da sociedade deve satisfazer ao princípio da eficiência de modo que “os cargos estejam abertos aos que estão capacitados e dispostos a lutar por eles” e que isto levará a uma distribuição justa. E pontua (loc. cit.): “acredita-se que atribuir direitos e deveres dessa maneira resulta num sistema que distribui riqueza e renda, autoridade e responsabilidade de maneira equitativa, qualquer que essa distribuição venha a ser”.

Pelos postulados citados por Rawls (op. cit.), fica evidente que as carreiras/cargos e as respectivas atribuições, responsabilidades, autoridade, direito

e deveres a eles inerentes devem estar abertos a todos para serem disputados por meio de um sistema justo, de modo que os mais capacitados, talentosos e que estejam com vontade de lutar por eles sejam os seus legítimos detentores. Evidente que isso somente pode ser feito, com respeito aos princípios constitucionais, pela via do concurso público e nunca, portanto, por meio de “reestruturação de carreiras”.

Difícil de acreditar, mas, mesmo com a regra do concurso público constante da estrutura básica da nossa sociedade (art. 37, incisos I e II da Constituição da República), ainda presencia-se, como é do conhecimento de todos, um quadro estatal cujas estruturas ainda ostentam índices escandalosos de corrupção, onde reina a vaidade e os desmandos, geralmente imputados àqueles que estão na cúpula da República, nas três esferas de Poder, tudo decorrente de um passado histórico marcado por diversos desvios de condutas, aliado a opções e ações políticas equivocadas, em geral de cunho patrimonialista, herdadas do período colonial que infelizmente se perpetuam no presente.

Nesse diapasão, “os meios já deram mostras, pela corrupção, de que comprovadamente são os governantes ou autores da ingovernabilidade” e que a unidade responsável pela “ruptura da adequação dos meios aos fins, do quebrantamento da unidade [constitucional], harmonia, independência e equilíbrio dos poderes, não tem sido outro senão o executivo”. (BONAVIDES, op. cit., p. 211-212).

Ainda com relação ao patrimonialismo, pode-se novamente tomar de empréstimo as palavras de Rawls (op. cit., p. 78) para inferir que nenhum dos princípios de justiça se aplica a distribuições de certos “bens a determinados indivíduos que possam ser identificados por seus próprios nomes”. Os casos “em que alguém estuda como distribuir certos bens entre os necessitados que conhece” não se inserem no âmbito dos princípios.

Os princípios de justiça de Rawls (2003, 2008) se destinam a regular arranjos institucionais básicos, como ocorre com o princípio do concurso público. Assim sendo, não se deve supor que haja grandes semelhanças, do ponto de vista da justiça, entre a distribuição administrativa de bens (atribuições, responsabilidades, autoridade, poder de decisão) para pessoas específicas ou grupos de pessoas interessadas, como ocorre com a adoção da reestruturação de carreiras, e a estruturação apropriada da máquina pública da sociedade por meio de cargos e posições distribuídos através de séria e rigorosa seleção pública. Nesta última

hipótese, verifica-se a meritocracia reinando, assim como a impessoalidade, a igualdade, a moralidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, tudo isso para que essa estrutura tenha as suas peças arrumadas com os melhores e os mais capacitados membros de uma coletividade.

Às vezes isso passa despercebido, principalmente quando há “acordos” entre as partes diretamente envolvidas – o governante e os grupos de pessoas interessadas em galgar uma posição mais nobre na estrutura do Estado. O primeiro, como na época do patrimonialismo colonial, distribuindo favores ou bens públicos (atribuições inerentes a cargos de maior *status*, no caso analisado no capítulo 3) e o segundo assegurando a fidelidade, a serventia e obviamente os votos, no processo eleitoral, ao poder concedente.

O princípio da justiça com equidade de John Rawls (2003, p. 59 e ss.) é vocacionado para atrair talentos superiores e incentivar os melhores desempenhos no exercício das atividades de um ofício público, desde que a seleção desses talentos se concretize por meio do concurso público, pois esse princípio expressa a convicção de que, se alguns cargos não estão abertos a todos em condições equitativas, os excluídos estariam certos de se sentirem injustiçados, mesmo que se beneficiassem dos esforços maiores daqueles autorizados a ocupá-los. A queixa dos excluídos seria justificada não só porque foram impedidos de vivenciar, em igual oportunidade, a realização pessoal resultante do exercício competente e dedicado de deveres sociais, mas também porque seriam privados de uma das principais formas de bem ou patrimônio humano (acesso aos cargos públicos).

Giddens (2007, p. 253-254) também revela que a “igualdade de oportunidades, evidentemente, é já há muito um tema da esquerda, tendo sido amplamente sacralizada na política”, principalmente no campo da educação. “Todavia, muitos na esquerda acharam difícil aceitar seus correlatos”, isto é:

O fato de que deve haver incentivos para estimular os talentosos a progredir e de que a igualdade de resultados tipicamente cria desigualdade de resultados antes maiores do que menores. A igualdade de oportunidade também tende a produzir altos níveis de diversidade social e cultural, já que os indivíduos e grupos têm a chance de desenvolver suas vidas como julgarem melhor.

Como a competitividade está inserida no processo seletivo público, os talentosos certamente progredirão. O papel do governo é dar condições para que os

cidadãos possam competir de forma igualitária, investindo fortemente em educação pública de qualidade e não fazer igualações “forçadas” por meio de instrumentos como o da “reestruturação de carreira”, i.e., transferência de atribuições nobres de cargos públicos da esfera estatal para outros de menor *status*, burlando o recrutamento via concurso público.

Por outro lado, “os socialistas admitem uma posição ainda mais avançada do princípio da igualdade, como João Mangabeira em *A oração do paraninfo* (Rio de Janeiro, 1945)”, onde diz o seguinte: “Assim, não basta a igualdade perante a lei. É preciso igual oportunidade. E igual oportunidade significa igual condição”. (FERREIRA, 1991, p. 145). Como, por exemplo, no direito de competir com os demais cidadãos por um espaço ou uma posição mais qualificada na esfera pública.

Isto posto, “o governo e o Estado não devem ‘alimentar, abrigar e vestir’ seus cidadãos, mas devem ‘assegurar condições dentro das quais’ os integrantes da sociedade “possam conquistar com esforços próprios todo o necessário para uma plena eficiência cívica”. (HOBHOUSE, 1911, p. 148 e 152 apud GIDDENS, 2007, p. 254).

Grosso modo, ressalta-se que não existem cargos sem atribuições e nem atribuições sem cargos, visto que as funções de confiança (art. 37, V da CF/88), também dotadas de atribuições, são exercidas por ocupantes de cargos públicos. Se o poder público destina a algumas pessoas atribuições de poder de soberania, sem a abertura dessa oportunidade a todos os cidadãos, para que possam disputá-las em condições equitativas, significa que se operou uma fraude ao processo seletivo público (art. 37, II da CF/88).

É exatamente isso que ocorre com a citada transformação ou “reestruturação de carreira”, quando utiliza a forma dissimulada de transferência de atribuições de cargos nobres ou de carreiras exclusivas de Estado (v.g., lavratura de auto de infração pelo Auditor Fiscal) para um determinado grupo de pessoas, na tentativa de derrotar a “finalidade das normas jurídicas” (RAWLS, 2008, p. 104) previstas no art. 37, inciso II da CF/88, visto que “a distribuição [...] de cargos de autoridade e responsabilidade deve ser compatível tanto com as liberdades fundamentais” (direito ao voto e a exercer cargo público) “quanto com a igualdade de oportunidades”, porque

[...] embora a distribuição de riqueza e renda não precise ser igual, deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, os cargos de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos. Aplica-se esse princípio mantendo-se abertos os cargos e, depois, dentro desse limite, dispondo as desigualdades sociais de modo que todos se beneficiem deles. (RAWLS, op. cit., p. 74-75).

Pacheco (1990, p. 265) elucida um ponto importante que ainda acontece nos dias de hoje ao apontar que o único poder dos cidadãos é o poder eleitoral puro. Isto acontece porque na eleição, por exemplo, os cidadãos não são convidados a se manifestar sobre as absurdas leis que são feitas. São “chamados simplesmente a escolher as pessoas que farão essas leis; a sua intervenção eleitoral consiste exclusivamente em um ato de nomeação de legisladores”.

Pondera-se ainda, diante destas condições, em que sequer a norma do concurso público (art. 37, II da CF/88) para acesso aos cargos públicos é respeitada, não ser “possível admitir que os cidadãos legislam por representação, assim como não se pode dizer que o deputado representa a vontade legislativa de seus eleitores”, na medida em que não tem sentido “representar uma vontade que não existe, ou, juridicamente vem a ser o mesmo, que a Constituição trata como inexistente”. (PACHECO, loc. cit.).

Estamos longe de alcançar a consciência de que “legitimidade quem tem é o povo”, que ainda não legisla diretamente. “Mas um dia há de fazê-lo, sem a intermediação de canais representativos”. (BONAVIDES, op. cit., p. 211-212).

Por sua vez, mesmo sem atingir tal maturidade política, o cidadão brasileiro começa a atuar reivindicando os seus direitos, ainda que de forma paulatina, fazendo surgir um movimento impessoal e moralizador, com a inserção de “novos atores sociais, os quais têm o orgulho de ostentar o status” de servidor público, provenientes preponderantemente da classe média e das camadas mais pobres da população, “recrutados democraticamente graças ao” certame seletivo universal, “conferindo efetividade ao cânone constitucional consagrador de uma sociedade pluralista” e viabilizando “a redução das desigualdades sociais, um dos objetivos da República Federativa do Brasil”, na forma estatuída no art. 3º, inciso III, da Carta Maior. (MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 1-2).

Todavia, para salvar o patrimônio público (cargos estatais e respectivas atribuições) da “recaída no cativeiro do colonialismo” na sua nova versão patrimonialista travestida de “reestruturação de carreira”, é imperativo “ministrar à

cidadania, desde já, a lição constitucional dos preceitos que possibilitam e fazem exeqüível a imediata adoção da democracia participativa”. (BONAVIDES, op. cit., p. 345). Daí a importância dos órgãos de controle como o Ministério Público, o Tribunal de Contas e também do homem do povo, no exercício da sua posição de cidadão antenado na defesa dos interesses da coletividade.

### **2.2.2 Direitos políticos: participação no poder estatal via planejamento, execução e controle das políticas públicas**

#### *2.2.2.1 Exercício do poder pela titularização dos cargos públicos*

A estrutura de poder do Estado é composta quase sempre por carreiras com seus respectivos cargos e as atribuições a eles inerentes, com seus direitos e deveres institucionais definidos em um estatuto específico. As entidades formadoras das pessoas estatais são organizadas em quadros que dão a configuração a cada uma delas, o que lhes garantem dinâmica própria para a realização dos fins sociais. Como o poder democrático deve ser titularizado legitimamente pelo cidadão, cabe a este participar ativamente de seu desempenho. É o que acontece com a titularização dos cargos públicos, onde o administrado atua diretamente no exercício do poder constituído, principalmente quando se trata de carreiras típicas de Estado. Tal situação torna o cidadão integrante da estrutura administrativa e gestor direto da coisa pública, na condição de representantes daqueles que formam a sociedade estatal. (ROCHA, 1999a).

Numa sociedade bem ordenada, de acordo com Rawls (op. cit., p. 389), “os indivíduos adquirem o direito a uma parte do produto social desempenhando certas tarefas que são encorajadas pelos arranjos sociais existentes”, tendo em vista que “um sistema justo dá a cada pessoa aquilo a que tem direito, segundo a definição do próprio sistema. Os princípios de justiça para instituições e indivíduos estabelecem que fazer isso é justo”.

Do ponto de vista social, em função da capacidade ou do poder de influenciar decisivamente a vida dos cidadãos, as carreiras típicas ou exclusivas de Estado percebem “parcelas distributivas” (remuneração) de maior vulto e, obviamente,

essas “variações de salários e rendimentos e os benefícios especiais de certos cargos devem simplesmente” direcionar os postulantes a ocupar esses lugares, “de modo que o resultado final esteja de acordo com a eficiência e a justiça”, com base na “igualdade equitativa de oportunidades”. (RAWLS, op. cit., p. 392-397).

O exercício da cidadania é inerente à democracia e tem-se, no expressar de Rocha (1999a), o princípio da acessibilidade aos cargos públicos como um dos princípios democráticos informadores da organização do Poder Público no Estado de Direito como hoje concebido, por força do art. 37, inciso I, da atual Carta Política.

A hoje Ministra do STF continua com a afirmação de que o exercício da cidadania está intimamente vinculado ao princípio democrático e este é caracterizado como informador da acessibilidade aos cargos e empregos públicos porque ele impõe a participação igualitária, plural e universal dos cidadãos na estrutura do poder público, pela via normal do concurso público e não por intermédio de reestruturação de carreira. O cidadão, portanto, tem o direito de participar do Poder Público, inclusive compondo os seus quadros de carreiras típicas na qualidade jurídica de servidor do Estado, momento em que a titularidade do cargo público importa em ser parte ativa direta dos órgãos da pessoa estatal. (ROCHA, op. cit.).

Enfatize-se que em alguns casos esses poderes são tão importantes que podem decidir a qualidade de vida e não raro o destino dos demais membros da sociedade, v.g. a atuação dos juízes, advogados públicos, promotores, auditores fiscais.

Nesse sentido, o art. 37, I da CF/88 “é uma aplicação concreta do princípio isonômico, estatuído no art. 5º e seu inciso I”. (MELLO, 1991, p. 62).

Ainda, a acessibilidade aos cargos públicos, mormente no que se refere aos de carreira exclusivas de Estado, é uma maneira democrática de abertura de caminhos sociais que conduzem os cidadãos ao Estado, numa mão dupla pela qual trafega o poder democrático. Daí ser o princípio da acessibilidade uma manifestação do princípio da democracia, porque o seu acolhimento no sistema demonstra aquela opção, tornando-a eficaz quanto às atribuições e competências públicas. (ROCHA, 1999a).

As lições de Rocha (op. cit.) continuam convincentes ao ponto de esclarecer aos mais desavisados que a participação de servidor público no funcionamento da



máquina administrativa tem uma estreita conformidade com uma atuação de natureza política.

E isto fica mais claro principalmente quando referida autora defende políticas públicas como um complexo de comportamentos, procedimentos e normas, todos ancorados no princípio constitucional da moralidade e da impessoalidade. Ainda, pontua Rocha (op. cit.) que a execução dessas atribuições pela administração estatal enseja o exercício de uma atividade política, e a participação nessa estrutura constitui, mesmo que na forma de planejamento, execução e controle das atividades governamentais, uma forma de atuar politicamente, ainda que o conteúdo do desempenho seja primariamente administrativo.

É o que acontece com muitas das carreiras exclusivas de Estado, como a dos Auditores Fiscais, que têm o poder soberano, extroverso, de “expropriação” de parte do patrimônio do Administrado quando do processo de fiscalização ou de auditoria que culmina com a constituição do crédito tributário (lavratura de auto de infração).

Com espeque nesse pensamento, a democratização administrativa, por intermédio do concurso público, impõe a politicização de todas as formas na gestão da coisa pública, afinal as atribuições administrativas são atividades estatais que agem no desenvolvimento das funções do Poder do Estado, sendo que este é sempre político. Nesse sentido, tanto o detentor do cargo político quanto o do ofício administrativo integram, na condição de agentes, a pessoa política, e o direito de aceder a cada qual deles é o exercício político da cidadania, mormente quando a investidura no cargo estatal decorrer de seleção universal, em patamar de igualdade com os demais membros da sociedade. (ROCHA, 1996, 1999).

Nessa toada, fica claro que é limitado e passageiro o exercício da participação cidadã em um sistema democrático indireto, mas, mesmo assim, a democratização participativa e a participação democrática no acesso aos cargos públicos significam o momento de extensão e de aperfeiçoamento da experiência do pluralismo político e a superação dos embaraços apresentados no aludido sistema.

Para uma melhor compreensão dessa questão da participação cidadã, Bobbio (1998, p. 888; 2007) esclarece que existem “três formas ou níveis de participação política”: o primeiro pode ser designado com o “termo de presença” e que “é a forma menos intensa e mais marginal de participação política; trata-se de comportamentos essencialmente receptivos ou passivos, como a presença em reuniões [...]”.

Na verdade, ressalte-se que a simples presença não significa a ocorrência de participação, principalmente quando a pessoa fica inerte e não exerce nenhuma influência no processo decisório.

No que concerne à segunda forma, afirma (loc. cit.) poder “designá-la com o termo de ativação”: nesta hipótese “o sujeito desenvolve, dentro ou fora de uma organização política, uma série de atividades que lhe foram confiadas por delegação permanente, de que é incumbido de vez em quando ou quando ele mesmo pode promover [...]”, onde se encaixa a participação no poder Estatal através dos cargos públicos.

Para completar, a terceira forma é aquela que utiliza o “termo participação”. Este, “tomado em sentido estrito, poderia ser reservado, finalmente, para situações em que o indivíduo contribui direta ou indiretamente para uma decisão política”. No entanto, esta contribuição, ao menos no que diz respeito à maioria “dos cidadãos, só poderá ser dada de forma direta em contextos muito restritos”; geralmente, “a contribuição é indireta e se expressa na escolha do pessoal dirigente [...]”. (BOBBIO, 1998, p. 889; 2007).

Rocha (1999a, p. 146) ao fazer alusão aos modos de exercício da cidadania informa que “teve-se e conserva-se, pelo menos em parte, como verdadeira, a formulação das formas de participação como aquelas em que o cidadão age nas tomadas de decisões políticas específicas e momentâneas”. Por sua vez, revitalizaram-se, mais recentemente, não apenas os mecanismos de participação política consoante a concepção restrita e restritiva, “mas inclusive essa mesma concepção”, pois

Nela se passaram a inserir os modos de agir no Estado e de influir não apenas nas tomadas de decisões primárias, mas também nas decisões secundárias e de sua execução, pelo que poder ser parte da estrutura estatal e ter o direito de acesso a cargo, função ou emprego que a comونها passou a expressar uma forma de participação política.

Ainda, a citada Ministra do STF, Rocha (loc. cit.) pondera que realçar “a profissionalização do serviço público na extensão do sentido dessa participação” é algo muito importante, “pois até cargos políticos são, atualmente, ocupados por profissionais que compõem as carreiras administrativas, executivas etc.”.

Como exemplo dessa evolução, pode-se mencionar a escolha do procurador-geral da República que é realizada entre os seus pares, de acordo com o art. 128,

§1º da Carta Magna, com o destaque de que o acesso aos cargos iniciais desta carreira é sempre através de concurso público e este aspecto não se distingue de qualquer carreira meramente administrativa, tendo função e feição executivas.

De igual modo, agora, opera-se o mesmo procedimento “com o cargo de procurador-geral dos Estados e do Distrito Federal”, pois o mesmo é necessariamente escolhido, na forma do art. 132 da CF/88, entre os que podem representar judicialmente o respectivo órgão e que integram a carreira, “na qual somente pode ingressar - e, portanto, exercer aquela atribuição - o egresso e titularizado por força de aprovação em concurso público de provas e títulos”. (ROCHA, 1999a, p. 146-147).

Diante do exposto, pode-se depreender que é exatamente por esse motivo que as atribuições e as competências privativas dos postos estatais não podem ser negociadas pelo “governo de plantão”, pois as mesmas estão imbricadas aos cargos e com eles se confundem.

Assim, transferir competências privativas de um cargo (principalmente de carreira exclusiva de Estado, como o é o de Juiz, Procurador, Auditor Fiscal etc.) para outro já existente na estrutura do Estado é o mesmo que promover o provimento derivado, i.e., investidura no ofício que possui competências mais nobres, sem o necessário concurso público.

Isto quer dizer, nas palavras de Maia e Queiroz (op. cit., p. 2), que é de sobremaneira importância ressaltar que “a dignidade estatal é construída com a participação de muitos agentes públicos idealistas”, os quais devem ser selecionados “de forma totalmente imparcial por intermédio do igualitário, eficiente e moralizador mecanismo de seleção pública, i.e., por intermédio do concurso público”.

Ainda, o mais interessante dessa análise é a simples constatação de que integram esse processo tanto “os servidores públicos mais subalternos, cujo papel também é de suma importância para a imagem e eficiência do funcionamento da estrutura estatal”, como os que constituem as carreiras estratégicas e de suma relevância para a Nação, como a Magistratura, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e a Administração Tributária, “instituições que desempenham relevantes missões na defesa da ordem jurídica, dos interesses da sociedade, do regime democrático e do combate à impunidade e à injustiça social”. (MAIA e QUEIROZ, loc. cit.).

Nesse sentido, é de uma inteligência palmar a opção pelo profissionalismo e valorização do servidor, conjugado com o respeito ao ditame constitucional que adotou o certame seletivo universal como a única ferramenta colocada ao alcance de todos os cidadãos para o acesso igualitário aos cargos, empregos públicos e respectivas atribuições, com a conseqüente participação democrática do Poder Estatal, contribuindo de maneira decisiva para o desenvolvimento nacional, especialmente quando reporta-se às carreiras típicas de Estado.

#### *2.2.2.2 A República e o princípio da acessibilidade aos cargos públicos*

Rocha (1996, p. 93) salienta ser a República “o símbolo jurídico, tornado norma impositiva de um sistema de convivência política segundo o Direito, no qual a coisa do povo é exercida, efetiva, imediata e permanentemente”, de acordo com “o seu interesse, não se podendo consagrar, nesse exercício, peculiaridades decorrentes de privilégios, preferências ou preconceitos”.

Com esse desiderato, os cargos públicos são instituídos por lei e concebidos para o atendimento de uma necessidade do Estado e, para tanto, a eles são umbilicalmente vinculadas atribuições e competências específicas para que possam, os servidores neles providos por meio do concurso público, desempenhar a contento as suas funções.

Não tem amparo nas normas constitucionais, portanto, a utilização de mecanismos para desvirtuar, desrespeitar ou burlar a obrigatoriedade da oferta de trabalho/emprego a todos os cidadãos para a realização de serviços estatais por meio do processo, democrático e republicano, denominado concurso público.

Normalmente isto acontece porque os cargos com atribuições e competências de carreira típica ou exclusiva de Estado são muito cobiçados por todos (servidores já egressos e demais cidadãos), tendo em vista o “status” inerente a uma função pública que tem uma forte representatividade perante a sociedade e com características especiais, tais como remuneração, atribuições nobres ou com poder de império e competências privativas, estabilidade, prestígio, poder político, fatores estes que denotam a existência de “poder ou autoridade de Estado”, autonomia funcional etc. (FREITAS, 2007a, 2007b).

É importante ressaltar que não se está em uma Monarquia, onde as condições que os cidadãos ostentam podem, eventualmente, ser utilizadas para titularizá-los nos cargos públicos de forma diferenciada ou preferencial, sem o prévio e necessário processo seletivo universal.

Nesse sentido, não pode o Governo transferir atribuições privativas ou exclusivas de um cargo para serem exercidas por outro já existente no serviço público, pois isso fica caracterizado como uma investidura no ofício que possui competências ou atribuições mais especiais sem a realização do imprescindível concurso público.

Modalidades semelhantes a estas não merecem ser acolhidas em uma República, cuja essência dessa forma de governo “é marcada pela igualdade das condições postas como requisitos para o acesso aos cargos, funções e empregos públicos”. Aqui, na República Federativa do Brasil, “a universalização das condições de acesso revela valores internos e objetivamente demonstrados pelos candidatos a merecerem o ingresso e a permanência no serviço público”. (ROCHA, 1999a, p. 147).

Na República (*res publica*), não fica ao alvedrio do governo fazer manipulações, a exemplo da mudança ou transferência de atribuições privativas de um cargo público (v.g., Auditor Fiscal) por meio da figura denominada de “reestruturação de carreira” ou “transformação de cargos”, com caráter puramente subjetivo, para beneficiar uma pequena casta de servidores que não lograram êxito quando da realização do concurso público, para o exercício dessas nobres atribuições.

De acordo com Schwartzman (2007, p. 97), “esse patrimonialismo moderno, ou “neo-patrimonialismo”, não é simplesmente uma forma de sobrevivência de estruturas tradicionais em sociedades contemporâneas”. Mais do que isso, refere-se a “uma forma bastante atual de dominação política ‘por um extrato social sem propriedades e que não tem honra pessoal por mérito próprio’, ou seja, pela burocracia e a chamada ‘classe política’”.

Trilhando esse caminho, o Estado brasileiro não se desgruda das práticas realizadas nas administrações do período colonial em que se verificava a troca de favores: a história conta que o governante outorgava a benesse a um grupo de pessoas e os beneficiários, por outro lado, contribuía, pessoalmente ou mediante entidades de classe, para a eleição do candidato ao governo, caracterizando, sim,

uma modalidade de patrimonialismo que ainda remanesce contaminando a democracia brasileira.

Ações dessa natureza correspondem, como asseverado nas linhas precedentes, ao retorno do patrimonialismo que de há muito deveria ter sido extirpado do nosso País, pois o cargo e respectivas atribuições (patrimônio público) de poder estatal não podem ser apropriados por um grupo de pessoas, sem haver a imprescindível competição ou participação, de forma igualitária, no certame seletivo público (art. 37, II da CF/88), objetivando recrutar os mais capazes para fazer parte da estrutura do Estado que realiza os interesses da coletividade.

Ao discorrer sobre “os critérios para identificação do desrespeito à isonomia”, Mello (1993, p. 41-42) é enfático ao proferir que, “conquanto real e logicamente explicável”, no caso sob exame no capítulo 3, i.e., a reestruturação ou a transformação de carreira tem que possuir e demonstrar o apropriado liame constitucional, pois não basta estabelecer um nexó entre as situações fáticas e justificar o procedimento adotado, “requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente”. Ou seja,

As vantagens calcadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.

Com efeito, sendo o cargo público e suas atribuições um patrimônio coletivo, “qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania”. (BUENO, 1978, p.416).

O aludido mestre (loc. cit.) ao reportar-se aos privilégios, classifica-os em pessoais e reais. “Chama-se pessoais os que são concedidos à pessoa em razão de si mesma, por amor dela, ou seja, por graça [...]. Esse privilégio é odioso”, e é o que se assemelha com a referida transformação de cargos de carreiras para contemplar um grupo específico de pessoas, sem a realização do valioso concurso público, consoante explanado no capítulo 3. Afirma também (loc. cit.) ser este privilégio “[...] um péssimo meio de remunerar os serviços, ainda mesmo quando sejam verdadeiros; há mil outros meios de fazê-lo sem ferir a lei comum. Felizmente a nossa Constituição aboliu este abuso para sempre”.

Quanto aos privilégios reais, diz-se serem aqueles que não são concedidos às pessoas. São os que são conquistados e os beneficiários podem usufruir dos seus benefícios, como ocorre quando se logra êxito em uma competição pública na disputa por um emprego ou um cargo estatal. “Estes nada têm de odioso desde que o interesse público os demanda e não provém de abuso [...]”. E arremata destacando que as exceções, acaso existentes devem ser previstas no próprio texto constitucional:

Salvo pois as bem fundadas exceções reais, nossa lei fundamental não consente favores parciais, ou injustas arbitrariedades (BUENO, op. cit., p. 416).

Apesar do instituto do concurso público ser o procedimento mais acertado para recrutamento e seleção dos servidores estatais, é fundamental que o mesmo seja anunciado publicamente pelo governo dos Estados e da União e quiçá das Prefeituras Municipais, juntamente com o orçamento participativo. A divulgação da programação de todos os certames que serão realizados, ano após ano, é um modo de evitar a recorrência dessas modalidades de fraude ao concurso público, como ocorre com a indigitada reestruturação de carreira. “Aliás, imperioso que tal ocorra, para que o objetivo de erradicar de vez a privatização patrimonialista do Estado se concretize”. (SANTOS, 2006, p. 373).

Para que essas modalidades de patrimonialismo, a exemplo da denominada reestruturação de carreira não persistam (transferência de um bem público para grupo de pessoas, sem atendimento do disposto no art. 37, II da CF/88), nas palavras de Bonavides (2010, p. 96) “faz-se mister passar o quanto antes para a democracia governante e diretora, a do povo e não de governo, a do cidadão e não do suserano político”.

Afirma também que só é possível essa democracia “com uma Constituição dotada de força normativa plena, derivada da confiança e do respeito assim, de governantes como de governados”. Sem uma Constituição dessa espécie, “não haverá, por conseguinte, meio idôneo e legítimo de conciliar na sociedade princípios de liberdade, justiça, segurança e igualdade, que devem servir de base ao Estado de direito e à soberania do povo”. (BONAVIDES, op. cit., p. 96-97).

Pode-se dizer que são direitos fundamentais do cidadão, além de ter o acesso aos cargos de poder estatal, especialmente os das carreiras exclusivas de Estado,

detentoras de atribuições e competências privativas, o de continuar a exercê-los com independência, i.e., com autonomia funcional, administrativa e financeira.

Nesta senda, fica o governante, portanto, obstado de alterar, esvaziar ou transferir para outros cargos de menor significância as atribuições privativas das carreiras exclusivas ou típicas, pois estruturantes de um Estado democrático de direito e consideradas imodificáveis, na medida em que as mesmas objetivam viabilizar o atendimento das necessidades da sociedade, com vistas à obtenção da cidadania plena.

Assim, essas atribuições privativas são equivalentes às cláusulas pétreas do art. 60, §4º, inciso IV da CF/88, inalteráveis, portanto, mormente quando estas mudanças não estão fundamentadas nos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, sem o amparo inevitável da investidura prevista no art. 37, II da aludida Carta Cidadã.

#### *2.2.2.3 Carreiras típicas de Estado e o envolvimento da sociedade na definição das políticas públicas por meio do controle externo*

No processo de identificação do que seria “carreira típica ou exclusiva de Estado”, Freitas (2007a, p. 40) procura esclarecer que a expressão “*carreira*” tem um “sentido técnico assaz preciso, querendo designar aqueles cargos de provimento efetivo – portanto estatutários – que [...] se escalonam em classes hierarquizadas segundo o grau de responsabilidade ou complexidade das atribuições funcionais”.

Ainda, é “típica” porque as suas atribuições somente podem ser exercidas pelo Estado e de forma exclusiva, pois dizem respeito a “funções essenciais que exigem o vínculo institucional”. As “carreiras típicas de Estado”, portanto, devem ser formadas por cargos de provimento efetivo, cujos servidores foram “devidamente concursados e dotados de garantias aptas a minimizar os efeitos nefastos da política episódica”, evitando serem “espoliados pelos interesses partidários ou pela insopitável astúcia”. (FREITAS, op. cit., p. 41-43).

Referido autor (loc. cit.) defende a estabilidade para as carreiras típicas, não para servir para a comodidade do agente público nem tampouco para estimular a indolência, mas para o cumprimento da fidelidade plena aos princípios constitucionais e não aos chefes e poderosos da hora, de forma a oferecer a devida



proteção aos destinatários dos serviços públicos, os quais “devem atuar como sinérgicos aliados no superior desígnio de impedir que se ‘virtualize’ o Estado brasileiro, como se este pudesse deixar ser feito de pessoas para pessoas [...]”.

Para tanto, deve-se lutar para que as condutas dos membros das carreiras típicas estejam “sob o manto sagrado e finalístico da impessoal, independente e enraizada afirmação do interesse geral”. (FREITAS, 1988, p. 35-6).

As “carreiras típicas de Estado”, regra geral, têm o devido anteparo na Carta Política. É o que acontece, por exemplo, com a Magistratura, Procuradores e Promotores do Ministério Público, Auditores do Tribunal de Contas, Inspetores do Banco Central, Delegados da Polícia Federal, Policiais das Forças Armadas, Diplomatas, Procuradoria, Advocacia Geral e Servidores Fiscais da Administração Tributária.

Nesta quadra, as cinco funções do sistema de gestão do Estado, consideradas como exclusivas e indelegáveis são “planejamento, finanças públicas, administração federal, relações exteriores e forças armadas”, as quais “têm em comum o fato de serem atividades que demandam” profissionais “especializados e altamente qualificados, com regimes jurídicos e planos de carreira próprios, que assegurem aos servidores públicos estabilidade e estatutos diferenciados”. (ALBUQUERQUE, 1995, p. 159).

Então, carreira típica de Estado é aquela cujas atribuições apenas o Estado pode exercitá-las, pois essas atividades são indelegáveis e estão umbilicalmente vinculadas à mesma, devido a sua importância para a sociedade. Não é por acaso que os vencimentos pagos aos seus titulares são, geralmente, os mais vultosos dentro da estrutura da Administração Pública, cujo limite máximo de remuneração é o valor percebido por um Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo essa trilha, fatores como profissionalismo no serviço público, eficiência, meritocracia, impessoalidade no desempenho dos deveres, nas relações pessoais e nas políticas de promoção na carreira, participação no planejamento e execução das políticas das atividades-fins de Estado, estabilidade (sem acomodação), remuneração condizente com as responsabilidades e atribuições inerentes ao cargo, reconhecimento (*status*), respaldo institucional e certa dose de poder político, além do necessário controle externo, devem acobertar as carreiras típicas de Estado, pois também são itens motivacionais para atração de pessoas capacitadas para o ingresso nas mesmas.

Atente-se, ainda, que a maioria dessas características são requisitos essenciais para o cumprimento de responsabilidades complexas que requerem profissionais especializados para o desempenho das atribuições ou das tarefas vinculadas ao cargo ocupado pelo servidor.

Observe-se que FHC, no prefácio da obra de Bresser-Pereira (1998, p. 9), destaca a importância das carreiras típicas ao dizer que a garantia da maior eficiência e da “desprivatização” ou da eliminação do patrimonialismo do Estado, será adquirida “através da valorização da competência e da integridade dos funcionários em carreiras de Estado”. Ainda diz ser este um aspecto inseparável do novo Brasil que se está construindo, “o Brasil da democracia, da estabilidade econômica e da seriedade no trato dos assuntos públicos”.

Por outro lado, faz-se necessário ressaltar outro aspecto, objetivando municiar o Estado de ferramentas para realizar um serviço público de qualidade, qual seja o enfrentamento da precariedade dos controles interno e externo dos atos e ações administrativas do poder público. O interno, realizado pelos órgãos de Estado (Tribunais de Contas, Corregedorias etc.), precisa fazer com que a CF/88 seja respeitada, de modo a dotar a máquina pública de transparência, pois é através desse instrumento que se combate a corrupção.

Quanto ao controle externo, permitir e estimular a efetiva participação da sociedade civil, objetivando dotar o Estado de gestores e funcionários com uma cultura voltada para o profissionalismo nas ações de servir aos cidadãos, com ética, transparência e probidade.

Blau (1966, p. 128-129) analisando a teoria de Weber, também defende que a estabilidade, juntamente com normas e procedimentos padronizados em um sistema burocrático eficiente e flexível, proporciona a aplicação da impessoalidade que tem “a função de impedir a intrusão de [...] fatores” (sentimentos, tendências pessoais, cooptação, interferência político-partidária e de entidades de classe etc.) “nas decisões oficiais”.

Propugna, complementando as palavras do referido autor, a existência de uma “rigorosa disciplina impessoal, sob a qual os membros da burocracia devem operar”, e, para evitar a desmotivação no exercício das atribuições, é importante a existência da estabilidade, pois “as carreiras estáveis promovem a lealdade para com a organização e neutralizam os efeitos inconvenientes”.

São esses “valores que legitimam o sistema burocrático de autoridade [...], isto é, que ‘normalmente tornam possível tratar uma questão pessoal impessoalmente’”. (HOPKINS, op. cit., p. 70).

Todas as carreiras típicas de Estado deveriam ter um controle externo semelhante ao adotado em 2004 e em 2005, respectivamente pela Magistratura e Ministério Público, visto que é o “equilíbrio dinâmico que a organização desenvolve em relação ao seu meio” que define “o grau de persistência e desenvolvimento” das importantes características burocráticas, tais como “especialização de papéis e tarefas, predominância de normas autônomas, racionais e impessoais e a orientação geral para a realização racional e eficiente de objetivos específicos” (EISENSTADT, op. cit., p. 75-76), em atendimento ao comando do expresso no § 3º, inciso I do art. 37, da CF/88.

Para que seja perseguido esse “equilíbrio dinâmico” nas carreiras típicas de Estado, Eisenstadt (op. cit., p. 76-77), enumera três fatores que devem ser observados: (1) manutenção da sua “autonomia e caráter próprios” que são as “características estruturais básicas que a diferenciam de outros grupos sociais e dentro dos quais ela realiza seu objetivo ou objetivos”; (2) impedir que ocorra a tendência normal da burocratização excessiva, visando “a uma arregimentação de diferentes áreas da vida social” e a determinado grau de deslocamento de seus fins assistenciais a favor de vários interesses públicos, de poder e orientação; (3) evitar a total desburocratização, i.e., a “subversão dos objetivos e atividades da burocracia no interesse de diferentes grupos, com os quais está em íntima interação (clientes, partes interessadas)”. E acrescenta, quanto a este último aspecto:

Na desburocratização, os caracteres específicos da burocracia – tanto em termos de sua autonomia, como de suas normas e objetivos específicos – são minimizados até o ponto em que suas próprias funções e atividades são assumidas por outros grupos ou organizações. Exemplos são encontrados nos casos em que [...] tentam desviar as normas e o funcionamento de uma organização burocrática [...] em benefício próprio ou segundo seus valores e objetivos [de grupos, de associações etc.]. Essas associações reclamam dos membros das organizações burocráticas o desempenho de tarefas que estão obviamente além da específica competência [...].

E finaliza referido autor (op. cit., p. 77) demonstrando a importância do controle externo, ora defendido para ser aplicada em todas as carreiras típicas de Estado: uma carreira de Estado ou “uma burocracia estável orientada para a

prestação de serviços [...] se baseia na existência de algum equilíbrio ou *modus vivendi* entre autonomia profissional e controle social (ou político)”.

Nesse sentido, consta do preâmbulo da CF/88 que o Brasil é um Estado Democrático. Ainda, o parágrafo único do art. 1º reza que o poder pode ser exercido diretamente pelo povo. Ou seja, a sociedade brasileira, por viver numa democracia que prima pela liberdade, já atingiu “um estágio de desenvolvimento de vida social” que justifica ter o privilégio de participar mais ativa e diretamente nos “negócios” da vida pública.

Consoante Michels (1966, p. 92), “liberdade e privilégios – e, entre estes últimos, o direito de participar na gestão dos negócios públicos – são, no princípio, limitado a poucos.” Os novos tempos “caracterizam-se pela expansão gradual desses privilégios a um círculo mais amplo”. E o controle externo perante as carreiras típicas de Estado seria uma maneira de colocar em prática o exercício democrático de participação da sociedade na gestão das atividades públicas essenciais ao desenvolvimento da Nação.

Igualmente, Bonavides (op. cit., p. 344-345) vislumbra nesse novo milênio uma nova classe política que ele denomina “cidadão partícipe, vocacionada, de imediato, para a democracia direta; aquela que entra em substituição aos corpos representativos [...]”. Essa nova democracia direta emprega a “feição aberta de uma democracia participativa, qualificada pela suprema presença do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa”.

Noutras palavras, “não faz sentido democratizar o Estado se simultaneamente não se democratizar a esfera estatal. Só a convergência dos dois processos de democratização garante a reconstituição do espaço público de deliberação democrática”. (SANTOS, op. cit., p. 372).

Nesta senda, o controle externo, com ampla participação dos diversos atores envolvidos, conjugado com a transparência (publicidade) dos atos normativos, inclusive da remuneração percebida pelos servidores públicos (§ 6º. do art. 38 da CF/88) e das ações envolvendo as atividades das carreiras típicas de Estado são fundamentais, pois, destarte, caracterizam-se como excelentes aliados na luta para se evitar os desvios, a corrupção, bem como para a cobrança de um desempenho profissional com qualidade, eficiência e eficácia na prestação dos serviços para a coletividade, pois “a corrupção é igual ao monopólio mais a liberdade de ação

menos a prestação de contas". (KLITGAARD, 1975, apud ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 70).

### **2.2.3 Direitos sociais: o emprego através do concurso público**

#### *2.2.3.1 O trabalho na esfera pública e a participação no total de empregos no país*

O Brasil tinha 8,2 milhões de funcionários públicos em 2008, apenas na administração direta, número que correspondia a 20,8% de todos os trabalhadores com empregos formais no país e os servidores públicos que trabalham nas três esferas de poder (federal, estadual e municipal) correspondiam ainda a 4,3% da população total do Brasil. (SANTOS, 2009). Esse índice era de 4,9% da população em 2001, situação essa que sinaliza a possibilidade de uma maior participação do Estado no total de trabalhadores brasileiros, principalmente quando se compara esse quadro com o de outros países.

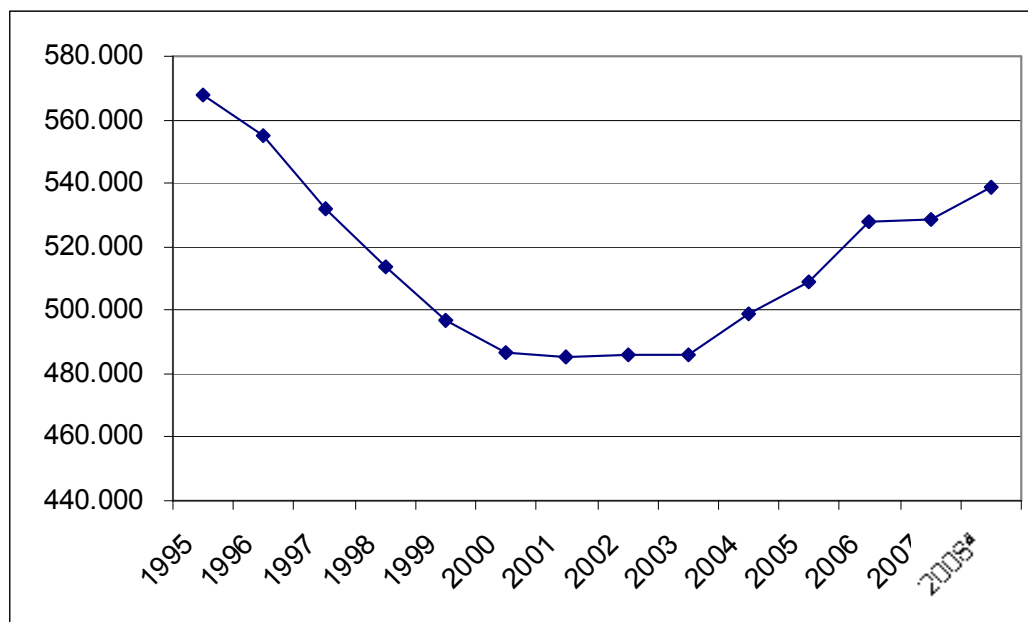
Já no ano anterior (2007), o setor público empregava 21% dos trabalhadores formais no Brasil, em consonância com levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), com base em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2007. Dos 37,6 milhões de trabalhadores com carteira assinada pelo regime celetista e estatutários, cerca de 8 milhões trabalham na chamada administração direta. (CONCEIÇÃO, 2009).

Ainda, verifica-se nessa pesquisa que, se somados os servidores da administração direta, indireta e empresas estatais, o número de empregados do setor público sobe para 10 milhões. O Poder Executivo reúne 79% desse total; o Legislativo, 1,7%, e o Judiciário, 2,7%. Na administração indireta, estão 8% dos empregos do setor público e as estatais reúnem os 8,4% restantes.

De acordo com esse estudo, as administrações municipais empregam o maior número de funcionários públicos: 4,3 milhões ocupados nas 5.564 cidades brasileiras. Em seguida, vêm as administrações estaduais, que reúnem 3,1 milhões de servidores, e o governo federal, com 676 mil funcionários.

Esse número é reduzido para algo em torno de 540 mil servidores, considerando-se apenas o Poder Executivo Federal.

**Gráfico 1 - Evolução (1995-2008) do quantitativo de servidores civis ativos, do Poder Executivo Federal**



Fonte: Santos (2009).

Pelo exposto no Gráfico 1, fica notório que a drástica redução do quantitativo de funcionários públicos ocorreu no Governo FHC (1995-2001) e principalmente em decorrência das privatizações. Com os novos concursos públicos realizados, iniciados no referido governo e em especial no Governo Lula, a posição de 2008 já ultrapassa o existente em 1997, mostrando, agora, uma clara opção de fortalecimento do Estado brasileiro, mormente no que concerne ao revigoramento das carreiras exclusivas de Estado. (SANTOS, op. cit.).

### 2.2.3.2 A cidadania exercitada no Brasil com a contratação de servidores através de concursos públicos

Bresser-Pereira (1996, p. 14; 1998, p. 193) assinala que o mérito maior da CF/88 “foi ter tornado obrigatório o concurso público para a admissão de todo e qualquer funcionário. Esse foi sem dúvida um grande avanço, na medida em que

dificultou o empreguismo público”, afastando, destarte, a recorrência de práticas patrimonialistas (clientelismo, fisiologismo, paternalismo, apadrinhamento).

Com essa medida, ocorreu uma contribuição significativa para a profissionalização do serviço público, fazendo com que o Governo Federal contratasse 141 mil funcionários no período 1995-2008, das quais 89.205 desde 2003. Logo, as principais áreas/atividades contempladas foram: segurança pública, regulação, previdência social, educação, saúde, fiscalização, controle e gestão, sendo que, apenas nas 10 Agências Reguladoras Federais, foram providos por concurso, desde 2004, mais de 5.300 cargos. (SANTOS, op. cit.).

De acordo com estudos realizados por Pereira (2009), cabe observar que, na década de 80, período em que o Brasil convivia com elevado nível inflacionário, foi constatado “que a política salarial vigente na época - que tinha como objetivo corrigir as perdas inflacionárias -, era aplicada somente para o setor privado.” E complementa:

Os salários no setor público não eram corrigidos de forma automática por nenhum dos índices existentes. [...] Verifica-se, nesse período, que as motivações de greve ocorrida no setor público tinham como fator estimulador uma causalidade econômica e salarial. [...]. Nesse contexto de esvaziamento do setor público, verifica-se uma queda significativa do interesse de profissionais com maior qualificação e talento de fazer carreira na Administração Pública.

Ainda, o referido autor (op. cit.) expõe que esse quadro começa a ser alterado no governo FHC, “que modificou significativamente a política de remuneração que vinha sendo praticada desde a Constituição de 1988”. Enquanto que a tradição sempre foi a de corrigir os salários linearmente (mesmo índice de reajuste para todos os servidores), a partir de 1995 o governo FHC passou a praticar aumentos diferenciados, buscando corrigir distorções entre o setor público e o setor privado.

Tradicionalmente, os salários do setor público sempre foram mais elevados que os do setor privado para os cargos de menores qualificações, e inferiores nos cargos mais qualificados. (PEREIRA, 2009).

Essa situação começou a ser alterada a partir de 1995, mesmo ano da elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado do Ministério de Administração e Reforma do Estado (MARE), porém ainda contemplando a lógica mencionada, pois a comparação das remunerações médias dos setores privado e público era a seguinte:

**Tabela 1: Salários médios — setor privado e setor público (em R\$ de maio/1995)**

Nível dos cargos	Salário médio	Salário médio	Diferença
	setor privado	setor público	
Cargos executivos	7.080	6.069	- 14%
Cargos de nível superior	1.899	1.814	- 5%
Cargos de nível médio	926	899	- 3%
Cargos operacionais	437	635	+ 45%

Fonte: MARE, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995.

Diante do exposto, como houve um processo de desvalorização das carreiras estruturantes e típicas de Estado, agravada mais ainda com o desmonte da máquina pública praticado no Governo Collor, era natural que os filhos de pais funcionários públicos procurassem carreiras para atuar como profissionais liberais ou trabalhar em grandes empresas privadas em busca de progresso social e econômico.

Segundo Carneiro (op. cit.), a deterioração dos salários, a perda de perspectiva de ascensão profissional no espaço estatal, “o loteamento de cargos, a hostilidade de sucessivos governos em relação ao funcionário público, a concorrência em termos salariais e de vantagens indiretas” patrocinadas pelo setor privado foram, dentre outras causas, os fatores responsáveis pelo esvaziamento do serviço público federal, mormente em uma época de crise fiscal.

Com a mudança de foco, o Estado, em meados do Governo FHC e principalmente no Governo Lula, voltou a dar a importância merecida às carreiras estruturantes do Estado.

Segundo pesquisa feita por Carelli (2007) “o sentido da corrida se inverteu. Um dos grandes sonhos da classe média brasileira que começa a vida economicamente ativa é passar” em um certame seletivo “que dá acesso a um emprego público na União, no estado ou na prefeitura”. E isso acontece tanto pelo volume, quanto pela qualidade dos cargos oferecidos: a corrida por cargos públicos não tem precedentes na história brasileira. “Trabalhar para o estado tornou-se a opção preferencial de um enorme contingente de jovens recém-saídos da faculdade e até de profissionais sem maiores chances de ascensão no setor privado”.

De acordo com a jornalista da revista semanal *Veja*, Carelli (op. cit.), 5 milhões de brasileiros inscreveram-se, no ano de 2006, “em três centenas de concursos promovidos no país para preencher vagas em repartições federais,



estaduais e municipais. Isso representa 43% a mais de candidatos do que no início da década”, e afirma ainda que em 2007 as inscrições para certames coletivos devem bater novo recorde, já que 100.000 empregos estão previstos até o fim do ano. Já o economista Nelson Marconi, da Fundação Getulio Vargas, especializado em gestão pública, assegura: "O setor público, pela primeira vez em décadas, tornou-se mais desejado do que o privado. Essa preferência é um marco na história dos empregos no Brasil e no perfil da força de trabalho". [...]. (CARELLI, op. cit.; MARCONI, 1977).

Então, surgiram novos fatores que fizeram com que o mercado de trabalho ficasse mais competitivo. Uma enorme quantidade de cursos superiores significa muitos jovens diplomados à procura de emprego, acarretando uma demanda por trabalho que cresce de forma geométrica, porque quanto maior for o nível de desemprego, maior será a pressão ou a procura por uma vaga no grandioso setor público brasileiro.

A reportagem de Carelli (op. cit.) evidencia que não é apenas isso que “explica o fascínio que o funcionalismo exerce nos brasileiros”, ao apontar que o “principal motivo pelo qual tanta gente se inscreve nos concursos é que trabalhar para o governo oferece hoje um pacote de recompensas muito maior do que no passado.” Basta observar que “nos últimos 10 anos, o salário médio de um funcionário público da esfera federal passou de 1 400 para 4 700 reais. Essa remuneração é 97,3% maior do que a média do setor privado”.

Continua mostrando ainda que, de acordo com pesquisa realizada recentemente, entre 1992 e 2005 a remuneração do setor público aumentou 254%, quando comparada com a do setor privado,

[...] considerando-se empregados com a mesma escolaridade, idade, cor e sexo. Dados do Ministério do Planejamento revelam que 35% dos servidores federais recebem salário entre 2.500 e 6.500 reais. Oito por cento deles ganham 8.500 reais ou acima disso. (CARELLI, op. cit.).

Dentro do referido pacote de recompensas, “os candidatos a cargos públicos são seduzidos por privilégios impensáveis nas empresas privadas”, a exemplo da estabilidade no emprego. Dificilmente ocorre uma demissão de servidor do Estado. Isso é confirmado com a publicação no dia 10 de janeiro de 2011 de um relatório da Controladoria Geral da União (CGU), onde consta que foram aplicadas “punições

expulsivas a 2.969 agentes públicos por envolvimento em práticas ilícitas, no período entre janeiro de 2003 e dezembro de 2010”.

Considerando-se que em 2007 o Poder Executivo Federal tinha 531.725 funcionários e que, no período de 2003 a 2010, foram demitidos insignificantes 2.969 servidores, o percentual de pessoas expulsas do Governo Federal corresponde a ínfimos 0,56%. Por outro lado, na iniciativa privada o quadro é bem diferente, pois, mesmo com o crescimento da oferta de vagas, aqui a rotatividade dos trabalhadores é cada vez maior em função das exigências conjunturais, como fusão e incorporação de empresas, demandas por aumento de eficiência, da produtividade, bem como de corte de custos para aumentar a competitividade, em um mercado cada vez mais globalizado.

Além da estabilidade, fatores outros são considerados como fortes atrativos para compor a máquina pública, como remuneração e possibilidade de progressão na carreira com crescimento profissional e pessoal. Também existe a faculdade de realizar novos concursos para galgar carreiras mais nobres ou exclusivas de Estado, com a exigência de melhor qualificação e maior remuneração, fazendo com que o Estado não seja mais tratado como um “bico”, i.e., como instrumento de complemento salarial ou prêmio extra.

Referindo-se às palavras de Carneiro, presidente do Instituto Helio Beltrão, a jornalista da Veja (op. cit.) ainda traz à tona a seguinte informação preciosa: “hoje, dependendo do órgão, o servidor tem uma carreira de verdade, que pode ser planejada, com desafios e estímulos para melhorar, como na iniciativa privada”.

Ainda, de acordo com dados da Associação Nacional de Proteção e Apoio aos Concursos – ANPAC (2009), “é cada vez mais significativo o crescimento na procura por concurso público, nos últimos anos”, com um acréscimo de mais de 40%.

É evidente que a investidura, através de seleção universal, é uma forma de exercício da cidadania, assim como “vem produzindo inúmeras transformações na sociedade, com destaque para a melhoria na qualidade do serviço público”. (ANPAC, 2009).

Para se ter uma idéia da participação da sociedade em processos seletivos, com o fito de obtenção de um cargo ou emprego público, registre-se que no ano de 2005 dois milhões de candidatos disputaram 32.911 vagas. Para o ano de 2006, dois milhões e quatrocentos mil candidatos participaram de certames seletivos para

24.663 vagas. Por fim, em 2007 foram dois milhões e trezentos mil candidatos para 17.826 vagas. Esses dados refletem as informações coletadas apenas em algumas bancas examinadoras, objeto da pesquisa feita no ano de 2009 pela ANPAC.

Por fim, Douglas (2007), em entrevista concedida a uma revista nacional, relata que o concurso público é “uma das formas mais democráticas de ascensão social”, pois “as provas só levam em conta o desempenho do candidato. Ninguém liga para a cor, aparência ou idade do pretendente à vaga”.

Além disso, argumenta que o concurso público significa uma opção para o cidadão “que não consegue o primeiro emprego, para quem saiu do mercado de trabalho”, assim como para aquele que está descontente com a baixa remuneração percebida na iniciativa privada “ou para quem quer simplesmente um pouco de tranqüilidade no país das incertezas”. (DOUGLAS, op. cit.).

O registro infra-escrito comprova ser o concurso público realmente uma forma democrática de ascensão social, mormente em função da faixa etária:

No ano passado, aos 62 anos, o engenheiro Marcus Meira Bannwart, de Minas Gerais, conseguiu uma vaga de agente fiscal do estado de São Paulo. Formado pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), Bannwart fez carreira na IBM e acabou por aderir a um plano de demissão voluntária. Recusando-se a vestir o pijama, decidiu prestar concurso público e hoje ganha cerca de 10.000 reais por mês. Diz o engenheiro: "Sempre associei o serviço público a gente folgada, que cultiva a preguiça, mas fiquei surpreso ao constatar que ele abriga muitas pessoas esforçadas". (CARELLI, op. cit.).

No que concerne ao combate à ineficiência e a corrupção no serviço público, a contratação por meio de certame seletivo de pessoas altamente qualificadas (com especializações, mestrado e doutorado) é muito positiva. Além disso, é imprescindível o estabelecimento rotineiro existente em qualquer empresa privada, como dimensionar a demanda por um determinado serviço, estabelecer metas, cronogramas, acompanhar resultados e indicadores de desempenho. (TAFNER, 2007).

Diante do exposto, acredita-se que o caminho mais adequado para o acesso igualitário aos cargos públicos é investir na formação e na valorização das carreiras estruturantes de Estado, com o efetivo controle por parte da sociedade civil, bem como fazer uso da total transparência como o mecanismo mais importante no combate aos desvios e à corrupção na esfera estatal brasileira.

## **CAPÍTULO 3**

### **REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA DOS SERVIDORES FISCAIS DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – CASO DA SECRETARIA DA FAZENDA DA BAHIA**

#### **3.1 CONCEITO, HISTÓRICO E ASPECTOS LEGAIS DAS REESTRUTURAÇÕES DAS CARREIRAS DOS SERVIDORES FISCAIS**

Segundo o Dicionário Houaiss (2001, p. 2410), “reestruturar é reformular em novas bases estruturais”, é transformar algo que já existe. Ainda, “Reestruturação [...] é o ato ou efeito de reestruturar; nova estruturação”. É o que acontece quando se utiliza do nome “reestruturação de carreira” para retirar parte das atribuições nobres (e parte de um cargo, portanto) para alocá-las em outro cargo de menor “status”, transformando-o ou estruturando-o outra vez.

Ao efetuar uma reestruturação de cargos de carreira, verifica-se simultaneamente a presença de algo novo, pois alterado, e o atendimento, normalmente, de demandas de pessoas que serão beneficiadas com essas mudanças, sempre sem a realização do meritocrático e isonômico processo seletivo público.

Nas lições de Tocqueville (2004, p. 312-312), “é preciso convencer-se de que, de todos os povos do mundo, o mais difícil de conter e dirigir é o povo dos solicitadores”. Há mais de trinta anos que a Secretaria da Fazenda vem passando por um processo dessa natureza, com reiteradas modificações na sua estrutura e com tentativas de subverter a ordem normal das coisas da máquina pública, sempre no caminho de atender aos reclamos daqueles que querem melhorias sem ter que passar pelo funil do concurso universal.

Mesmo existindo o esforço dos administradores públicos para tornar o trabalho mais atraente para os servidores, no que se refere às condições operacionais e financeiras, “nunca são capazes de satisfazê-los e subsiste sempre a apreensão de que essa gente acabe subvertendo a constituição do país e mudando a face do Estado, pela simples necessidade de criar novos cargos”. (TOCQUEVILLE, loc. cit.). Esse registro também pode ser aplicado quando se

analisa o processo evolutivo ocorrido na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ/BA).

A historicidade das carreiras específicas dos servidores fiscais da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia será exposta a seguir, mesmo que resumidamente, de modo a poder melhor compreender e analisar o item subsequente concernente à reestruturação ou transformação ocorrida nas mesmas, por meio da Lei 8.210/2002 e principalmente através da Lei 11.470/09, após o advento, portanto, da atual Constituição Cidadã de 1988 e especialmente da inserção do inciso XXII ao art. 37 da CF/88 via a Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003.

Na década de cinquenta, as Leis 320/1950 e 879/1956 cuidavam do funcionamento do Departamento da Receita. Quatro anos depois, por meio da Lei 1306/1960, instituiu-se a chamada carreira de Fiscal de Rendas, posteriormente incorporada a ela a carreira de Fiscal da Quota de Fomento e Organização Econômica da Indústria Animal. Ainda nos anos 60, foram criados os Grupos Ocupacionais, através da Lei 1.613/1962, que dispôs acerca da Classificação de Cargos do Serviço Público Estadual como um todo. Depois, modificou-se a estrutura com a publicação da Lei 2.319/1966, que criou as carreiras de Agente Fiscal Auxiliar, Agente Fiscal, bem como a de Auditor Fiscal.

Com relação à década de 70, a Lei 3.640/1978 instituiu os cargos de Agente Administrativo e de Analista Contábil Auxiliar, entre outros. Além disso, passou-se a exigir, para o cargo de Auditor Fiscal, formação de nível superior específica em Administração, Ciências Contábeis, Economia ou Direito.

Ainda, antes da CF/88, porém na década de 80, por meio da Lei 4.455/1985, o Grupo Ocupacional Fisco sofreu outra reestruturação e passou a ser formado pelas carreiras de Auditor Fiscal (AF) e Agente de Tributos Estaduais (ATE). Para participar do concurso público para o ingresso na carreira de Auditor Fiscal, esta lei manteve a exigência de formação de nível superior específica em Administração, Ciências Contábeis, Direito ou Economia, i.e., o interessado em ingressar nesta carreira tinha que ter esse requisito prévio para estar apto a competir de forma igualitária no certame seletivo público.

Também era exigido concurso público de provas para a investidura no cargo da carreira de Agente de Tributos Estaduais. No entanto, diferentemente do que

ocorria na carreira de AF, exigia-se apenas o 2º grau completo (atual nível médio de escolaridade).

Desde a lei 4.455/1985, além do nível de escolaridade, da especificidade dos cursos exigidos para habilitação ao processo seletivo, as atribuições dessas duas carreiras (AF e ATE) eram diferentes.

Ao ATE era vedada a constituição do crédito tributário ou a lavratura de Auto de Infração, visto que o mesmo exercia as atividades de arrecadação de receitas estaduais e de realização de tarefas auxiliares de apoio à fiscalização, atribuições, portanto, de pequena complexidade, como é natural para uma carreira que exigia apenas o segundo grau completo (nível médio de escolaridade) para ingresso na mesma.

Por outro lado, o AF exercia atividades mais complexas, tais como a atribuição privativa ou exclusiva de constituição de crédito tributário ou lavratura de auto de infração através de lançamento de ofício, bem como planejamento, inspeção, controle, revisão fisco-contábil e de julgamento no contencioso administrativo-fiscal, atividades específicas e essenciais ao funcionamento do Estado.

Ainda, antes da atual Carta Constitucional (CF/88), com o advento da lei 4.794/88, opera-se mais uma reestruturação nas carreiras da Administração Tributária, que passaram a ter a seguinte configuração: (a) Carreira de Auditor Fiscal, de nível superior específico; (b) Carreira de Analista Financeiro, de nível superior, provido, inicialmente, pelos ocupantes dos cargos de Analista Administrativo e Analista Financeiro, mediante enquadramento direto, e, por fim, (c) Agente de Tributos Estaduais, de nível médio de escolaridade (2º grau), provido, inicialmente, por ocupantes dos cargos de ATE, mediante enquadramento direto.

Saliente-se que as atribuições dos AF permaneceram as mesmas, assim como, na essência, as atribuições da carreira dos ATE foram mantidas.

No entanto, após a CF/88, foi editada a Lei 5.265/89, que deu nova estrutura ao Grupo Fisco, prevendo a existência de apenas duas carreiras, a saber: Auditor Fiscal (nível superior específico) e a de Agente de Tributos Estaduais (nível médio ou segundo grau completo).

Nessa linha, os servidores que integravam a carreira de Analista Financeiro poderiam, por transposição, passar a exercer o cargo de Auditor Fiscal.

Ressalte-se, contudo, que essa lei implementou uma evidente inconstitucionalidade, pois, após o advento da CF/88, não mais era permitido enquadramentos, transposições, transformações ou quaisquer outras modalidades de provimento derivado.

Por outro lado, somente a partir da ADI 231, transitada em julgado em 30.11.1992, que referida inconstitucionalidade ficou pacificada no Supremo Tribunal Federal (STF), de acordo com a ementa abaixo:

Ação direta de inconstitucionalidade. Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade. [...] **a partir do julgamento da ADIN 231 [transitada em julgado em 30.11.1992], firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.** Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97. - Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90 do inciso III do artigo 8º; das expressões ascensão e acesso [dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos da União que foram revogados pela Lei 9.527/97]. (ADI 837 – STF – Rel. Min. Moreira Alves, DJ 25-06-1999). (g.n.)

Mais uma vez, agora no ano de 2002, o Grupo Fisco foi reestruturado pela Lei Estadual 8.210/2002, oportunidade em que passou a exigir para o futuro ingresso na carreira de ATE formação de nível superior em qualquer área de conhecimento e ampliou o rol das suas atribuições, sem, contudo, modificar a sua essência, assim como essa lei não promoveu nenhuma supressão das atividades inerentes, privativas ou exclusivas dos cargos da carreira de AF.

Essa alteração na carreira do ATE (exigência de concurso de nível superior para a investidura) foi fundamentada no fato de que as atividades desenvolvidas por esse servidor elevaram-se em termos de complexidade, principalmente a de apoio a fiscalização sob a coordenação do AF, pois, com o passar dos tempos, fez-se necessário o emprego de novas tecnologias, habilidades e conhecimentos para o exercício dessa importante função. Além disso, a remuneração saiu de um patamar de cerca de 30% para 70% do total da remuneração de um AF, justificando a necessidade de uma maior escolaridade para os futuros integrantes (através de concurso público) dessa também relevante carreira (ATE) do Grupo Fisco.

Objetivando atender a um pleito antigo do Sindicato dos Servidores Fazendários da Bahia (Sindsefaz), o Secretário da Fazenda da Bahia expediu a Portaria nº 520, de 27/09/2007, criando um grupo de trabalho com representantes da Secretaria da Fazenda, da Administração, da Procuradoria Geral do Estado (PGE),

do Sindicato dos Servidores Fazendários da Bahia (SINDSEFAZ) e, por força de ação judicial, teve que adicionar o Instituto dos Auditores Fiscais da Bahia (IAF), tendo como objetivo a realização de análises técnicas, desenvolvimento de estudos e apresentação de proposições acerca das carreiras do grupo Fisco da Bahia, cujas atividades foram encerradas em 26 de dezembro de 2007, sem haver o desejado consenso entre os membros do Grupo, tendo em vista que os representantes da PGE e do IAF manifestaram-se, naquele momento, contra a pretensão do SINDSEFAZ de fazer a transformação das carreiras dos servidores fiscais para permitir que os Agentes de Tributos Estaduais fossem contemplados com novas atribuições, em especial a constituição de crédito tributário, razões estas que foram consignadas em ata divulgada nos sites da SEFAZ/BA e do IAF, no ano de 2007.

Ao final do processo, o Procurador-Geral do Estado avocou para si mesmo a decisão e emitiu o Parecer nº PGE-217/2008, datado de 1.12.2008, favorável ao envio de projeto de lei para aprovação pela Assembléia Legislativa do Estado, contendo os mesmos fundamentos que ainda hoje consta exposto no site do SINDSEFAZ, tais como: reconhecimento formal da prerrogativa de lançamento do crédito tributário, na prática desenvolvida pelo Agente de Tributos Estaduais, há décadas; adequação do sistema de carreira ao crescente entrelaçamento das atribuições dos servidores fiscais, nos últimos anos; eficiência e racionalização da gestão dos recursos humanos, com aproveitamento, valorização e motivação do atual quadro de pessoal.

Cumprindo o compromisso firmado com o SINDSEFAZ, o Governo da Bahia encaminhou o projeto de Lei 17.712/08, publicado no Diário Oficial do Estado (DOE) de 20 e 21/12/2008, onde consta do mesmo que os Auditores Fiscais terão prerrogativas exclusivas de atuação apenas no âmbito da fiscalização nas médias e grandes empresas, pois algumas atividades que eram privativas dos Auditores passarão a ser exercidas pelos Agentes de Tributos que atuarão, portanto, na fiscalização de trânsito de mercadorias, microempresas e empresas de pequeno porte, optantes ao Simples Nacional (Lei Complementar 123/2006).

Finalmente, após mais de 16 anos de consolidação no STF do entendimento manifestado na mencionada ADI 231 sobre a inconstitucionalidade de galgar atribuições mais nobres de carreiras típicas ou exclusivas de Estado sem a imprescindível seleção pública para tal mister, vem o Governo da Bahia a sancionar a Lei 11.470, de 08 de abril de 2009, oportunidade em que efetua uma relevante



reestruturação (transformação) nas carreiras da administração tributária, agora com uma significativa alteração nas atividades específicas dos cargos das carreiras dos servidores fiscais, visto que, com esta última reestruturação nas carreiras dos funcionários do Fisco da Bahia, o AF perdeu a condição de ser titular de um cargo que exerce, há mais de 30 anos, a atividade privativa (específica, exclusiva e nuclear) de constituição do crédito tributário.

Assim sendo, a partir da Lei 11.470/2009, que promoveu alterações no inciso III do art. 7º da Lei 8.210/2002, bem como no 3º do art. 107 da Lei nº 3.956/1981 (Código Tributário Estadual), o ATE passou a ter o poder soberano de constituição do crédito tributário nas micro e pequenas empresas e no trânsito de mercadorias, ficando vedado ao AF o exercício destas atribuições ou atividades outrora específicas desta categoria (art. 2º, inciso II da Lei 11.470/2009 que alterou o art. 7º, III, da Lei 8.210/2002, e o art. 1º da Lei 11.470/2009 que alterou os §§ 1º, 2º e 3º da Lei 3.956/81).

Ainda, também foi estendida ao ATE a atividade de planejamento das ações de fiscalização, atribuição esta que era de competência apenas do AF. Isto significa que o ATE que ingressou no Fisco da Bahia por concurso que exigia escolaridade de nível médio poderá realizar o planejamento daquilo que o AF deverá executar.

Como será analisado nos tópicos subseqüentes, houve, na realidade, uma transformação (espécie de provimento derivado) das carreiras por meio da transferência de titularidade de cargo público (mesmo que parcialmente) pela via transversa de migração de atribuições de um agente estatal para outro.

Como todo provimento derivado, essa transformação de cargos efetivou-se sem a imprescindível realização do concurso público previsto no art. 37, II da CF/88.

Ainda, com base no entendimento dos representantes de entidades totalmente isentas, a exemplo do Procurador-Geral do Ministério Público do Estado da Bahia (Anexo A), do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, secção Bahia - OAB-BA (Anexo B), do Advogado-Geral da Advocacia Geral da União; e do Procurador-Geral do Ministério Público Federal, o Governo da Bahia agiu em desconformidade com os preceitos constitucionais ao promover a transformação das carreiras dos Auditores Fiscais (AF) e Agentes de Tributos Estaduais (ATE) por meio da Lei 11.470/09.

Também nas linhas que se seguirão poderá ser visto que o Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Direita de

Inconstitucionalidade (ADI) 3857, já transitada em julgado, pois não cabe mais recurso, afirma que reestruturação ou transformação de cargos dessa natureza também contraria outro comando constitucional (art. 37, inciso XXII da CF/88), que determina que os servidores fiscais tenham carreiras específicas, portanto imodificáveis, pois essenciais ao funcionamento do Estado.

### 3.2 REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO E A AUTONOMIA DO ESTADO PARA REALIZAR MUDANÇAS NAS CARREIRAS E OS RESPECTIVOS LIMITES IMPOSTOS PELA CF/88

Levando-se em consideração que o Governo do Estado da Bahia alega que possui autonomia para fazer a transformação ou reestruturação nas carreiras dos servidores fiscais da Administração Tributária, pois buscou-se, com a adoção da lei 11.470/2009 a eficiência, a racionalidade e o interesse público, em consonância com a manifestação contida na informação prestada ao Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.233, é de sobremaneira importância explorar esses pontos para o deslinde da questão sob apreciação.

Para uma melhor análise da reestruturação ou transformação de carreira promovida pela Lei 11.470/2009, mencionada na parte final do item precedente, faz-se necessário compreender o que vem a ser o regime jurídico do servidor público e qual é o limite da autonomia dos Estados para realizar modificações nas carreiras essenciais ao funcionamento da máquina estatal, para, depois, verificar se ocorreu burla ao instituto do concurso público e, conseqüentemente, ao exercício da cidadania.

Diferentemente do que ocorre nas relações contratuais de direito privado, onde os direitos e obrigações são recíprocos, unilateralmente imutáveis e que passam a integrar o imediato patrimônio jurídico das partes, importando, desde logo, direito adquirido em relação a eles, nas relações de direito público impera o exercício de funções públicas sob a égide estatutária, onde o Estado detém o domínio e o poder de alterar unilateralmente o regime jurídico de seus servidores, desde que não tenham impedimentos previstos constitucionalmente, inexistindo,

portanto, “a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando do seu ingresso”. (MELLO, 2009, p. 253).

Realmente, conforme Waline (1959, p. 793-794, apud STF, AgRg no AI 53.498, DJ 19.10.1973) e Magnet (1966, p. 401 e ss., apud STF, AgRg no AI 53.498, DJ 19.10.1973), é sabido que a determinação das condições do serviço público não se faz nos moldes do direito privado, pois a situação do funcionário é definida por um estatuto, isto é, um ato unilateralmente editado pelo poder público, sob a forma de lei, ao qual o funcionário fica submetido de pleno direito pelo simples fato de que aceitou ingressar no serviço público. E este estatuto pode ser modificado, a qualquer momento, pela autoridade que o editou, se o interesse do serviço o exigir, sem que o funcionário possa pretender a manutenção, para o futuro, das vantagens que daí poderia tirar. (FRIEDE, 1996, p. 303; MEIRELLES, 2004, p. 403-404; MOREIRA NETO, op. cit., p. 203-204).

Igualmente, continuam referidos autores, se a regra e a prática estabelecem que o funcionário faça toda a sua carreira no mesmo corpo, possibilidades existem de mudança definitiva ou provisória, e mesmo de afastamento temporário.

Caminhando nesta mesma trilha, Auby e Ducos-Ader (1966, p. 195 e ss.; 1970, p. 62, 65 e 70, apud STF, AgRg no AI 53.498, DJ 19.10.1973) deixam claro que a situação do funcionário é modificável, a todo o momento, e o servidor público, em princípio, não pode opor direito adquirido.

Complementam afirmando (loc. cit.), contudo, que isso não significa que a ele não sejam asseguradas determinadas garantias. A garantia essencial reside, todavia, evidentemente, na existência dos estatutos que se impõem à administração bem como aos agentes públicos. No interior desses estatutos figuram as garantias.

Confirmando a aplicabilidade e compatibilidade desses princípios com a doutrina e a jurisprudência brasileiras, Lima (op. cit., p. 164-167) esclarece que entre o “funcionário e o Estado, o cargo público cria uma relação de administração, que, finalisticamente, àquele, lhe vincula a atividade à função, inerente ao cargo. A função é o fim, a que a atividade do funcionário obrigatoriamente se interessa”.

Pela investidura, “cria-se-lhe, porém, o ‘status’ de servidor público, graças à qual se incorpora ele ao funcionalismo público, profissão organizada com estatuto jurídico próprio” (LIMA, loc. cit), que é a disciplina legal da sua profissão.

Ainda, a investidura do servidor público não subjetiva, de um golpe, todos os direitos que o direito objetivo lhe enuncia, incorporando-os, desde logo, ao conteúdo

da relação jurídica, que se estabelece entre ele e o Estado. Esse “status” de funcionário adquirido pela investidura é um mero requisito para que se lhe tornem aplicáveis aquelas disposições de direito objetivo, à proporção que se verificarem os demais pressupostos de sua aplicação. (LIMA, loc. cit).

Daí decorre que, nas lições de Lima (loc. cit.), tanto o Estatuto dos Funcionários Públicos como o Direito dos Serviços Públicos são suscetíveis de alterações pela via legislativa, ainda quanto a situações vigentes. A lei poderá, portanto, em princípio, truncar ou modificar qualquer carreira administrativa; prescrever deveres novos; impor encargos, antes dispensados etc. A alteração, acaso introduzidas, salvo exceções definidas, em especial aquelas constantes da Carta Constitucional, terá aplicação imediata.

Nesta esteira, conforme já asseverado, uma das características marcantes do regime jurídico próprio é a possibilidade de alteração unilateral pelo Estado. Por outro lado, no tocante a essa realidade, costuma-se afirmar erroneamente que o vínculo existente de servidor público não comporta aquisição de direitos. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 617). Assim sendo, é necessário se enfatizar, todavia, que a afirmativa que não há direito adquirido a regime estatutário não encontra fundamento jurídico em nenhum dispositivo legal ou constitucional.

No que diz respeito à natureza estatutária do vínculo, significa que o Estado pode, sim, introduzir alteração no regime, mas tal produz efeitos quanto aos fatos verificados após o início da vigência do novel diploma. Todavia, a alteração deverá ser compatível com o sistema constitucional, com seus valores fundamentais e com a própria natureza do exercício da atividade administrativa. Quer isto dizer que o Estado é obrigado a respeitar o que dispõe a Constituição na sua atuação genérica.

Isto posto, o Estado, através dos seus representantes, não está investido na competência para produzir atos inadequados, desnecessários, pois a nossa Carta Maior não excluiu o regime estatutário de sua proteção, bem como impera, em verdade, a obrigatoriedade da observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo que, “ainda que não haja direito adquirido a inovação do regime jurídico do servidor estatutário”, será esta inválida quando infringir os princípios mencionados e demais princípios constitucionais. (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 621).

Nessa esteira, ao promover modificações nas carreiras de Estado, a redução de direitos deverá ser a menor possível, i.e., apenas a necessária para assegurar os

objetivos políticos e não políticos, não podendo desmerecer os valores fundamentais norteadores da relação das pessoas para com o Estado, fato esse que envolve a boa-fé e um mínimo de segurança jurídica.

Portanto, dúvida não há de que é factível realizar-se o controle constitucional das alterações dos regimes jurídicos.

Confirmando essas assertivas, Mello (1987, p. 13), referindo-se à relação entre funcionário e o Estado, demonstra que este tem o poder de “dispor sobre as condições estimadas convenientes” para a realização de um serviço público de qualidade e eficiente e que, “no exercício de tal poder, pode promover, através de lei, as mutações que considerar úteis para a satisfação de um desiderato incluído em sua esfera legítima de decisão”.

Assim sendo, os funcionários que forem atingidos ao tempo da lei nova, salvo as garantias constitucionais ou situações já subjetivadas (v. g., gozo de licença prêmio já consolidada; percentual de adicional de tempo de serviço incorporado aos vencimentos), ficar-lhe-ão sujeitos às disposições. (LIMA, op. cit., p. 167; MELLO, op. cit., p. 13-14).

Pelo demonstrado, o governante, salvo exceções constitucionais, tem autonomia para fazer a reestruturação de carreira no sentido de retirar atribuições de um cargo e transferi-las para outro, transformando-o. Ainda, essa modificação passaria a valer apenas para o futuro e a investidura, neste novo cargo transformado, teria que ser efetivada através de processo seletivo. Ou seja, as restrições previstas na CF/88 quanto à possibilidade de alteração unilateral do regime jurídico dos servidores prevalecem e são imponíveis a todos, *exempli gratia* a necessidade de concurso público para acesso aos cargos, mesmo para aqueles que foram apenas transformados (art. 37, incisos I e II); a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV); e a imutabilidade de carreiras específicas de servidores fiscais (art. 37, inciso XXII).

Mesmo assim, duas questões merecem ser mais exploradas para obtenção de um maior grau de consistência nas respostas pontuais a serem perquiridas: a primeira é a que procura fazer a indagação sobre a possibilidade de se fazer alterações nas atribuições privativas de cargos de carreiras típicas ou exclusivas de Estado, atribuições essas que se confundem com o cargo da própria carreira, sem desconfigurá-la, haja vista serem essas carreiras identificadas como vitais para o

pleno exercício da cidadania e essenciais para o funcionamento do Estado, consoante expressa disposição constitucional, v.g. art. 37, inciso XXII da CF/88.

Já a segunda refere-se à necessidade de realização de certame seletivo para que o servidor público ou qualquer outro cidadão possa vir a exercer essas novas atribuições, que foram incorporadas a um determinado ofício público, considerando-se que não existem atribuições de caráter permanente sem o respectivo cargo. E, igualmente, pelo simples fato de que não há cargo sem atribuições. Ressalte-se que o caráter “permanente” das atribuições do posto é simplesmente para se contrapor às “provisórias” que se identificam com as funções e com os cargos de confiança.

### **3.2.1 A autonomia do Estado, a imutabilidade das atribuições de carreiras específicas de servidores fiscais e a regra do concurso público para acesso aos cargos**

A questão da especificidade dos cargos da carreira de Auditor Fiscal encontra respaldo na Constituição Federal (art. 37, inciso XXII). De antemão, insta salientar-se que os Auditores Fiscais exercem atribuições específicas, típicas e exclusivas, atinentes à Carreira essencial ao funcionamento do Estado, porque realizam o planejamento, a coordenação e a execução de atividades de alta complexidade inerentes ao funcionamento da Secretaria da Fazenda, notadamente nas áreas tributária, financeira, contábil, orçamentária e previdenciária, em especial a constituição do crédito tributário ou lavratura de auto de infração, que caracteriza o poder soberano de expropriação do patrimônio do administrado quando da fiscalização das empresas.

Ou seja, com a edição da Lei 11.470/09, houve a subtração, injustificável e gravíssima, da competência privativa ou exclusiva dos Auditores Fiscais para constituir créditos tributários, ao mesmo tempo em que se atribuiu aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para a constituição de créditos tributários concernente ao trabalho desenvolvido no trânsito de mercadorias e nos estabelecimentos de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) optantes pelo Simples Nacional, caracterizando uma apropriação inconstitucional de parte do cargo (atribuições) de Auditor Fiscal, apropriação essa denominada de “transformação” (modalidade ilegal de provimento derivado, como será visto

adiante), ferindo de morte o exercício da cidadania por meio do meritocrático concurso público.

Da mesma maneira, não se pode usurpar, por exemplo, do cidadão que logrou êxito no concurso público para ser Juiz de Direito, a competência para decidir num processo (exarar a sentença e definir a vida do ser humano) e passá-la à competência do Oficial de Justiça ou do Escrivão. Não é da essência e não contempla a especificidade dos cargos das citadas carreiras essa alteração, mesmo que o Escrivão ou o Oficial seja mestre em Direito e o Juiz apenas graduado. Nesse sentido, não pode fazer isso sequer para dizer o direito (sentenciar) nas ações dos Juizados de Pequenas Causas, pois essa atribuição também é privativa do Juiz e o processo seletivo público contemplava essa nobre missão.

De igual maneira, pode-se afirmar com relação a um Promotor ou Procurador do Ministério Público que possui a atribuição de interpor a Ação Penal. Não é razoável nem atende à proporcionalidade fazer a transferência, mesmo que parcialmente, dessa competência para que venha a mesma ser exercida por um Auxiliar ou um Agente do Ministério Público, também pelo simples motivo de ser a mesma privativa do Promotor/Procurador, cujo concurso público exige-se conhecimento, qualificações e escolaridade específicos, em função da complexidade das funções dos cargos desta carreira.

Convém realçar que os Auditores Fiscais figuram no rol das carreiras específicas e essenciais de Estado, com a introdução do art. 37, inciso XXII, no corpo da CF/88 através da Emenda Constitucional (EC) 42/03. Quer dizer: apenas um servidor público estatutário, portanto concursado e com formação específica para a área, reúne as credenciais necessárias e suficientes para se desincumbir das tarefas da Administração Tributária, em cujo núcleo se encontra a constituição do crédito tributário ou lavratura de auto de infração.

O intuito da EC 42/2003, portanto, foi o de conceder à carreira dos servidores fiscais da Administração Tributária o status de “atividade essencial ao funcionamento do Estado”, não se admitindo queira desfigurá-la o legislador, confundindo carreiras distintas (AF e ATE). Em outro dizer, o Auditor Fiscal, que possui vínculo institucional específico, merece vê-lo preservado e fortalecido, o máximo possível, objetivando resguardar o interesse da própria sociedade.

Ainda, lembre-se que os servidores públicos estatutários, ou seja, aqueles ocupantes de cargo público são possuidores de uma relação jurídica com o Estado

subordinada a um regime jurídico de direito público, caracterizado pela ausência de consenso para sua instauração tal como para a determinação de direitos e deveres (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 578). Assim, é por meio do Estatuto, editado através de lei, que se consolida a proteção dos funcionários contra atos arbitrários dos governantes, principalmente a situação de direito objetivo de natureza estatutária ou institucional.

Cargo público, por sua vez, é uma posição jurídica, ou seja, composto de um conjunto de direitos, deveres e competências conjugados de modo organizado e inter-relacionado. É disciplinado e criado por lei, caracterizado pela mutabilidade, mas também por inúmeras garantias constitucionais em prol de seu ocupante.

Frise-se, portanto, que o Estado não realiza nenhum ato que não seja através de seus órgãos e agentes e estes, “para atuar, são investidos, cada qual, de atribuições determinadas, agrupadas sob uma denominação própria, ora designadas como sendo cargos, ora como funções”, os quais se referem a conceitos jurídicos distintos. (CAMMAROSANO, op. cit., p. 2-7).

Referindo-se especificamente a cargos e funções, a atual Carta Política brasileira expressa no art. 37, incisos I e V:

Art. 37 – [...]

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Pelo disposto nos supracitados dispositivos da CF/88, depreende-se que cargos públicos são providos por meio de concurso público e têm caráter de permanência, enquanto que “funções de confiança” são exercitáveis sem a necessidade de concurso público e são serviços de caráter não permanente, temporário ou eventual e destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. No entanto, estas “funções de confiança” são reservadas para serem exercidas exclusivamente por servidores de cargo efetivo. Por outro lado, os cargos comissionados ou “cargos em comissão” podem ser exercidos tanto por



servidores de carreira (nos percentuais mínimos definidos por lei) ou por pessoas de fora dos quadros da administração pública, também para o exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento. (CRETELLA JÚNIOR, op. cit.; MELLO, 2009).

Com efeito, para um conjunto unitário de atribuições concernentes à execução de serviços permanentes deve estar presente um cargo. Não existem atribuições de caráter permanente que não estejam vinculadas, de modo inarredável, a um cargo. (MELLO, 1987, 1991, 2008, 2009).

Por ser a definição de cargo público um conceito jurídico-positivo, Cammarosano (op. cit., p. 11) pondera que a mesma deve “ser extraída do ordenamento jurídico, com o objetivo de fixar-se o seu sentido técnico, desvendando-se a sua significação normativa”. (MEIRELLES, 1991, 2001, 2004; MELLO, 1997, 1991).

Tendo em vista que este estudo também tem por objeto a análise de um caso prático ocorrido no Estado da Bahia, optou-se por extrair a definição legal de cargo público da Lei 6.677, de 26 de setembro de 1994 que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis deste Estado.

Começa referido Estatuto, no seu art. 2º, definindo servidor público como a pessoa “legalmente investida em cargo público”. Logo a seguir, vem a definição do que seja cargo público, “ipsis litteris”:

Art. 3º - Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, com as características essenciais de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres públicos, para provimento em caráter permanente ou temporário.

O art. 2º inciso II da Lei nº 8.889, de 01 de dezembro de 2003, trouxe nova redação para cargo público:

Cargo Público – conjunto de atribuições e responsabilidades com denominação própria, criado por Lei, para provimento em caráter permanente ou temporário, com remuneração ou subsídio pagos pelos cofres públicos.

A definição acima não permite distinguir cargo de função. Pelo visto, enquadraram-se os termos “função de confiança” e “cargos em comissão” previstos no inciso V do art. 37 da CF/88 como cargos de provimento temporário.

A doutrina, no entanto, é rica na definição de cargos públicos. Dentre as várias definições de cargo público, para evitar repetições, optou-se por trazer à

colação especialmente as de Hely Lopes Meireles e de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Mello (2009, p. 251) define que “cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo com denominação própria”, remuneradas “por pessoas jurídicas de Direito Público e *criadas* por lei [...]”. Seu regime jurídico é estatutário ou institucional; portanto, de índole não contratual. Ou, ainda:

Cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente. É, pois, um complexo (ou um ponto, ou um termo) unitário e indivisível de competências, criado por lei, com número certo e denominação própria concernente a funções da organização central.

[...]

Enquanto as competências dos órgãos se decompõem nas competências dos cargos, estes formam uma individualidade indivisível, por ser a unidade mais simples, cujas competências, unitariamente consideradas, assistem a um só agente. (MELLO, 1987, p. 17-18).

Os cargos podem ser organizados em estruturas administrativas de complexidade variável. Os chamados cargos de carreira possuem um conjunto integrado de cargos, de modo que o indivíduo pode progredir hierarquicamente, por merecimento e/ou antiguidade. A estruturação de uma carreira, portanto, propicia um efeito institucional significativo.

A propósito, Meirelles (2001, p. 388) averbou:

Carreira – É o agrupamento de cargos de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram, mediante provimento originário. [...]. As carreiras iniciam-se e terminam nos respectivos quadros.

Ainda, o art. 4º do Estatuto baiano (Lei 6.677/94) estabelece que a organização dos cargos de provimento permanente deve ser feita por grupos ocupacionais, integrados por categorias funcionais (carreira e cargos, nela inseridos) identificadas em razão do nível de escolaridade e habilidade exigidas para o exercício das atribuições previstas em lei.

Vários autores realçam a conceituação de cargo público como o conjunto de atribuições e responsabilidade cometidas a um funcionário ou um complexo ideal de atribuições com os poderes correspondentes ou um complexo autônomo de atribuições ou um conjunto de atribuições individuais. (A. A. CONTREIRAS DE

CARVALHO; MASSINO GIRIORDI, JOSÉ CRETELA JÚNIOR; TITO PRATES DA FONSECA; MÁRIO MASSAGÃO, apud CAVALCANTE, 1965; BASTOS, 1994, 1998), demonstrando que cargo e atribuições estão completamente associados.

Necessário também verificar nesse Estatuto quais são os demais elementos que compõem a carreira do servidor e que definem o seu vínculo com a administração estatal. Na seqüência, portanto, o art. 5º conceitua o que seja referência, classe, categoria funcional e carreira, “in verbis”:

Art. 5º - Para os efeitos desta Lei:

I - referência - é a posição estabelecida para o ocupante do cargo dentro da respectiva classe, de acordo com o critério de antiguidade;

II - classe - é a posição hierarquizada de cargos da mesma denominação dentro da categoria funcional;

III - categoria funcional - é o agrupamento de cargos classificados segundo o grau de conhecimentos ou de habilidades exigidos;

IV - carreira - é a linha estabelecida para evolução em cargo de igual nomenclatura e na mesma categoria funcional, de acordo com o merecimento e antigüidade do servidor;

Ressalte-se que o art. 2º, inciso V, da Lei nº 8.889, de 01 de dezembro de 2003, trouxe nova redação para carreira:

Carreira – linha estabelecida para evolução em cargo de igual nomenclatura e nível de escolaridade, de acordo com a aquisição de competência.

**Quadro 1 – Carreira Auditoria Fiscal: cargos, atribuições e remuneração**

	<b>CARGOS</b>	<b>ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS</b>	<b>REMUNERAÇÃO (R\$)</b>
	Auditor Fiscal, classe I	Fiscalizar Micro-empresas e trânsito de mercadorias	11.000,00
<b>CARREIRA Auditoria Fiscal</b>	Auditor Fiscal, classe II	Fiscalizar pequena empresa e trânsito de mercadorias	13.000,00
	Auditor Fiscal, classe III	Fiscalizar médias empresas e trânsito de mercadorias	15.000,00
	Auditor Fiscal, classe IV	Fiscalizar grandes empresas e trânsito de mercadorias	17.000,00
	Auditor Fiscal, Classes V a VIII	Executar todas as operações anteriores e exercer a função de Inspetor Fazendário.	19.000,00 A 23.000,00

Fonte: Elaboração do próprio autor.

Diante do exposto e em consonância com o Quadro 1, pode-se inferir que uma carreira contém mais de um cargo com a mesma nomenclatura e esses cargos são escalonados em classes/níveis, com as respectivas atribuições. (MEIRELLES, 2004; MELLO, 2009).

Essa classificação dos cargos com as atribuições inerentes a cada um deles demonstra a existência de uma hierarquização com vencimentos e remunerações diferenciados, isto é, cada classe/nível é como se fosse um novo cargo homônimo dentro de uma mesma carreira.

O esboço de carreira que foi indicado linhas atrás no Quadro 1 é meramente ilustrativo, pois tão-somente tem o objetivo de demonstrar os efeitos operados quando se transfere atribuições privativas de um cargo nobre para outro de menor *status*, via reestruturação ou transformação de carreira.

Assim sendo, ao efetuar-se a transferência de atribuições, competências e responsabilidades de um ofício de carreira para cargo de carreira diversa diz-se que é o mesmo que se fazer a transformação de cargo, posto que, pelo Quadro 1 e também de acordo com a definição de cargo público, suas competências e atribuições, unitariamente consideradas, assistem ou são cometidas por um só agente (titular), donde pode-se afirmar que cargo e atribuições estão umbilicalmente vinculados.

O exercício das atribuições dos cargos na carreira e a percepção da respectiva remuneração dão-se de forma escalonada, segundo o grau de conhecimentos e/ou de habilidades exigidos, assim como de acordo com a competência, antiguidade e o merecimento do servidor (art. 5º do citado Estatuto).

Nesse sentido, se o governante transfere atribuições privativas de cargos de uma carreira para outra, dentro da estrutura estatal, sem a realização de concurso público para tal finalidade, está caracterizada a ocorrência de provimento derivado (transformação) de ofícios públicos, pois, atuando dessa maneira, criou-se um novo cargo e o ocupou com servidores integrantes da esfera pública, sem a realização do certame seletivo universal.

Diante do explanado, a grande questão ora suscitada diz respeito à autonomia do governante em fazer reestruturação de carreira com a mitigação de atribuições de um cargo e transferência das mesmas para outro no serviço público, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF “é no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, no qual se inclui o nível hierárquico que o servidor ocupa na carreira”. (AI 792886 Agr./PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe -220, de 17.11.2010).

Para melhor compreensão da questão posta, mister que se apresente as disposições contidas no ordenamento jurídico, mais precisamente na Constituição Brasileira e no Estatuto do Servidor Público da Bahia.

Para responder a essa proposição, escolheu-se, para simplificar, apenas três carreiras típicas ou exclusivas de Estado previstas na CF/88. Ainda, para cada uma delas, colheu-se apenas a principal atribuição privativa:

a) Magistratura – O art. 93, I, da CF/88 e o art. 1º da Lei da Lei 5.869/73 prescrevem que “a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juizes” e que compete privativamente ao juiz exarar a sentença judicial.

Uma lei superveniente que venha a mitigar a atribuição do juiz, retirando-lhe, por exemplo, o poder de proferir a sentença nos processos do juizado de pequenas causas e, ao mesmo tempo, realizar a transferência desta atribuição para ser exercida por outro cargo público (*v.g.*, Analista, Escrivão etc.) não tem amparo constitucional, posto tratar-se de um direito fundamental do cidadão ter seus processos julgados, de forma isenta, por um juiz.

b) Ministério Público - O art. 127 da CF/88 estabelece que o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Da mesma forma, uma lei que venha a ser editada fazendo a retirada parcial das atribuições do Procurador ou Promotor Público para atuar em determinadas causas ou processos, transferindo essas atribuições para serem titularizadas por um cargo auxiliar, também não tem a guarida no ordenamento constitucional, pois estaria ferindo os interesses dos cidadãos e da sociedade como um todo.

c) Administração Tributária – Os incisos XXII e XVIII do art. 37 da CF/88 consideram que os servidores fiscais, organizados em carreiras específicas (Auditores Fiscais), exercem “atividades essenciais ao funcionamento do Estado”, a exemplo do poder soberano de constituição privativa do crédito tributário e que a administração tributária tem precedência sobre os demais setores administrativos.

Desse modo, resta cristalino também que não podem ser usurpadas da carreira dos Auditores Fiscais as principais funções nela contidas, as que caracterizam a sua essência, visto que os cidadãos/administrados têm o direito de serem fiscalizados por pessoas altamente qualificadas e que foram submetidas a um processo seletivo público específico para poderem desempenhar essas nobres atribuições. Não se mostra razoável, portanto, essa transferência de funções

privativas de Auditores Fiscais (nível superior de escolaridade) para a carreira dos Agentes de Tributos Estaduais de nível médio de escolaridade. Parece, por assim dizer, incorrer em inconstitucionalidade a adoção de tal medida.

Agora, de referência à segunda proposição, i.e., se o Estado tem autonomia para fazer a modificação do regime jurídico dos servidores, indaga-se se existe a necessidade de realização de concurso público para ocupar cargo de carreira que foi modificado pela Lei 11.470/09, direcionada para contemplar os Agentes de Tributos com novas atribuições caracterizadoras de poder soberano e extroverso (constituição de crédito tributário ou lavratura de auto de infração), antes privativas e exclusivas de outro cargo de carreira já existente na estrutura da máquina estatal (Auditor Fiscal).

Verifique-se, de antemão o que tem decidido o STF, na forma da ementa infra-escrita, no que se refere à autonomia dos Estados:

[...] 3. A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia. [...] 5. A autonomia de que são dotadas as entidades estatais para organizar seu pessoal e respectivo regime jurídico não tem o condão de afastar as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta estipuladas na Constituição [artigo 25 da CB/88]. (STF - ADI 3819/MG – Rel. Min. EROS GRAU. DJe de 27-03-2008).

Como mencionado, as atribuições, mormente as privativas ou exclusivas, estão estreitamente ligadas a um ofício. Se o governante retira essas atribuições de um cargo e as transfere para outro, nitidamente foi criado um novo cargo, totalmente transformado.

É o que pode ser observado nos dispositivos do Estatuto dos Servidores Público da Bahia, que deve estar em consonância com o disposto nas Constituições Estadual e Federal.

De acordo com o art. 10 da lei 6.677/94, o provimento diz respeito ao cargo público e uma das formas de provimento é a nomeação.

O termo provimento também é utilizado para designar preenchimento de cargo público por meio de um ato administrativo. Nas palavras de Cammarosano (op. cit., p. 25), uma portaria de nomeação, precedida de realização de concurso público, é ato administrativo de provimento, assim como [...] o 'preenchimento' de cargo público através de transferência [de atribuições].

Enquanto provimento refere-se a cargo, a investidura, em cargo público, é concernente à pessoa e o art. 16 do referido diploma legal considera que a investidura é a posse em cargo público por uma pessoa ou a “aceitação expressa das atribuições [...] inerentes ao cargo público, com o compromisso de bem servir [...], formalizada com a assinatura de termo pela autoridade competente e pelo empossado”.

Então, ao aceitar as novas atribuições, o titular do cargo público para poder exercer o seu poder soberano de constituição do crédito tributário, falta apenas colocá-las em prática.

E por falar em colocar em prática, agora vem o art. 21 do citado Estatuto e diz que o “exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo”.

O exercício de um cargo consiste no desempenho das atribuições funcionais, isto é, cumprir os deveres decorrentes da sua titularidade do cargo, pois este é o pressuposto do exercício, visto que “um funcionário está em exercício enquanto pratica os atos de sua competência”. (CAMMAROSANO, op. cit., p. 40-41).

Ainda, o art. 27 do Estatuto baiano esclarece que para entrar em exercício o servidor precisa ser nomeado para o cargo com as novas atribuições e ficará sujeito a estágio probatório para a avaliação da sua aptidão e capacidade para o desempenho das novas atribuições do ofício, devendo-se observar pelo menos um dos requisitos básicos para o ingresso no serviço público, previsto no inciso IV do art. 8º, i.e., o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo, principalmente agora que passou a ter novas atribuições privativas ou exclusivas de Estado.

Já que o servidor precisa ser nomeado e ato-contínuo ser empossado (investidura) para ser o titular das atribuições do posto público, bem como firmar compromisso, formalmente, com o Estado, para bem exercitá-las em prol dos interesses da sociedade, o art. 12 do Estatuto do Servidor baiano é taxativo ao determinar que “a nomeação para cargo de classe inicial de carreira depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos [...]”.

Nessa linha, dispõe o § 2º do art. 14 da Constituição Estadual da Bahia: “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 [...]”.

Como não poderia deixar de ser, verifica-se o encaixamento desse complexo de normas com o que está disciplinado na CF/88, já que o art. 37, inciso II da CF/88

prescreve que “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 [...]” e os §§ 1º (incisos I a III) e 3º (*in fine*) do art. 39 determinam que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

§ 1º [...]

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

§ 3º [...] a lei [pode] estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Pelo exposto, na eventual hipótese de que o governante tem realmente autonomia para modificar as carreiras típicas ou exclusivas de Estado, inclusive a dos servidores fiscais, ainda assim teria que fazê-lo observando-se os citados preceitos constitucionais, bem como os princípios da igualdade, impessoalidade, eficiência, razoabilidade e da proporcionalidade previstos na Magna Carta. É o que prescreve o § 1º do art. 25 da CF/88:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Verificou-se, por conseguinte, “que existe uma regração constitucional expressa sobre concurso público”. A própria CF/88 “é que traça um regime jurídico do concurso e nela é que devemos buscar os primeiros pressupostos de acessibilidade a cargo ou emprego público [...]”. (BRITTO, 1994, p. 65). Assim, não se trata de conceitualismo, tampouco de formalismo, mas de firme liame à melhor doutrina e às acertadas premissas constitucionais.

Vale dizer, como afirmado por Grau (2006, p. 166), “o direito não se interpreta em tiras”, posto que as normas fazem parte de um sistema em interação, impondo-se “ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição”.

Acresça-se, ainda, que no decorrer deste caminho deverá o intérprete compulsar os textos – normas – que se apresentem, valendo-se de seus enunciados



para compendiar conceitos passíveis de integração em textos – volta-se a frisar, donde irradiam normas e comandos, ante os predicados de harmonia e unicidade do sistema jurídico, que inadmitte antinomias em seu bojo. (BOBBIO, 1999).

“Ex positis”, também sobre este ângulo, pode-se afirmar que o governante e os legisladores baianos não atenderam ao que está normatizado na CF/88 porque, com a referida transformação nas carreiras dos servidores fiscais, criou-se um novo cargo com a atribuição de constituir crédito tributário nas micro e pequenas empresas e no trânsito de mercadorias, consoante explanado, e, em vez de se providenciar a realização do imprescindível concurso público, procedeu-se a transferência dessas atribuições para um cargo já existente no serviço público, de idêntica nomenclatura (Agente de Tributos Estaduais).

Ainda, com essa atitude, também transferiu atribuições de cargo de nível superior de escolaridade específica (Direito, Engenharia, Contabilidade, Administração) para serem exercidos por servidores que possuem apenas o segundo grau ou o nível médio de escolaridade, tanto quando da realização do concurso para Agente de Tributos (de nível médio) como nos dias atuais, visto que boa parte dos Agentes ainda não possui nível superior de escolaridade, qualquer que seja o curso e não apenas os específicos que são exigidos para o concurso de Auditor, de acordo com pesquisa feita pelo Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia e disponibilizada em seu site em 01/12/2008.

Por fim, como essas atividades eram exercidas pelos Auditores Fiscais, que eram e são remunerados levando-se em conta os incisos I a III do § 1º o art. 39 da CF/88, i.e., complexidade, grau de responsabilidade, nível superior de escolaridade e a peculiar atribuição ou atividade específica do cargo referente à constituição do crédito tributário, o governante, além de estar praticando uma medida inconstitucional, está promovendo o “enriquecimento sem causa” do Estado, pois não está remunerando adequadamente o exercício das atribuições no novo cargo criado com o nome de Agente de Tributos, pois manteve inalterados os vencimentos destes servidores que ora titularizam as nobres atribuições que foram subtraídas do cargo de Auditor.

Devido à importância desta matéria, a mesma foi pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 22 de abril de 2009, cuja Súmula de número 378 possui a seguinte redação: “Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”.

É o que também pode ser visto nas decisões, a seguir descritas, do Supremo Tribunal Federal (STF), pois esta Corte Maior permite que o servidor perceba a remuneração do ofício (como ocorreu agora com a transformação feita na Bahia com a lei 11.470/09), mas nunca o reenquadramento ou a transformação do cargo:

Se houver desvio de função, como se percebe, não há se falar em reenquadramento, por afronta ao mencionado princípio do concurso público. Contudo, tem o servidor direito ao recebimento, como indenização, da diferença remuneratória entre os vencimentos do cargo efetivo e os daquele exercido de fato. Nesses termos, se, por exemplo, um técnico exercer as atribuições de um analista, aquele cargo não se transformará neste, mas sim terá direito à citada diferença dos valores. (STF, RE-ED 486.184/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicação DJ 16/02/2007, e RE-AgR-ED 311.371/SP, relator Ministro Eros Grau, publicação DJ 05/08/2005).

É importante destacar, mais uma vez, que eventual desvio de função, isto é, o exercício indevido de atribuições pelo servidor público, por leniência do gestor ou de forma intencional, não implica reenquadramento ou transformação para que um agente venha a ser titularizado no cargo em que exercia ilegalmente as atribuições.

Ao que parece, também não é razoável nem atende aos reclamos do profissionalismo e da eficiência na prestação dos serviços públicos, a retirada de atribuições privativas do cargo da carreira de Auditor Fiscal, cujos integrantes foram submetidos a um concorrido concurso público para poderem estar aptos ao exercício de relevantes atribuições de poder soberano e extroverso (v.g., constituição de crédito tributário, i.e., lavratura de auto de infração ou possibilidade de expropriação de parte do patrimônio dos cidadãos), para serem exercidos por servidores ocupantes do cargo de Agente de Tributos, cujo concurso foi realizado com a exigência de nível médio de escolaridade e que não continha nenhuma atribuição privativa ou exclusiva no seu cargo de carreira.

### **3.2.2 A autonomia do Estado e o conteúdo jurídico do princípio da igualdade**

Com o fito de fazer a correlação do caso concreto ocorrido na Bahia, já mencionado várias vezes, com o “conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, buscou-se no livro de Mello (1993) os “critérios para identificação do desrespeito à isonomia” praticado pelo Governo deste Estado quando da edição da lei 11.470/09.

Seguindo essa trajetória, Mello (op. cit., p. 22) aponta as “diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia”, momento em que aborda três questões para serem analisadas, adaptando-se cada ponto à situação *sub examine*:

1) Identificar qual foi o elemento tomado pelo Estado como fator de desigualação do Agente de Tributos Estadual (ATE) para com os demais cidadãos.

1.1. → O critério discriminatório para fazer a transformação do cargo do ATE foi o fato deste servidor público já trabalhar na Administração Tributária como “auxiliar de fiscalização” e, de fato, segundo o próprio Estado e por meio de desvio de função, realizar atividades que eram privativas do cargo de Auditor Fiscal (AF).

2) Fazer a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen (subitem 1.1) e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diferenciado.

2.1 → Se o ATE trabalha na Administração tributária auxiliando a fiscalização, sob a coordenação do AF, e exercita, de fato, por meio de desvio de função, a atividade de constituição do crédito tributário nas micro e pequenas empresas e no trânsito de mercadorias, é possível, então, transformar os cargos das carreiras de AF e de ATE retirando atribuições privativas dos primeiros (AF) e migrando-as para serem titularizadas pelo segundo (ATE).

3) A terceira e última questão atina à consonância desta correlação lógica (2.1) com os interesses absorvidos no sistema constitucional (art. 37, *caput*, e incisos I e II da CF/88) e destarte juridicizados. Teria que verificar se o caso concreto indicado no subitem 2.1 “é afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles”. (MELLO, op. cit.).

3.1 → Mais uma vez, destaca-se que a súmula 685 do STF estatui que

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual foi anteriormente investido.

Ainda na lição de Mello (op. cit., p. 23-26), o mais interessante é que basta que seja descumprido um dos aspectos listados anteriormente (itens 1, 2 ou 3) “para ser inobjetável em face do princípio isonômico”, i.e., “não basta, pois, reconhecer-se que uma regra de direito é ajustada ao princípio da igualdade no que pertine ao

primeiro aspecto. Cumpre que o seja, também, em relação ao segundo e ao terceiro”.

Quanto ao primeiro aspecto, Mello (loc. cit.) afirma agravar a isonomia quando a lei, dirigindo-se a uma categoria de pessoas, visar, no presente, a um sujeito determinado ou determinável. Registre-se que a Lei 11.470/09 foi elaborada para atingir a carreira do ATE, beneficiando-a com atribuições e competências de maior *status* e antes privativas de outra categoria (AF).

Essa regra também objetiva evitar perseguições e tolher favoritismos em relação a determinadas pessoas. Parece, por assim dizer, que os integrantes da carreira de AF se sentiram perseguidos, pois a mesma foi desconfigurada com a retirada de parte das suas atribuições privativas, e, por outro lado, os que fazem parte da carreira de ATE foram favorecidos ou beneficiados com novas atribuições exclusivas e essenciais ao funcionamento do Estado.

“Sabe-se que entre as pessoas há diferenças óbvias, perceptíveis a olhos vistos, as quais, todavia, não poderiam ser, em quaisquer casos, erigidas, validamente, em critérios distintivos justificadores de tratamento jurídicos díspares.” (MELLO, op. cit., p. 13).

Assim, exemplificando, cabe listar algumas diferenças básicas existentes entre os membros de uma coletividade que estão à procura de um melhor emprego ou de uma posição de destaque na esfera pública: a) existem cidadãos que não são servidores estatais e estão esperando uma oportunidade para fazer um concurso público; b) há pessoas que trabalham na esfera pública e que gostariam de passar para outro cargo de melhor remuneração; c) tem aquelas que são funcionários do Estado e lotadas na Administração Tributária e que pretendem ser servidores fiscais; d) e, finalmente, os que estão na Administração Tributária, são servidores fiscais e querem sair de uma carreira de menor prestígio social (ATE) para a outra de maior status (AF).

Para efeito de ter o direito de atuar com o poder de império, de poder expropriar parte do patrimônio do administrado ou de constituir crédito tributário através de Auto de Infração, atribuições específicas dos AF, os cidadãos listados acima, sem nenhuma distinção, têm que passar por um processo seletivo público, aberto, em igualdade equitativa de oportunidades a todos os interessados, e demonstrar que são qualificados e que possuem competência para o exercício de atividades tão nobres, pois exclusivas de Estado, e muito bem remuneradas.

O magistério de Tocqueville (op. cit., p. 359) procura iluminar as ações das autoridades públicas para autuar visando a igualdade entre os cidadãos, pois “ como cada um deles se vê pouco diferente de seus vizinhos, compreende mal porque a regra aplicável a um homem não o seria igualmente a todos os outros”. Ainda, referindo-se às concessões, afirma que “os menores privilégios repugnam portanto a sua razão. As mais leves dessemelhanças nas instituições políticas do mesmo povo o ofendem e a uniformidade legislativa” focada na isonomia de tratamento “lhe parece ser a condição primeira de um bom governo”.

O governante, portanto, tem que respeitar as regras vigentes na Carta Política e deixar de agir de forma dissimulada para driblar os preceitos constitucionais. Não é mais permitido, portanto, que sejam utilizadas quaisquer das mencionadas diferenças existentes entre os membros da sociedade como subterfúgio para se ter acesso aos cargos públicos, principalmente quando manipulados mecanismos ou utilizados os famosos “jeitinhos”, como a mudança nas atribuições de uma carreira para outra, que é uma forma de transformação de cargos ou de provimento derivado ou, ainda, de burla ao concurso público, com a conseqüente afronta ao exercício da cidadania.

Isso é fundamental porque, “à medida que as condições se igualam num povo, os indivíduos parecem menores e a sociedade maior, ou, antes, cada cidadão, tornando-se igual a todos os outros, perde-se na multidão” inerente a uma comunidade “e não se percebe mais que a vasta e magnífica imagem do próprio povo”, pois o espírito dos homens não se compatibiliza com privilégios particulares concedidos a indivíduos e “nunca previu que não se aplicasse uniformemente a mesma lei a todas as partes do mesmo Estado e a todos os homens que o habitam”. (TOCQUEVILLE, op. cit., p. 360-361).

### **3.2.3 A autonomia do Estado, a racionalidade administrativa e o princípio da eficiência**

No contexto neoliberal, o Brasil experimentou nos últimos vinte anos reformas em sua estrutura decorrentes da nova ordem econômica instalada no mundo. Para a obtenção de serviços de qualidade, a sociedade apercebeu-se da necessidade de profissionalização da coisa pública, com a conseqüente busca da eficiência em

termos de rápido e eficaz atendimento das necessidades dos cidadãos, bem como no que se refere a uma organização administrativa focada no atendimento do interesse público.

Nesta senda, no ano de 1998 foi promulgada a 19ª Emenda Constitucional que deu início à reforma administrativa, com a inclusão na Carta Maior do chamado princípio da eficiência, alterando o caput do artigo 37 da CF/88.

O conceito de eficiência, sem dúvida, é ligado ao de economicidade. Assim sendo, quando conjugados, com o fito de alcançar os resultados almejados, pode-se obter a tão almejada qualidade na prestação de serviços, com simplicidade nas relações com os administrados, celeridade no atendimento, flexibilidade dentro da legalidade e presteza, gerando uma excelente relação custo/benefício para a Administração Pública.

O princípio da eficiência, segundo Moraes (2006, p. 90), pode ser definido como aquele que tem o poder de impor à Administração Pública e a seus agentes “a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas atribuições e competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz”, portanto sem burocracia desnecessária “e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos”, de forma “a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social”.

DI PIETRO (2003, p. 83 e ss.) ensina que esse princípio congrega tanto o modo de atuação do agente público, com a exigência de um desempenho profissional de melhor nível técnico, com o foco na conquista de excelentes resultados, com reflexos individuais na promoção por merecimento, por exemplo, bem como para a administração pública quando se reporta à maneira mais adequada de organizar, estruturar e disciplinar a máquina pública, também para lograr êxito na prestação de serviços de qualidade aos cidadãos.

Ainda e essencialmente, pontua citada autora (loc. cit.) que a eficiência não pode ser tratada isoladamente dos demais princípios constitucionais previstos na CF/88 e não pode sobrepor-se a nenhum deles, principalmente ao da legalidade e conseqüentemente à regra do concurso público, sob pena de rompimento do arcabouço jurídico e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Como não poderia deixar de ser, todo servidor público tem o dever de realizar as atividades e suas atribuições que lhe foram titularizadas pela investidura através

do concurso público com eficiência, presteza, dedicação e perfeição para colher o mais significativo rendimento funcional na engrenagem pública. (MEIRELLES, 1991, 2001, 2004).

Nesse diapasão, voltando à referida transformação ou reestruturação nas carreiras da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e analisando as informações das Tabelas 7 e 8 infra-escritas, percebe-se que o Estado controla quase 90% do total da arrecadação de sua principal receita própria (Imposto sobre operações relativas a circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e de comunicação - ICMS), acompanhando e fiscalizando apenas 1.054 empresas, tarefa esta prioritária para ser executada pelos Auditores Fiscais de modo presencial e continuado. É como se cada Auditor Fiscal ficasse responsável por uma empresa, em função do quantitativo hoje existente desses profissionais.

**Tabela 2 - Quantidade de empresas e respectivo percentual da Arrecadação total de ICMS (em mil) – ano de 2009**

Quant.	Perc. Grupo	Quant. Acum.	Perc. Acum.	Reais (faixa)	Reais (acum.)
16	50,21%	16	50,21%	4.946.142,59	4.946.142,59
22	9,88%	38	60,09%	973.019,54	5.919.162,13
65	9,96%	103	70,05%	981.460,46	6.900.622,59
232	9,96%	335	80,01%	980.719,87	7.881.342,46
1461	9,99%	1796	90,00%	984.011,31	8.865.353,77
1734	2,00%	3530	92,00%	196.941,09	9.062.294,86
Diversos	8,00%	Diversos	100,00%	788.028,83	9.850.323,69
TOTAL	100,00%			9.850.323,69	

Fonte: Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia.

Obs.:

- 1) 639 (seiscentas e trinta e nove) empresas arrecadaram mais de 1 milhão de reais em 2009 e representam 84,41% do total da arrecadação de ICMS
- 2) 416 (quatrocentas e dezesseis) empresas arrecadaram entre 500 mil e 1 milhão de reais e representam 3,02% da arrecadação total de ICMS
- 3) 1.763 empresas arrecadaram entre 100 e 500 mil reais no ano de 2009, i.e., entre 8,33 mil/mês até 41,66 mil/mês.
- 4) Por fim, 5.515 empresas, exceto as micros e pequenas, representam mais de 94% da arrecadação do ICMS.

**Tabela 3 - Quantidade de empresas por tipo de condição - ano de 2009**

Condição	Quantidade	% Total
Ambulante	29.029	11,958%
EPP–Empr. Peq. Porte	21.637	8,913%
Especial	18.187	7,492%
Microempresa	148.006	60,968%
Normal	20.392	8,400%
Produtor Rural	4.752	1,957%
Substituto	759	0,313%
Total	242.762	

Fonte: Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia

Como pode ser visto nas Tabelas 2 e 3, as demais empresas, principalmente as micro e pequenas, pois estas representam quase 70% do total das unidades cadastradas na Administração Tributária, i.e., aproximadamente 170 mil estabelecimentos que possuem um regime simplificado de apuração e pagamento de impostos, os quais respondem por menos de 5% do total do ICMS, poderiam ser fiscalizadas de forma virtual, com o emprego de equipamentos de ponta, de alta tecnologia, fazendo cruzamentos de dados, a exemplo do que é feito pela Receita Federal do Brasil (RFB) com o Imposto de Renda das Pessoas Físicas (IRPF).

Assim sendo, esse paralelo, do quadro apontado atinente às micro e pequenas empresas sujeitas aos ICMS, com as pessoas físicas objeto do IRPF da RFB serve para demonstrar o cuidado que tem a RFB com as atividades de Auditoria dos contribuintes, pois, em momento algum a RFB cogitou da possibilidade de transferir as atribuições de fiscalização do IRPF, que são privativas dos Auditores Fiscais, para serem executadas pelos Analistas Tributários (equivalente aos Agentes de Tributos). Houve inclusive uma tentativa de reestruturação semelhante a essa, aprovada pelo Congresso, que mereceu o veto implacável do Governo Lula, sob o fundamento que estaria burlando a regra do concurso público, objeto da Mensagem nº 1.044, de 24/12/2008, encaminhada ao Senado Federal, da qual se extrai os seguintes trechos:

[...]

O segundo ponto é violação do art. 37, inciso II e § 2o, que impõe o concurso público como única forma de ingresso de servidores permanentes no serviço público. Não é possível o ingresso por meio de transposição para cargos com atribuições, requisitos para ingresso e remuneração distintos daquele para o qual os servidores prestaram concurso público.

[...]



Na verdade, qualquer lei que trate do enquadramento de cargos ocupados em novas carreiras necessita de aprofundado estudo pela administração sobre a origem dos cargos, suas atribuições, as compatibilidades entre estes cargos, assim como inúmeros outros aspectos, sob pena de violar-se o art. 37, inciso II e § 2o, da Constituição.

[...]

No caso, pretendeu-se unificar **atribuições incompatíveis de diferentes cargos**, hoje pertencentes a diferentes Planos de Cargos e **cujos ocupantes ingressaram no serviço público com diferentes exigências profissionais e escolares**. (g.n.).

Contudo, visando uma maior eficiência, conjugada com a utilização racional dos recursos humanos disponíveis na Administração Tributária, um trabalho interno poderia muito bem ser materializado pelos Agentes de Tributos Estaduais da Bahia (ATE), sem imiscuir-se nas atribuições privativas de constituição do crédito tributário reservada para ser executada apenas pelos Auditores Fiscais (AF). Nesse sentido, o trabalho do ATE resumir-se-ia em efetivar-se o batimento de dados, por meio de sistemas informatizados, e, detectando-se eventuais inconsistências nas operações praticadas por esse universo de contribuintes, um relatório seria automaticamente gerado para ser analisado pelo AF.

Assim, julgando o AF que essas operações precisam ser aferidas de forma presencial, proceder-se-ia a uma intimação para a empresa prestar os esclarecimentos devidos, dando início ao procedimento de auditoria fiscal.

Mesmo assim, seria ofertado “um tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte”, consoante também previsto no art. 146, III, “d” da CF/88, disponibilizando o resultado da auditoria para que esse universo de contribuintes pudesse fazer a regularização da sua situação perante o Fisco, sem a incidência de multa ou de lavratura de auto de infração, num primeiro momento, da mesma maneira que é operacionalizada com o Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) fiscalizado pela Receita Federal do Brasil (RFB).

Procedimentos como esses é que poderiam ser dignos de aplausos, pois atende ao princípio da eficiência e da racionalidade administrativa, sem rasgar a regra do acesso aos cargos públicos e respectivas atribuições, mediante o processo seletivo universal.

Nesse sentido, não tem fundamento lógico-racional a afronta direta ao princípio constitucional do concurso público, bem como o da igualdade, impessoalidade, dentre outros, para, por meio da lei 11.470/09, o Estado da Bahia transformar os cargos das carreiras do Fisco de modo a permitir que o ATE passe a

exercer atribuições que há mais de 30 anos são titularizadas exclusivamente pelo AF.

Ainda, como demonstrado, essa transformação dos cargos dos servidores fiscais sequer atende ao próprio princípio da eficiência introduzida na CF/88 pela EC 19/98, nem tampouco o da racionalidade administrativa.

### 3.3 PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS PÚBLICOS

#### 3.3.1 Conceito

Mello (2009, p. 304) sistematiza as formas de provimento da seguinte forma: “a) provimento autônomo ou originário; e b) provimentos derivados, os quais compreendem hipóteses de derivação *vertical*, derivação *horizontal* e derivação por *reingresso*”.

Somente ocorre o provimento derivado em razão da existência do provimento originário, inicial ou autônomo. Este último é a modalidade de provimento em que o preenchimento do cargo se faz independentemente de anteriores relações entre o provimento no cargo e o serviço público. “A única forma de provimento inicial é a *nomeação*, a qual se define, pois, como provimento autônomo de um servidor em cargo público”. (MELLO, op. cit., p. 305).

Ainda, apenas “o nomeado, por concurso, tem direito à posse, enquanto que o nomeado sem concurso não dispõe desse direito”, pelo que os poderes constituídos podem tornar sem efeito essa nomeação, como ocorre nas situações de transferência de atribuições de cargos públicos em que a pessoa passa a ser titular de um ofício novo, sem a nomeação e sem a respectiva posse. (MELLO, 1987, p. 29-33).

Já o provimento derivado, segundo Mello (op. cit., p. 33-34) é aquele em “que o preenchimento do cargo se liga a uma anterior relação existente entre o provido e o serviço público”. Ou seja, é derivado porque procede de um vínculo anterior com a administração pública. Uma das hipóteses de derivação é a horizontal e esta se efetiva pela transferência das atribuições de um funcionário, ou de um cargo, para

outro. Quer dizer que a pessoa já era titular de um ofício público e passou a exercer atribuições de outro cargo da máquina estatal, sem concurso público.

Na lição de Cammarosano (op. cit., p. 91-92), “para efeito de provimento de cargo público, ninguém, pelo simples fato de ser funcionário público, não pode ser tão privilegiado a ponto de se ver livre da concorrência” de não servidores estatais, tendo em vista que “isso significaria, sob certo aspecto, retornar à sociedade estamental” de Faoro (op. cit.), “abolida com o advento dos modernos estados democráticos”.

Não existe razão lógica para justificar a “reserva de determinados cargos públicos para provimento derivado”, pois no Estado Democrático de Direito o interesse público que os governantes devem perseguir tem que estar compatível com os ditames constitucionais. Pior ainda quando se confunde esse interesse público com o “particular interesse do funcionário em galgar cargos mais elevados, sem maiores exigências ditáveis pelo princípio da isonomia”. (CAMMAROSANO, op. cit., p. 92).

Exemplificando: “se o titular de um cargo de” Agente de Tributos, “em razão de haver obtido o título de bacharel em direito, [...], almeja titularizar o cargo de” Auditor Fiscal, “cujas funções não guardam relação alguma com as de” Agente de Tributos, “que concorra, em igualdade de condições, com outros”, servidores públicos ou não. “Ao Estado cabe oferecer igual oportunidade de acesso a todos os eventuais interessados que preencham os requisitos legais, garantindo-se, presumivelmente, quando à admissão do melhor servidor”. (CAMMAROSANO, op. cit., p. 92).

E arremata Cammarosano (loc. cit.) enfatizando que existem cargos e respectivas atribuições “cujo provimento derivado não passará de mal disfarçada burla [...]” à regra constitucional da “necessidade de concurso público para a investidura [...]. A lei que ensejar provimento nessas condições padecerá de inconstitucionalidade, assim como os atos de provimento nela fundados, o que propiciará reparação judicial”.

### 3.3.2 Algumas das modalidades tradicionais de provimento derivado

Como mencionado outrora que a única forma de provimento originário é a nomeação de um servidor para um cargo público, que precede da realização e aprovação em certame seletivo, resta abordar algumas das mais frequentes modalidades de provimento derivado.

#### 3.3.2.1 *Provimientos derivados verticais (promoção, ascensão e transposição)*

Promoção – é a elevação para cargo mais elevado dentro da própria carreira, por merecimento ou antiguidade. É a única modalidade de provimento vertical permitida pela CF/88 e era também a única prevista por Max Weber (op. cit.). Assim tem se pronunciado o STF:

[...] a mobilidade vertical no interior de uma carreira profissional é perfeitamente possível [...]. Evidentemente que um modo de valorizar o servidor é assegurar a sua movimentação no espaço funcional de modo [...] ascensionalmente, chamando-se a isso de promoção. (Parte do voto do Min. Carlos Ayres Britto, ADI 3857, DJ nº 38, de 27/02/2009).

Ascensão – Foi eliminada pela CF/88. Assim sendo, passou a ser uma medida considerada inconstitucional.

De acordo com Cunha Jr. (2009, p. 279), tanto a ascensão quanto a transposição “consistia na passagem do agente público de um cargo de uma carreira para outro de carreira diversa sem concurso público ou, quando muito, mediante concurso interno”. Ainda, se verificava a ascensão “quando se chegava à última classe de uma carreira, passava-se para a classe inicial de outra carreira, sem necessitar de concurso público”. Eis algumas das decisões do STF:

[...] banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. (STF, ADI 231/RJ, relator Ministro Moreira Alves, publicação DJ 13/11/1992. Veja-se também: STJ, MS 8.773/DF, relator Ministro Jorge Scartezzini, publicação DJ 23/06/2003).

Concurso público: exigência incontornável para que o servidor seja investido em cargo de carreira diversa. 1. Reputa-se ofensiva ao art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do "aproveitamento" de que cogita a norma impugnada. (STF, ADI 289/CE, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação DJ 16/03/2007).

Transposição - Pode-se dizer, então, que a chamada transposição simplesmente reside na passagem de um cargo atual para outro idêntico da mesma natureza, do novo sistema classificatório ou no deslocamento de um cargo existente para classe de atribuições correlatas do novo sistema (ADI 266/RJ, Rel. Min. Otavio Gallotti, p. 23, DJ 18.06.1993), na forma abaixo:

[...] Transposição para a recém criada carreira de Defensor Público Estadual sem prévio concurso público. [...] Afronta ao disposto nos artigos 37, II, e 134, § 1º, da Constituição do Brasil. [...] 3. A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia. [...] (STF - ADI 3819/MG – Rel. Min. EROS GRAU. DJe de 27-03-2008).

[...] Transposição para a carreira de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União [...]. Conclusão do curso de Direito após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Acesso a cargo privativo de Bacharel em Direito. Aprovação em concurso público. Não-ocorrência. [...] 3. Inexistência de direito líquido e certo, devido a que, desde a época da conclusão do curso superior, o acesso a cargo privativo de bacharel em Direito somente era possível mediante aprovação em concurso público (inciso II do art. 37 da Carta Magna). O que não ocorreu no caso em exame [...]. (STF - RMS 28233/DF – Rel. Min. Ayres Britto, DJ 12-08-2010)

### *3.3.2.2 Provimentos derivados horizontais (transferência; transformação enquadramento; equiparação; e aproveitamento)*

As modalidades de provimento derivado horizontal mais conhecidas e vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro são as seguintes:

Transferência – Mecanismo também abolido pela CF/88, “consistia ela na passagem do servidor estável de cargo efetivo para outro de igual denominação [...], atendido o interesse do serviço”. (CUNHA JR., op. cit., p. 280; MOREIRA NETO, op.cit., p. 221). Assim tem se manifestado o STF:

[...] Textos normativos que disciplinam a transferência de servidores integrantes do quadro efetivo de pessoal [...] para o cargo de Auxiliar Técnico, exigindo-se, para tanto, apenas a apresentação de requerimento de cada interessado. Alegação de desrespeito ao inciso II do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 [...]. (ADI 3211 MC / RN, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30-09-2005. Ainda, em 12.11.2007, o STF extinguiu o processo porque houve a revogação dos dispositivos impugnados).

Reportando-se à transferência como um modo burlar a regra obrigatória de realização do concurso público, Moraes (2006, p. 132) afirma que a CF/88 “é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões” para acesso aos cargos da Administração Estatal, proibindo taxativamente “tanto a ausência deste postulado, quanto o seu afastamento fraudulento, por meio de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originalmente admitido”.

Transformação – É a modalidade de migração do servidor de um cargo para outro dentro da estrutura administrativa do Estado ou da alteração do título e das atribuições de um cargo, sem a realização do concurso público, normalmente sob a alegação de ocorrência de desvio de função.

Parece ser esta a modalidade de provimento derivado que mais se encaixa com a “reestruturação de carreira” efetivada na Bahia por meio da Lei 11.470/09, pois dessa forma o STF se posiciona:

[...] Embora, em princípio, admissível [...] em novo sistema de classificação, o mesmo não sucede com a chamada "transformação" que, visto implicar em alteração do título e das atribuições do cargo, configura novo provimento, a depender da exigência de concurso público, inscrita no art. 37, II, da Constituição. Ação direta julgada, em parte, procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "e transformação", contida no caput do art. 1. da Lei fluminense n. 1.643-90. (ADI 266/RJ, Rel. Min. Otavio Gallotti, DJ 18.06.1993).

E o Min. Gallotti adiciona: Na transformação [...] “a natureza ou as atribuições essenciais do cargo, são [...] alteradas [...], por meio da qual se opera uma modificação substancial, capaz de intrinsecamente caracterizar um novo cargo”. (ADI 266, op. cit., p. 23).

Ao analisar melhor a reestruturação de carreira feita pelo Estado da Bahia por meio da Lei 11.470/09 verifica-se, portanto, que se consistiu a mesma na alteração da titulação e atribuições do cargo (Agente de Tributos) com seu ocupante (atuais servidores titulares), i.e., operou-se a alteração das atribuições de um cargo existente de forma substancial, de modo a caracterizar claramente um provimento derivado, inconstitucional, pois sem a realização do prestigiado concurso público.

Nesse sentido, ao referida lei retirar as atribuições privativas do cargo de Auditor Fiscal concernente à constituição de crédito tributário nas micro e pequenas

empresas e no trânsito de mercadorias e migrá-las para o cargo de Agente de Tributos, neste momento ficou caracterizada a transformação, instrumento vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Cabe trazer à tona posicionamento do STF envolvendo a transformação de cargo, agora sob o fundamento no desvio de função:

[...] Transformação de cargo de datilografo em técnico de planejamento, por desvio de função. Alegação de direito adquirido contra a Constituição. Esta Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 245, firmou o entendimento de que, em face da atual Constituição, não mais se admitem, dada a necessidade de concurso público para as diferentes formas de provimento derivado de cargo que não decorrente de promoção, institutos como, entre outros, o da ascensão funcional e o da transformação de cargos. Não há direito adquirido contra a Constituição. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE 157538, DJ 27-08-1993).

Nessa linha, Souza (1997, p. 37) afirma ser “complicada mesmo é a forma de transformação que implique elevação da complexidade das atribuições do cargo, responsabilidades [...]”, como aconteceu com a última lei que reestruturou as carreiras fiscais na Bahia, visto que o concurso público “é o meio de selecionar as pessoas dotadas das melhores condições de desempenhar as atribuições inerentes a determinado cargo público”. (MORAES, 2007, p. 749).

Enquadramento – Assemelha-se à transformação. Pode ser também o modo de aceder a outro cargo em virtude de aquisição de um maior nível de escolaridade, sob a alegação de correção de disfunção.

Observe-se, portanto, as decisões do STF:

[...] Inadmissibilidade, à luz da Constituição de 1988, de formas derivadas de investidura em cargos públicos. Inconstitucionalidade de normas estaduais que prevêm hipóteses de progressão funcional por acesso, transposição (em modalidade individual, diversa das exceções admitidas pela jurisprudência do STF), enquadramento a partir de estabilidade não decorrente de investidura por concurso público, acesso por seleção interna, transferência entre quadros e enquadramento por correção de disfunção relativamente ao nível de escolaridade do servidor [...]. (ADI 951 / SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 29-04-2005).

[...] Concurso público (CF, art. 37, II): não mais restrita a exigência constitucional à primeira investidura em cargo público, tornou-se inviável toda a forma de provimento derivado do servidor público em cargo diverso do que detém, com a única ressalva da promoção, que pressupõe cargo da mesma carreira: inadmissibilidade de enquadramento do servidor em cargo diverso daquele de que é titular, ainda quando fundado em desvio de função iniciado antes da Constituição. (STF - RE 209174, DJ 13-03-1998).

Equiparação - De acordo com a Ministra Carmen Lúcia, equiparação é a forma de igualação de cargos desiguais (trecho de voto na ADI 3819 – Dje de 05.08.2010). Agora, um Acórdão específico do STF sacramenta este entendimento:

[...] Auditor: nomeação sem aprovação em concurso público. Inconstitucionalidade. Outorga dos mesmos direitos de Juiz do Tribunal de Alçada e dos Conselheiros. [...] Ofensa ao art. 37, II, da Constituição Federal. II. - Inconstitucionalidade da expressão, "os mesmos direitos", inscrita na primeira parte do § 1º do art. 79 da Constituição de Minas. No ponto, o dispositivo da Constituição mineira realiza equiparação não permitida pelo § 4º do art. 73 da Constituição Federal [...]. (ADI 1067/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 21-11-1997).

Aproveitamento – De acordo com Medauar (1996) o termo também é usado nas situações em que se efetua transformação ou reclassificação de carreiras ou de cargos, aproveitando-se, depois, integrantes de carreira alterada em cargos e/ou classes com novas denominações.

É a forma, portanto, de o servidor público aceder a uma nova carreira criada com a finalidade específica de absorver as demais carreiras que foram extintas, sem a observância da necessidade da coexistência de mesmo nível de escolaridade, mesmas atribuições e idêntica remuneração. Dessa forma entendeu o STF:

Concurso público: reputa-se ofensiva do art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do "aproveitamento" de que cogita a norma impugnada. O caso é diverso daqueles em que o Supremo Tribunal Federal abrandou o entendimento inicial de que o aproveitamento de servidores de cargos extintos em outro cargo feriria a exigência de prévia aprovação em concurso público, para aceitar essa forma de investidura nas hipóteses em que as atribuições do cargo recém criado fossem similares àquelas do cargo extinto, v.g., ADIn 2.335, Gilmar, DJ 19.12.03; ADIn 1591, Gallotti, DJ 30.6.00. (STF, ADI 3.582/PI, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação DJ 17/08/2007).

Cretella Júnior (1997b, p. 40) elabora uma distinção sobre extinção, transformação e criação de cargo com base nos resultados que se pretende alcançar com a utilização desses instrumentos pelo administrador público, que pode ser assim resumida: a extinção de um cargo implica extinção da obrigação (atribuições) a ele vinculada; a transformação do cargo resulta em manutenção da obrigação estatal (atribuições), mas passa a mesma a ser exercida por outro agente público, com a titularidade alterada, modificada; e a criação de um cargo versa a criação de uma obrigação (atribuições) para ser exercida por um titular.



Como demonstrado, a modalidade de provimento ou de investidura varia, “[...] de acordo com a ferramenta que se utiliza, seja para preenchimento de um cargo, criado ou não. Nas formas derivadas a via é interna corporis. [...]. Não se aplica seleção pública”. (CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 40).

Diferentemente do que ocorre na investidura em cargos públicos, pois aqui a via não é interna corporis. É aberta a todos que se encontram na mesma condição. É pública. De acesso igualitário a todos os cidadãos brasileiros. E assim sendo, onde há criação de cargos, fica evidente a necessidade, a obrigatoriedade do concurso público para a investidura, para o ingresso na máquina estatal.

Tendo em vista que enfrentar a sistemática de acesso aos cargos por meio do concurso público é mais difícil, em decorrência da natural concorrência e também dos requisitos e exigências existentes no processo seletivo universal, busca-se o caminho mais tranqüilo do provimento derivado, inconstitucional e pernicioso para a cidadania.

Ainda restam as modalidades de Provimento derivado por reingresso, que são aquelas permitidas pela CF/88: Reversão; Aproveitamento (com os requisitos de escolaridade, atribuições e remuneração iguais); Reintegração; e Recondução. Segue transcrição de Acórdão do STF em que o aproveitamento é possível:

Aproveitamento. O servidor público posto em disponibilidade tem o direito de ser aproveitado em outro cargo da Administração Pública Direta ou Indireta, desde que observada a compatibilidade de atribuições e vencimentos com o cargo anterior. (STF, RE - AgR 560.464/DF, relator Ministro Eros Grau, publicação DJ 15/02/2008).

### **3.3.3 Novas modalidades de provimento derivado**

Com o advento da CF/88 e a eliminação da palavra “primeira” que antecedia ao termo “investidura”, consoante demonstrado no capítulo primeiro, o art. 37 da Carta Maior procurou acabar com as formas de provimento derivado verificadas no tópico anterior, com o objetivo maior de atender aos princípios constitucionais, especialmente os da igualdade, moralidade e impessoalidade, de modo que todos os cidadãos pudessem disputar publicamente os cargos estatais sem nenhum direcionamento para atendimento a pedidos de políticos e de pessoas que estavam

no comando da máquina governativa, caracterizadores de apadrinhamentos, clientelismos e nepotismos.

Tentativas de continuar esse processo de ingresso na esfera pública, por vias transversas e com a utilização dos mesmos “nomes iures” (transformação, enquadramento etc.), foram barradas pelo STF. Assim sendo, com a utilização da engenhosidade, os administradores brasileiros passaram a fazer o mesmo procedimento (transformação de ofícios públicos) com o emprego de uma nova nomenclatura denominada “reestruturação” de postos estatais, pois, conforme apontado no início deste capítulo, a reestruturação de carreiras, grosso modo, é uma nova modalidade de burla, pois reestruturar é estruturar de novo, é transformar algo que já existia.

Pela pesquisa realizada nas administrações tributárias das unidades da Federação e no Distrito Federal (Quadro 2), ficou demonstrado que, em regra, três são as modalidades verificadas nas legislações das carreiras do Fisco brasileiro caracterizadoras, a princípio, de inconstitucionalidade por meio do denominado “provimento derivado”, não mais permitido, portanto, pelo nosso ordenamento jurídico, em especial pela Carta Magna de 1988, pois implica negação aos direitos civis, políticos e sociais inerentes à cidadania: 1) Alteração do nível de escolaridade; 2) Mudanças ou mitigação nas atribuições originárias ou privativas de carreira; e 3) Unificação de cargos e carreiras.

A Alteração do nível de escolaridade de uma carreira é a instituição de um novo requisito (maior nível de escolaridade) para poder participar do certame seletivo público. Normalmente, é a exigência de um nível de escolaridade mais elevado (nível primário para nível médio ou deste último para nível superior).

Como esse novo requisito somente é aplicado aos futuros concursos, pois a norma legal não pode retroagir para atingir os atuais ocupantes de uma carreira com um nível de escolaridade menor, visto que muitos integrantes da mesma sequer possuem essa nova condição (pois não o era exigido na época), o melhor entendimento é que foi instituída uma nova carreira, de nível mais elevado e com a mesma denominação, para realização de concurso público e posterior provimento.

No entanto, o que os governantes normalmente fazem é a efetivação da ascensão, isto é, o enquadramento das pessoas de menor nível de escolaridade na nova carreira criada (com requisito de escolaridade maior), sem a realização de concurso público.

Por outro lado, mudanças ou mitigação das atribuições originárias é a alteração nas atribuições dos cargos de uma carreira, permitindo que outra carreira, de forma concorrente ou exclusiva, também exerça, mesmo que parcialmente, as atribuições outrora privativas da primeira, sem a realização de concurso público.

Por fim, a Unificação de cargos e carreiras é a junção de cargos e carreiras diversas em uma nova, criada com denominação diferente das pré-existentes. Aqui a engenhosidade é magnífica, pois se verifica através de um sorrateiro processo de dribles ao concurso público, por etapas, de modo paulatino, que pode ser assim resumido: 1 - Como as carreiras antigas têm nível de escolaridade e atribuições díspares, começa com a mudança da escolaridade para o mesmo nível. 2 - Logo a seguir, passa para a alteração das atribuições de modo a ficarem bem próximas, similares ou semelhantes. 3 - Depois, como já tem o mesmo nível de escolaridade e praticamente as mesmas atribuições, agora é o momento de mudar a remuneração de modo a haver uma interpenetração, onde alguns cargos de uma carreira já percebiam um valor maior do que os cargos iniciais da outra carreira. 4 - Feito isso, pode-se então chegar até a última e mais importante etapa que é a unificação das carreiras. Para tal desiderato, cria-se uma nova carreira com nome próprio, promove-se a extinção de todas as outras carreiras existentes e faz-se o aproveitamento dos ocupantes das carreiras extintas na nova carreira que foi criada. Tudo isso sem a realização de concurso público.

É que pode ser visto na pesquisa feita nas Administrações Tributárias das unidades da Federação e no Distrito Federal (Quadro 2).

**Quadro 2 - Estados que tiveram ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) impugnando as reestruturações nas carreiras dos Servidores Fiscais, com base no artigo 37, *caput*, e incisos I e II da CF/88. Posição em 13.04.2010:**

---

**1 - AMAZONAS – A ADI 3009 STF** (Supremo Tribunal Federal) interposta pela Procurador-Geral da República (PGR) fez com que a Lei 2343/95 que promovia enquadramento fosse revogada. A Lei 2750/02 foi instituída contendo irregularidade maior que a da citada lei revogada, i.e., transformação, enquadramento e ascensão na carreira fiscal sem a realização de concurso público. Situação sob investigação do Ministério Público Federal (MPF), em decorrência da Representação n. 2008.008246, de 21.11.2008.

**2 - BAHIA – ADI 4233 STF** foi acionada pelo partido político Democratas. O Supremo Tribunal Federal analisa a alteração introduzida pelas leis 8.210/2002 e 11.470/09 que realizou ascensão mais enquadramento e transformação mais transposição, respectivamente, pois a primeira alterou a exigência do nível de escolaridade da carreira de Agente de Tributos (de nível médio para superior) e a segunda transferiu parte das atribuições privativas da carreira de Auditor Fiscal (provimento originário de nível superior) para a carreira de Agente de Tributos Estaduais (provimento originário de nível médio).

**Quadro 2 - Estados que tiveram ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) impugnando as reestruturações nas carreiras dos Servidores Fiscais, com base no artigo 37, caput, e incisos I e II da CF/88. Posição em 13.04.2010:**

---

Manifestações do Ministério Público e da OAB (ambos da Bahia) indicam ser inconstitucional essa modificação. Ainda, instados pelo STF a se pronunciarem, a Advocacia Geral da União – AGU e o Ministério Público Federal - MPF também afirmaram tratar-se de provimento derivado vedado pela Constituição Federal de 1988. Processo concluso para julgamento desde 13.04.2010. Relatora Min. Ellen Gracie.

**3 - CEARÁ – A ADI 3857 STF** foi protocolada pelo Procurador-Geral da República, oportunidade em que questionou a Lei 13778/06 que promoveu enquadramento, transposição, enfim, provimento derivado de cargos da administração tributária (servidores fiscais), da Secretaria da Fazenda do Estado de Ceará.

O Supremo Tribunal Federal, dentre outras considerações, decidiu que é inconstitucional a transposição de atribuições da carreira de nível superior para serem exercidas por servidores que fizeram o concurso com a exigência de nível médio de escolaridade, pois contraria o princípio do concurso público para acesso aos cargos e respectivas competências do Estado. Julgamento pelo plenário do STF ocorrido em 18/12/08.

**4 - DISTRITO FEDERAL – A ADI 1677 STF** proposta pelo Governador do Distrito Federal provoca a revogação da Lei 1626/97 e a ADI 151436 (Tribunal de Justiça - TJ/DFeT) acionada pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios questiona as leis 2338/99 e 2594/00, as quais promovem transformação de cargos de carreira dos servidores fiscais com a transposição, “porque admite que os ocupantes de cargos com atribuições simplificadas sejam investidos em novos cargos, com atribuições mais complexas, independentemente de concurso público”. ADI julgada procedente – DJU de 25.04.1992. Em virtude dessas ações, houve o retorno do quadro para a situação original, com 03 cargos e suas respectivas atribuições originárias.

Tem ainda uma proposta de ADI em estudo no MPF para analisar mudança do nível de escolaridade de carreiras de nível médio para nível superior, em decorrência da Representação n. 2008.008246, de 21.11.2008.

**5 – GOIÁS – A ADI- 346-1/200 (200701294722) - TJ-GO** foi interposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Goiás, onde impugna os dispositivos da Lei 15.670/06 que criou nova carreira de apoio fazendário em unidades fixas e móveis de fiscalização com ascensão, aproveitamento, transposição e enquadramentos sem a realização de concurso público. Liminar concedida pelo TJ/GO em 25.04.2007 tornando sem efeitos os atos inconstitucionais.

Ainda, tanto a lei 13547/99 quanto a lei 14663/04 promove a alteração do nível de escolaridade (médio para superior) e realiza a transposição de cargos. Provocação de ADI em estudos no MPF, em decorrência da Representação n. 2008.008246, de 21.11.2008.

**6 - MATO GROSSO – A ADI 3199 STF** foi movida pelo Procurador-Geral da República, onde questiona a ascensão, transformação e transposição de cargos, contrariando o instituto do concurso público, e pede a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 5º da LC 98/2001. A PGR e a AGU manifestam-se pela inconstitucionalidade. Concluso para julgamento desde 19.09.2008. Rel. Min. Joaquim Barbosa.

**7 - MATO GROSSO DO SUL – A ADI 2145 STF** foi acionada pelo Procurador-Geral da República, oportunidade em que e se insurge contra a unificação da carreira promovida pela Lei 2081/00, sendo a mesma revogada pela lei 2126/00 por força desta ação e, assim, esta ADI perde o objeto. Em 09/2000, tenta nova unificação com as leis 2143/00 e 2144/00 e nova ADI (número 20000015890) foi formalizada pelo Sindicato dos Fiscais de Renda do Estado de Mato Grosso do Sul junto ao TJ-MS.

Em função desses processos, hoje têm dois cargos de nível superior (Fiscal e Agente) e um de nível médio (Agente), sendo este último homônimo a um de nível superior, pois não foi permitido o enquadramento nem a transposição de servidores de nível médio para carreira de nível superior sem a realização de concurso público.

**Quadro 2 - Estados que tiveram ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) impugnando as reestruturações nas carreiras dos Servidores Fiscais, com base no artigo 37, caput, e incisos I e II da CF/88. Posição em 13.04.2010:**

**8 - MINAS GERAIS – A ADI 3913 STF** foi proposta pela Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais (FEBRAFITE) que impugna a transposição de servidores para o cargo de Gestor Fazendário, pois em desacordo com a regra do concurso público.

Há ainda impugnação quanto à alteração de escolaridade (médio para superior) dos Agentes e Fiscais de Tributos Estaduais e, igualmente, do Assistente Técnico, respectivamente pelas Leis 11176/93 e 13409/99. Sugestão de ADI em estudo no MPF, em decorrência da Representação n. 2008.008246, de 21.11.2008.

**9 – PARANÁ – As ADIs 315883-8/01 e 315638-3/01 - TJ-PR –** foram interpostas pela Parana Previdência e já julgadas procedentes, provocando a revogação dos artigos inconstitucionais da Lei Complementar 92/02 que promoveram a unificação da carreira, bem como a transposição, via enquadramento, de cargos de níveis primário e médio para superior, pois contraria a regra de acesso aos cargos de poder estatal (servidores fiscais) sem concurso público.

**10 – PERNAMBUCO – A ADI 1986 STF** foi acionada pelo Procurador-Geral da República e impugna a Lei 11562/98 que promoveu transposição de cargos ferindo o princípio do necessário concurso público. Lei suspensa pela Lei Complementar 25/99, que provoca a perda de objeto da referida ADI.

No entanto, o MPF investiga uma grave burla ao concurso público, visto que a Lei 12569/04 revalidou a Lei 11562/98 (que foi o objeto da citada ADI) divergindo da informação falsa dada ao STF pela Assembléia Legislativa de Pernambuco. Ainda, o MPF analisa a transformação e transposição de cargos promovida pela Lei Complementar 107/08, sem a realização de concurso público, em desrespeito à CF/88, em decorrência da Representação n. 2008.008246, de 21.11.2008.

**11 – RONDÔNIA - A ADI 4099 STF** foi proposta pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB), onde contesta a Lei 1892/08 que realiza a transformação dos cargos da carreira de Auditor com a transferência de atribuição privativa do mesmo (lavratura de auto de infração) para a de Técnico. Mencionada lei foi revogada pela Lei 1938/08, em virtude dessa ação e por entender que estava em desconformidade com o estatuído no art. 37, II da CF/88 – princípio do concurso público. Em 11.02.2010 a CSPB requer ao STF a perda do objeto da ADI em função da mencionada revogação da lei.

**12 - SANTA CATARINA – A ADI 1030 STF** interposta pelo Procurador-Geral da República impugna dispositivos da Lei Complementar 81/93 que promove transposição e provimento derivado de cargos de carreira fiscal. O Supremo considerou inconstitucionais essas mudanças, por não atenderem aos comandos impositivos de realização do concurso público. Mais duas ADIs foram acionadas para questionar dispositivos da Lei Complementar 189/00 que realiza novamente a transposição de cargos e, portanto, pratica o provimento derivado proibido pela CF/88. **A ADI 1561** movida pelo Governador de Santa Catarina encontra-se pendente de julgamento em definitivo e a **ADI 2335** proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) apesar de ter sido julgada improcedente, tem ainda pendente de apreciação pelo STF, desde 22.04.2008, os Embargos de Declaração e Infringentes (ref. à ADI 2335) que foram interpostos, respectivamente, pelo PPS e MPF. Rel. Min. Ellen Gracie.

**13 – SERGIPE – A ADI 0001/2001 - TJ-SE** interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Sergipe (OAB-SE) foi extinta porque houve a revogação da legislação que promoveu a transformação e transposição das carreiras dos servidores fiscais. Ainda, outra **ADI 0001/2006 - TJ-SE** ingressada pelo Sindicato dos Auditores Tributários de Sergipe (SINDAT) impugna a Lei Complementar 67/2001 que viabiliza a transposição e o enquadramento de cargos, assim como mudança de atribuições nas carreiras, contrariando a regra do concurso público. O Tribunal de Justiça de Sergipe decidiu pela inconstitucionalidade dessa lei. O Estado de Sergipe fez a interposição de um recurso perante o **STF (A.I./RE 692574)** que está concluso para julgamento desde 25.03.2009. Rel. Min. Ellen Gracie.

**Quadro 2 - Estados que tiveram ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) impugnando as reestruturações nas carreiras dos Servidores Fiscais, com base no artigo 37, *caput*, e incisos I e II da CF/88. Posição em 13.04.2010:**

**14 - TOCANTINS** – A ADI 4214 STF acionada pelo Procurador-Geral da República impugna a criação da carreira única que foi implementada por etapas e mediante as Leis 1208/01, 1362/02, 1456/04 e 1609/05: 1º) mudança do nível de escolaridade (médio para superior) ou ascensão com enquadramento; 2º) mudanças de atribuições ou transformação com transposição; e, por fim, 3º) unificação dos cargo sem os requisitos exigíveis pelo STF. Tanto a AGU quanto o M.P.F. manifestaram-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos que fizeram essa unificação das carreiras por ferir gravemente as regras do acesso aos cargos do Estado por meio do concurso público.

Obs.:

1 - A pesquisa foi feita junto a todos os Estados e ao Distrito Federal (DF). Registrou-se acima apenas as ADIs que foram interpostas com base em suposta infringência ao art. 37, inciso II da CF/88.

2 – ADI 1.591, proposta perante o STF pelo Partido dos Trabalhadores (PT) foi declarada improcedente, pois, na verdade, as transformações, enquadramentos e transposições foram materializados através das leis 8.118/1985 e 8.533, de 21 de janeiro de 1988, ambas anteriores à Constituição de 05 outubro de 1988.

3 – Ainda, foram detectadas irregularidades, no entendimento deste autor, em leis dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Espírito Santo, Maranhão, Pará, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul, as quais foram objeto de Representação perante o Ministério Público Federal, processo n. 2008.008246, protocolado na sede da PGR/BAHIA, datado de 21.11.2008.

Fonte: Elaboração do próprio autor, a partir de consultas aos sites do STF, dos tribunais estaduais, das unidades federadas e do DF, bem como no site “Infolegis” (<http://www.infolegis.com.br>).

No entanto, para uma melhor compreensão das modalidades de reestruturação nas carreiras, mister analisá-las com mais detalhes.

### *3.3.3.1 Reestruturação de carreiras e alteração do nível de escolaridade*

A ascensão a cargos das carreiras do Estado, vedada constitucionalmente, verifica-se quando ocorre a mudança do nível de escolaridade de uma carreira já existente (nível primário ou médio), com o aproveitamento e automático enquadramento, dos ocupantes da antiga carreira, na nova que foi criada e de nível mais elevado, i.e., nível superior.

A ascensão de indivíduos, que foram aprovados em concurso público para uma carreira de nível médio, para uma nova carreira de nível superior é uma promoção de inaceitável discrimen, uma vez que possibilita a algumas pessoas o ingresso em cargo sem o preenchimento de requisitos indispensáveis a sua investidura. Não foram selecionadas com essa exigência, portanto não são merecedores de exercerem atividades mais complexas que exigem o nível superior de escolaridade.

Normalmente sequer mudam o nome do cargo, pois assim podem mascarar ou encobrir a burla que está sendo praticada. É o caso clássico de criação de carreiras homônimas, todavia, com ou sem as mesmas atribuições e requisitos, culminando por se mostrarem diametralmente diferentes quanto à escolaridade exigida.

O remanejamento dos ocupantes dos cargos de nível médio, para o âmbito da nova carreira de nível superior, mostra-se verdadeira manobra, reitera-se, para fraudar o princípio da isonomia e seu consectário da necessidade de concurso público, configurando provimento derivado (inconstitucional, portanto), procedimento este repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio, inclusive à vista das reiteradas decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3857.

Não se pode aceitar, outrossim, a vacância defeituosa da carreira de nível médio, pois ficará sem nenhum servidor na mesma, com o enquadramento direto materializado, visto que todos foram acedidos, via provimento derivado, a um novo cargo homônimo de nível superior, sem sequer aferir-se – e isto mostra a contundente inconstitucionalidade do dispositivo – a escolaridade destes futuros servidores públicos de “nível superior” que, muitas das vezes, comprovadamente têm apenas o segundo grau, pois era essa a exigência quando da realização do certame público universal.

Ainda, cabe destacar o fato de que, como se tratava de concurso de nível médio, muitos cidadãos portadores de diploma de nível superior ficaram desestimulados a participar do certame seletivo universal, pelo simples fato de exigir apenas o nível básico de escolaridade.

Com efeito, Mello (1991, 2008, 2009) expressa que quem ingressou em cargo público de carreira para o qual bastava um determinado nível de escolaridade, correlato às atribuições que lhe correspondiam, não pode, ao depois, sem novo concurso público, vir a ser investido em cargo de atribuições ou competências diversas, ou inserido em carreira para a qual, correlatamente, seja exigida uma escolaridade mais elevada ou diferente do que se prevê ou previa para a própria do cargo anterior (de provimento originário).

Assim sendo, não tem sentido lógico entender ser constitucional, agora, após a seleção pública para cargo de nível médio, mudar a carreira para ter o *status* de cargo de nível superior, haja vista que, se a carreira originalmente fosse de nível

superior, outros seriam os concorrentes e os atributos, exigências e as provas também seriam diferentes e compatíveis com o cargo de nível superior. (MELLO, op. cit.).

Esse também foi o entendimento do Ministério Público do Estado da Bahia, ao encaminhar a Recomendação nº 007/2008 (Anexo A) ao Governador deste Estado, assim como da Advocacia Geral da União – AGU e do Ministério Público Federal, estes dois últimos na manifestação perante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4233, ao exarar pareceres no sentido de que a mudança do nível de escolaridade pode ser efetivada, mediante lei, mas atinge apenas aqueles que realizarem ou prestarem concurso público após a introdução dessa mudança no ordenamento jurídico.

Por fim, ao proceder a mudança da exigência de maior nível de escolaridade para uma carreira e, ao mesmo tempo, aproveitar as pessoas que foram investidas em cargo de carreira de escolaridade inferior para ocuparem as vagas desse novo posto estatal, sem o necessário concurso público e sem a respectiva nomeação, promove-se a antiga modalidade de provimento derivado denominada de “ascensão”, concomitantemente com a outra chamada de “enquadramento”.

### *3.3.3.2 Reestruturação de carreiras e mudanças ou mitigação nas atribuições originárias ou privativas de cargos públicos*

As atribuições ou os atributos dos cargos estatais estão expressos nas leis e reproduzidos nos editais do concurso público e é em razão dessas atividades a serem desenvolvidas a posteriori que são escolhidas as disciplinas e os assuntos para elaboração das provas de seleção pública, tudo isso correlacionado às dificuldades inerentes ao trabalho a ser realizado quando da assunção ou titularização do cargo público.

Mello (2008, 2009) ensina que o concurso público é sempre específico para dado cargo, encartado em carreira determinada, e quem nele se investiu não pode, depois, sem novo concurso público, assumir atribuições ou encargos mais nobres e elevados, pois caracterizaria ser trasladado para cargo de natureza diversa, correspondendo a uma fraude manifesta ao concurso público, na medida em que o



candidato ultrapassou apenas um singelo concurso destinado a provimento de cargo de modesta expressão para o qual foi qualificado.

Complementa referido autor (op. cit.) que o execrável expediente a que se alude foi algumas vezes adotado, tanto no passado, com a desculpa de corrigir desvios de funções, como agora, com a nova modalidade de reestruturação, mas que na realidade se trata das antigas maneiras de provimento derivado, *v.g.* transformação ou de transposição de cargos.

Por sua vez, no cenário pós CF/88 o Supremo Tribunal Federal – STF (*v.g.*, decisões transcritas anteriormente e ementa abaixo) tem repellido expediente de tal natureza e afirmado que o desvio de função é uma questão meramente de gestão e não dá direito à transformação ou ao enquadramento de servidores, em cargos de carreiras mais nobres, sem a realização do imprescindível concurso público:

[...] Desvio de função – Enquadramento. O fato de ocorrer o desvio de função não autoriza o enquadramento do servidor público em cargo diverso daquele em que foi inicialmente investido, mormente quando não estão compreendidos em uma mesma carreira. O deferimento do pedido formulado, passando o servidor de Motorista Diarista a Detetive de Terceira Classe sem o concurso público, vulnera o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. (STF - RE 165128, DJ 15-03-1996).

Nessa linha, se os cidadãos forem aprovados em processo seletivo público para cargos de modesta expressão – e que se qualificaram somente para estes – não podem, sob qualquer que seja o fundamento, querer ascender, depois de aí investidos, a cargos outros, com distintas e complexas atribuições, para cujo ingresso se demandaria sucesso em concurso de dificuldades muito maiores, disputados por concorrentes de qualificação bem mais elevada. (MELLO, 2008).

De igual modo, será considerado inconstitucional qualquer expediente utilizado pelo administrador estatal para transformar ou enquadrar servidores públicos cuja primeira investidura exigiu apenas o nível médio de escolaridade, em cargos com atribuições de nível superior específico, mais nobres e geralmente com funções mais complexas, pois estas atribuições estão imbricadas nos respectivos cargos.

Nesse sentido, cabe destacar que a principal característica de um cargo público está nas suas atribuições e não na denominação. Desta feita, mesmo constituindo carreiras distintas (nomenclatura), se passarem a ter as mesmas ou similares atribuições, especialmente aquelas consideradas privativas ou exclusivas,

não se sustentará na prática tal diversidade, abrindo espaço para posterior unificação ou integração das carreiras e questionamentos acerca de paridade de remuneração, com sérios prejuízos para os cofres do Estado.

Ademais, para que seja possível a realização de um concurso público é imprescindível a existência de um prévio edital onde estão expressamente registradas as atribuições essenciais, i.e., atribuições privativas ou exclusivas, do cargo objeto da seleção pública. É com base nesse edital que os indivíduos ficam interessados, ou não, em participar do certame seletivo, pois todas as regras estão ali estipuladas, com base na lei vigente organizadora daquele ofício público. É uma espécie de contrato firmado entre o Estado e o cidadão-participante da seleção, da mesma forma que acontece em um processo de licitação pública, em que o Poder Executivo faz a seleção de pessoas físicas e jurídicas para a realização ou prestação de serviços ou execução de obras para o Estado. Se o participante for aprovado, dentro da legalidade, é natural que se exija do Estado a formalização e o cumprimento do contrato.

Como o recrutamento no serviço público, via concurso público, precede de um edital, que é considerado como um contrato entre a administração (Estado) e o administrado (cidadão), a igualdade jurídica é uma característica essencial da sociedade do contrato e, conseqüentemente, da sociedade cidadã. (MARTINS, 2002).

Foi também assim que decidiu o Supremo Tribunal Federal, momento em que o Relator, ministro Marco Aurélio, pronunciou-se no sentido de que “as regras do concurso constantes do edital [...] obrigam candidatos e administração pública” e que a alteração unilateral por parte da administração é simplesmente brincar com o cidadão. Disse também, que o cidadão fez o concurso ao acreditar na Administração Pública e que “a confiança dos cidadãos em geral na Administração Pública está em jogo. No dia em que nós, cidadãos, não acreditarmos mais na Administração Pública teremos que fechar para balanço”. Eis a ementa:

[...] O edital de concurso, desde que consentâneo com a lei de regência em sentido formal e material, obriga candidatos e Administração Pública. (Recurso Extraordinário - RE 480129/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-200, publicação em 23-10-2009).

Nesta oportunidade, ainda no RE acima, o Ministro Carlos Ayres Britto assim se manifestou: “o edital - norma regente interna da competição, uma vez publicado, gera expectativas nos administrados que hão de ser honradas pela Administração Pública. Ela também está vinculada aos termos do edital que publicou”.

Isto posto, “mutatis mutandis”, parece ser inaceitável que as atribuições ou funções previstas em um edital de concurso público sejam alteradas ou transferidas para categoria diversa da constante no contrato editalício, causando prejuízo para a sociedade, posto que os beneficiários dessa medida não foram selecionados para o exercício de funções ou atribuições mais nobres, mais complexas e que exigem qualificações mais elevadas.

Por outro lado, a importância das atribuições quando previstas em lei e no edital do certame coletivo é tamanha ao ponto de permitir, excepcionalmente, fazer opção por mais de uma carreira no serviço público, como pode ser constatado na decisão abaixo:

[...] É constitucional lei complementar que viabiliza a Procuradores do Estado a opção pela carreira da Defensoria Pública quando o **cargo inicial para o qual foi realizado o concurso** englobava a assistência jurídica e judiciária aos menos afortunados. (ADI 3720 / SP - Rel. MIn. Marco Aurélio. DJe 27-03-2008).

Pelo exposto supra, se já nascerem, com base na lei, as atribuições iguais em mais de uma carreira, inclusive fazendo constar do edital do concurso público, nada impede, segundo o STF, de fazer a migração de uma carreira para outra, principalmente porque as remunerações e os níveis de escolaridade também são equivalentes.

No entanto, totalmente diferente é a situação dos Agentes de Tributos do Estado da Bahia, cujo cargo inicial exigia apenas o nível médio de escolaridade e atribuições mais simples, *exempli gratia* oferecer subsídio às atividades de fiscalização, sempre sob a coordenação do Auditor Fiscal.

Isto posto, ao realizar-se a mudança nas atribuições do cargo de carreira, promove-se a antiga modalidade de provimento derivado chamada de “transformação” na carreira, pois, no caso analisado, os Agentes de Tributos Estaduais tinham a função de apoio a fiscalização e passaram a fazer a própria fiscalização ou lavratura do auto de infração. Igualmente, efetivou-se também outra forma de provimento inconstitucional, sem a realização do concurso público,

portanto, conhecida por “transposição”, visto que o Agente de Tributos, cuja investidura se deu em cargo inicial de carreira de nível médio de escolaridade e com a função de “apoio a fiscalização” foi transposto para a carreira de nível superior e com a atribuição de efetivar a fiscalização, de forma autônoma, com a permissão para a lavratura de auto de infração, tecnicamente chamado de “constituição do crédito tributário”.

Assim sendo, materializou-se a transformação dos cargos da carreira dos ATE com a automática transposição dos mesmos para a nova carreira criada (antes era de nível médio de escolaridade e com função de subsídio ou auxílio à fiscalização e agora a nova carreira passou para nível superior de escolaridade e com independência para, de forma privativa, executar a fiscalização), caracterizando mais uma inconstitucionalidade, posto que os cargos da carreira que os ATE foram anteriormente investidos não são os mesmos ou não integram a nova carreira homônima instituída (com exigência de nível superior e com possibilidade de lavrar auto de infração), encaixando-se na vedação contida na referida súmula 685 do STF, ou seja, praticou-se modalidade de provimento derivado, pois propiciou ao ATE compor ou investir-se, “sem a realização de concurso público destinado ao seu provimento, [...] cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. Em outras palavras, o ATE de nível médio de escolaridade e com a competência apenas de “apoio a fiscalização” não pode ser investido em cargo de carreira diversa (mesmo que tenha a mesma denominação), com exigência de graduação superior e com a atribuição de “executar a fiscalização de forma autônoma”, como se fosse um Auditor Fiscal, sem o imprescindível certame seletivo universal.

### *3.3.3.3 Reestruturação de carreiras por meio da unificação das existentes*

Somando-se os argumentos explicitados nos dois tópicos precedentes, se as carreiras possuírem o mesmo nível de escolaridade para ingresso, mesma natureza técnica e atribuições semelhantes (em especial as privativas) e idêntica remuneração, não há necessidade da existência de mais de uma carreira, justificando, destarte, a sua unificação, pois é fundamental que se dê um tratamento paritário ou isonômico para as mesmas. Esse seria um processo considerado

natural, sem personalidade, e que tem amparo nas decisões do Supremo Tribunal Federal

Esses são os passos utilizados por quem objetiva trilhar um percurso bem mais curto para acesso a cargos de carreira: manipular os instrumentos listados anteriormente para burlar o instituto do concurso público, de acordo com a pesquisa registrada no Quadro 2.

No entanto, a análise da constitucionalidade deve ser feita para cada passo que foi traçado para se chegar ao patamar de similitude das carreiras, pois, se apenas um deles for inconstitucional, não há porque validá-lo, pois medidas inconstitucionais não se consolidam e devem ser desfeitas, em prol da cidadania (igualdade de todos perante a lei; possibilidade de exercitar o poder de soberania no cargo estatal; e acesso ao trabalho na esfera pública de forma isonômica) e dos princípios da moralidade, impessoalidade, razoabilidade, eficiência e da legalidade, norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, reitere-se o fato de que o STF deixou claro que a unificação de carreiras é possível, desde que existam, pelo menos, três requisitos básicos nos diversos cargos de carreiras existentes: 1) mesmo nível de escolaridade no provimento originário; 2) atribuições iguais ou bem próximas uma das outras, especialmente as privativas ou exclusivas; e 3) idêntica remuneração. É o que pode ser extraído da manifestação contida no voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3857 (DJ n. 38 do dia 27/02/2009), “*verbis*”:

[...]

Aliás, para que essa movimentação no espaço funcional se dê validamente é preciso a concomitância de certos requisitos, por exemplo, a exigência da mesma escolaridade para ingresso no cargo inicial da carreira, a mesma escolaridade; segundo, que os níveis de vencimento, quando se faz a red denominação [...] permaneçam os mesmos, não podem ser vencimentos diferentes, por efeito dessa mesma red denominação. O que mais? Que as atribuições também sejam assemelhadas. Presentes concomitantemente esses requisitos [...].

Do exposto, infere-se que o STF ratificou que são requisitos imprescindíveis para validação constitucional de unificação de carreiras:

a) mesmo nível de escolaridade quando do provimento original ou inicial (ingresso por meio de seleção universal onde consta do edital o nível de escolaridade como requisito para participar do concurso público); b) atribuições

equivalentes, principalmente as privativas das carreiras exclusivas de Estado; e c) mesmo patamar de remuneração.

Nesse sentido, atendendo os condicionantes listados acima, na ótica do STF os governantes têm a total liberdade para fazer a junção dos cargos ou das carreiras, visto que não há ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade, bem como atende também a racionalidade e pode tornar a administração pública mais eficiente para atender aos reclamos e às necessidades dos cidadãos.

Ademais, placitando o que foi registrado em linhas anteriores sobre a especificidade do cargo de carreira das administrações tributárias (a exemplo de Auditor Fiscal), oportunidade em que se condenou a retirada de atribuições privativas e específicas do cargo da carreira de Auditor Fiscal para outra carreira (Agente de Tributos), o Ministro Carlos Ayres Britto, no voto exarado, ainda na ADI 3857 (DJ n. 38 do dia 27/02/2009), assim se manifestou:

[...] a unificação em si de carreiras, pura e simplesmente, no âmbito das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mesmo com esse propósito de racionalização, de simplificação, de aumento de eficiência, essas unificações hoje parecem contrariar o inciso XXII do art. 37 da Constituição Federal, cuja dicção é esta:

'Art. 37

.....  
XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas,'

Ou seja, indicando carreiras específicas no âmbito das administrações tributárias. Isso me parece também abonar o voto do eminente Relator.

Dissecando o voto do Min. Ricardo Lewandowski, verifica-se que o Relator da referida ADI 3857 atesta que na reestruturação de carreira houve “ampliação de competência” ou de atribuições para serem exercidas por agentes que não possuíam nível superior de escolaridade e, por isso, declara a inconstitucionalidade da ampliação de competência ou de atribuições que são privativas de servidores de nível superior:

E ainda que se afirme que não foram instituídas novas carreiras e nem cargos distintos [...], tendo ocorrido apenas a unificação de cargos com funções assemelhadas, a realidade é que houve não só uma mudança de nomenclatura, mas também de escolaridade exigida para o seu exercício, bem como remuneração e atribuições.

Os dispositivos atacados, a pretexto de levar a efeito uma mera reorganização na carreira dos servidores que integram a administração

fazendária do Estado, na verdade criaram novos cargos, permitindo o seu provimento por simples transposição, em inequívoca burla à exigência constitucional de concurso público, que objetiva, em essência, dar concreção aos princípios abrigados no *caput* do art. 37 da Lei Maior, em especial aos da moralidade e impessoalidade.

[...]

E não apenas isso [...], estou declarando inconstitucional... [porque] há uma ampliação de competências que são privativas de agentes que têm nível superior. (excerto do voto na ADI 3857, p. 78 e 86).

Complementando, o saudoso Min. Menezes Direito traz à colação o fato de que a Procuradoria Geral da República (PGR) “teve o cuidado de destacar esse aspecto”, revelando que ocorreu o drible ao sistema da seleção universal. “Maquiou-se, por via da transposição, a oportunidade de criação de um cargo novo, e por via da criação deste novo cargo”, ao invés de fazer-se o concurso público “diretamente, criou-se um sistema de aproveitamento. E esse sistema de aproveitamento configura nitidamente uma transposição que é vedada pelo sistema da Carta de 88”. (extraído do voto na ADI 3857, p. 88).

Pelo exposto e de acordo com o que foi detalhado na historicidade das carreiras dos servidores fiscais da Bahia, tudo leva a crer que caminhos semelhantes ao que foi relatado nas linhas antecedente pelo Min. Menezes Direito foram traçados pelo Governo da Bahia e por diversas unidades da Federação.

Na Bahia, a elaboração da estratégia da reestruturação da carreira fiscal da Administração Tributária passou pela mudança do nível de escolaridade do cargo de Agente de Tributos através da Lei 8.210/2002, pela migração de atribuições privativas do cargo de Auditor Fiscal para o de Agente de Tributos por meio da Lei 11.470/2009, transformando-se ou criando-se, assim, um novo cargo com as seguintes características: (1) mesma denominação ao de Agente de Tributos de nível médio; (2) novo nível de escolaridade - Agente de Tributos de nível superior; (3) novas atribuições - competência de constituir crédito tributário ou lavrar auto de infração; e (4) aproveitamento dos atuais Agentes de Tributos de nível médio de escolaridade no novo cargo homônimo de nível superior.

Compreendendo essa estratégia, a Min. Carmen Lúcia foi taxativa: “Considero que houve burla ao art. 37, inc. II, razão pela qual tenho como inconstitucionais os dispositivos [...]”. (Fragmento do voto exarado na ADI 3857, p. 89).

Como visto acima, a migração de atribuições privativas ou essenciais de cargos de uma carreira para outra existente, mesmo que da própria administração fazendária, é um “drible ao concurso público, ao salutar concurso público, com o

qual é homenageado o mérito”. (Trecho das palavras do Min. Marco Aurélio na ADI 3857, p. 93).

Ainda, o que é mais importante nisso tudo, é quando se refere ao exercício, por carreiras específicas, de atividades essenciais ao funcionamento do Estado e, particularmente, da Administração Tributária, por força do tratamento privilegiado consagrado no art. 37, inciso XXII (já transcrito linhas atrás, no voto do Min. Carlos Ayres Britto), que confere, portanto, aos servidores fiscais de carreiras específicas o *status* de imutabilidade das atividades pelo legislador ordinário, após o advento da Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, que fez a inserção do referido dispositivo no texto da CF/88.

É o que se depreende do significado de “carreiras específicas”. Se as carreiras são específicas, são imodificáveis, ou, no mínimo intransferíveis, pois, de acordo com Houaiss (2001, p. 1226), específico é aquilo que é “[...] destinado ou pertencente exclusivamente a um indivíduo ou a um caso, uma situação; especial, exclusivo, próprio [...]”.

Ademais, se as atribuições dos servidores fiscais também são consideradas essenciais ao funcionamento do Estado, da mesma forma que acontece com as atribuições dos Promotores do Ministério Público e com as dos Juízes do Tribunal de Justiça, qualquer tentativa de mitigação ou de transferência das mesmas para serem exercidas por outro cargo é um atentado contra o próprio Estado Democrático de Direito e uma “manifesta violação ao princípio do concurso público”. (Excerto do voto do Min. Joaquim Barbosa na mencionada ADI 3857, p. 90).

#### 3.4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 4233 EM CURSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM FACE LEIS BAIANAS 8.210/2002 e 11.470/2009

Não obstante ter havido a Recomendação do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público da Bahia (Anexo A) e, igualmente, Pronunciamento do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção Bahia (Anexo B) no sentido de que a pretensão do Governo da Bahia de realizar reestruturação nas carreiras dos servidores fiscais, com o fito de efetuar a transferência de parte das atribuições privativas dos Auditores Fiscais para os Agentes de Tributos, era uma manifesta



burla ao instituto do concurso público previsto no art. 37 da CF/88, bem como contrariava vários princípios constitucionais expressos na Carta Cidadã, foi encaminhado projeto de lei à Assembléia Legislativa baiana sob o fundamento de que era uma medida que atendia aos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa, bem como não afrontava a regra do concurso público por não criar nenhum novo cargo e objetivava apenas evitar o desvio de função que já ocorria na prática, com o desempenho de atividades que caracterizavam efetivamente a constituição do crédito tributário por parte dos Agentes de Tributos, tanto nas operações realizadas no trânsito de mercadorias quanto nas fiscalizações de micro e pequenas empresas. Esse projeto foi aprovado e, por fim, sancionada pelo Governador com a edição da Lei 11.470, de 11 de abril de 2009.

No entanto, é de conhecimento de toda a SEFAZ que se tratou de um acordo firmado entre o Governo do Estado, Secretaria da Fazenda e o Sindicato dos Servidores Fazendários (Sindsefaz), com a oposição do novo Instituto dos Auditores Fiscais da Bahia (IAF), criado em 2006 com a finalidade de defender os direitos dos Auditores Fiscais, haja vista que a unificação das carreiras (AF e ATE), sem a realização de concurso público, sempre foi desejada pelo Sindsefaz, i.e., há mais de duas décadas, sem lograr êxito nos governos anteriores, como pode ser constatado através dos artigos e dos boletins publicados no site do citado sindicato ([www.sindsefaz.org.br](http://www.sindsefaz.org.br)).

Assim sendo, deparando-se com o caso concreto ora investigado, constata-se que ainda remanesce a possibilidade do controle concentrado de constitucionalidade, pois encaixa-se, a princípio, nos casos havidos como infringentes à Constituição, e esse monitoramento rigoroso é feito diretamente e originariamente (art. 102, inciso I da CF/88) pelo Supremo Tribunal Federal (XAVIER DE ALBUQUÉRQUE, 1999, p. 31), que o exerce sob representação das pessoas legitimadas pelo art. 103, incisos I a IX da Carta Maior (v.g., Procurador-Geral da República, Governadores, Partidos Políticos, entidades de classe com representação nacional, Ordem dos Advogados do Brasil).

Diante deste fato, em 24/04/2009 o partido político Democratas (DEM), por ter legitimidade constitucional para tal mister, ingressou no STF com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que passou a receber o número 4233, dirigida contra os incisos I e II do art. 2º da Lei 11.470, de 8 de abril de 2009, assim como o art. 24 e o anexo V da Lei 8.210, de 22 de março de 2002, ambas do Estado da Bahia.

Eis o teor dos dispositivos impugnados das referidas leis:

LEI Nº 11.470 DE 08 DE ABRIL DE 2009.

(...)

Art. 2º - Ficam alterados dispositivos da Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, na forma a seguir:

I - incisos I, III e IV do art. 6º:

'I - constituir privativamente:

a) créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

b) créditos relativos a compensações e participações financeiras decorrentes da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de recursos minerais, por meio da lavratura de autos de infração.

(...)

III - efetuar, privativamente, perícias, revisões fiscais e contábeis;

IV - julgar, privativamente, no âmbito administrativo como representantes da Fazenda Pública, processos de impugnação de lançamentos de créditos tributários;

II - incisos II e III do art. 7º:

'II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

LEI Nº 8.210 DE 22 DE MARÇO DE 2002.

(...)

Art. 24 - O enquadramento dos Auditores Fiscais e Agentes de Tributos Estaduais nas novas classes em que passam a escalonar-se os cargos que ocupam, a partir da data de início dos efeitos desta Lei, far-se-á diretamente, observada a correlação prevista no Anexo V.

(...)

ANEXO V

(...)

ANEXO V			
CORRELAÇÃO PARA ENQUADRAMENTO DIRETO			
SITUAÇÃO ATUAL		SITUAÇÃO APÓS ENQUADRAMENTO	
CARGO	CLASSE	CLASSE	CARGO
AUDITOR FISCAL	ESPECIAL	6	AUDITOR FISCAL
	III	5	
	II	4	
	I	3	
AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS	ESPECIAL	6	AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS
	III	5	
	II	4	

O DEM sustenta haver ofensa ao disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, com o argumento de que a Lei 8.210/2002, que se propôs a reestruturar os

cargos do quadro de pessoal da Secretaria da Fazenda Estadual, incorreu em típico caso de provimento derivado, na medida em que possibilitou a servidores que prestaram concurso público para cargos de nível médio ou de nível superior genérico o exercício de funções para as quais se costumava exigir formação superior específica.

Alega também que os dispositivos impugnados da Lei 11.470/09 subtraíram dos Auditores Fiscais competência historicamente privativa, passando aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários, no que concerne ao trânsito de mercadorias e aos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, constituindo-se em inegável ofensa à regra constitucional do concurso público.

Instado a se manifestar pelo STF, o Governador da Bahia em 20/05/2009 presta as suas informações, momento em que defende que (i) não houve ascensão vertical dos Agentes de Tributos, pois permaneceram distintas as duas carreiras, nem qualquer outra forma de provimento derivado; (ii) por ser uma prerrogativa do Estado, a lei pode alterar a escolaridade anteriormente exigida para ingresso em determinado cargo, como também modificar as atribuições que lhe eram conferidas; (iii) esse poder-dever decorre da prevalência do princípio da eficiência administrativa, que foi objetivada com a otimização, desburocratização e racionalização nas atividades de fiscalização e arrecadação de tributos e valorização dos respectivos servidores; (iv) a modificação da escolaridade não pode atingir os servidores que foram investidos quando o requisito era o de nível médio, uma vez que não houve a criação de novo cargo; (v) similitude, interpenetração e proximidade nas atribuições, caracterizadoras de desvio de função; e (vi) sub-aproveitamento de mão-de-obra ou de recursos humanos.

Esses argumentos do Governo da Bahia já foram analisados em tópicos constantes deste capítulo, ao tratar da autonomia do Estado para a realização de transformação de cargos ou de reestruturação de carreiras. Enfatize-se, portanto, que não foram adicionados pelo Governo da Bahia, quando instado pelo STF a se manifestar nos autos da ADI 4233, estudos doutrinários e entendimentos jurisprudências que permitissem um maior debate de idéias e de posições divergentes, além do que já foi pontuado no decorrer deste trabalho.

De igual maneira, atendendo à solicitação do STF, a Assembléia Legislativa baiana presta as suas informações em 28/05/2009 e diz entender que a discussão

envolve matéria fática e que eventual inconstitucionalidade seria de natureza reflexa. Também advoga a ausência de direito adquirido à inalterabilidade de atribuições, bem como a supremacia do interesse público e o direito de a Administração se reorganizar.

Em 01/06/2009 a Advocacia Geral da União (AGU), em documento de número 375214, por sua vez, com esteio em precedentes da Corte Maior, pronunciou-se pela procedência parcial do pedido, para que seja conferida interpretação conforme ao art. 2º, II, da Lei Estadual 11.470/09, de modo a excluir de sua aplicação os ocupantes do cargo de Agente de Tributos Estaduais cuja investidura se deu antes do advento da Lei Estadual 8.210/2002. Segue-se, portanto, trecho da ementa do Parecer do Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli, hoje exercendo o cargo de Ministro do STF:

[...] Alterações nas atribuições do cargo de Agente de Tributos Estaduais, para o qual passou a exigir, também, nível superior. Novas atribuições típicas de cargo de nível superior. Ocupantes de nível médio, investidos em funções de nível médio. Violação ao postulado do concurso público, previsto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal. [...].

Consta ainda da manifestação da AGU os seguintes detalhes, de grande valia para o deslinde da questão ora analisada:

[...]  
No entanto, em razão daqueles ocupantes do cargo de Agente de Tributos Estaduais que foram investidos em cargo de nível médio, verifica-se violação à regra constitucional, uma vez que a legislação estadual possibilitou espécie de provimento derivado desses antigos ocupantes do cargo em questão, para cargo de nível superior, com atribuições de nível superior, sem, todavia, a realização do concurso público respectivo.

[...]  
Dessa forma, considerando que a Lei nº 11.470/09 alterou as atribuições do Agente, extrai-se de seu conteúdo verdadeiro propósito de convalidar provimento derivado de cargos, porquanto legítima hipótese de ascensão funcional e aproveitamento de ocupantes de cargo de nível médio para o exercício de atividades relativas a carreira de nível superior.

Em outras palavras, a AGU entende que pode haver a mudança do nível de escolaridade (médio para superior) de uma carreira, desde que venha a ser provida via concurso público. Por outro lado, também afirma que uma nova carreira de nível superior com atribuições a ela correlatas, a exemplo da constituição de crédito tributário, requer maior exigência de qualificação em função da complexidade das atividades inerentes ao novo cargo, exigindo o provimento originário, i.e., investidura

no novo cargo criado mediante concurso público, em igualdade de condições com os demais postulantes.

No entanto, registre-se que não foi analisado o aspecto referente à especificidade das carreiras dos servidores fiscais que exercem atividades exclusivas de Estado, na forma preconizada pelo art. 37, inciso XXII da CF/88.

Seguindo a tramitação apontada pelo STF, agora traz-se ao lume algumas partes do Parecer Nº 1840-PGR-RG, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, datado de 26/03/2010:

[...] o cargo de Agente de Tributos Estaduais passa a contar com atribuições substancialmente novas e nível de escolaridade diferente daquele exigido para o ingresso antes da Lei 8.210.

16. Assim, para os Agentes de Tributos Estaduais que ingressaram com nível médio de escolaridade e que passam agora ao cargo com as características acima indicadas, há espécie de provimento derivado.

[...]

Ante o exposto, a exemplo do que já fizera a AGU, o parecer é pela procedência parcial do pedido, para que seja conferida interpretação conforme a Constituição aos incisos I e II do art. 2º da Lei 11.470, de 8 de abril de 2009, de modo a excluir de sua incidência os Agentes de Tributos Estaduais cuja investidura se deu em data anterior à lei 8.210/02.

Caminhou a PGR, portanto, na mesma direção apontada pela AGU: é uma faculdade do Estado fazer a alteração no nível de escolaridade das carreiras, exigência esta que vale apenas para futuro provimento por meio do concurso público, assim como no que concerne às atribuições cujas competências e responsabilidades são inerentes ao cargo de nível superior, não sendo possível, pois flagrantemente inconstitucional, que esse novo cargo transformado (de nível superior e com competência para constituição do crédito tributário) venha a ser ocupado por servidor que prestou o concurso para cargo de nível médio de escolaridade.

Ressalte-se que a PGR também não fez nenhuma referência ao disposto sobre a especificidade das carreiras dos servidores fiscais prevista no inciso XXII da CF/88.

Pelo que já foi demonstrado neste estudo, com base no art. 25, combinado com o art. 39, ambos da CF/88, o Poder Executivo da Bahia, como qualquer outro da República Federativa do Brasil, tem o poder-dever de instituir, organizar, reorganizar ou reestruturar seu quadro de pessoal com as carreiras e respectivas atribuições dos servidores públicos visando, inclusive, favorecer o acesso igualitário

aos cargos públicos e não apenas a otimização dos serviços prestados aos cidadãos pela máquina estatal.

Por outro lado, esse poder-dever não é absoluto e comporta, em atendimento ao comando do art. 25 da CF/88, limitações, notadamente aquelas previstas no art. 37 e seguintes da estrutura básica constitucional brasileira, onde pode ser encontrada a regra da igual oportunidade para o acesso aos cargos públicos e respectivas atribuições.

Para a defesa do instituto do concurso público, ou seja, para o exercício pleno da cidadania têm-se enfatizado na teoria democrática o “papel das associações na vida civil e política [...]: fortalecer a cidadania, renovar os sentimentos e as idéias, ser um poder que fala e é ouvido”. (TEIXEIRA, 2002, p. 48).

Com a previsão do instituto do *amicus curiae* (amigos da corte), o STF caminhou grandiosamente e é isto que a sociedade espera do órgão da cúpula do Poder Judiciário, ao convocar entidades da sociedade civil “a auxiliá-lo no exercício da principal função que lhe foi outorgada pela Constituição: ser o seu guardião e, por óbvio, ser o esteio de todas as garantias conferidas por ela aos brasileiros”. (ROCHA, 1992, p. 190).

Dessa forma, nesta ADI pode-se perceber que entidades da sociedade civil ingressaram com petições junto ao STF para participarem na discussão da mesma, na qualidade de *amicus curiae*.

O instituto do “amicus curiae” já está consolidado perante o STF e possui as seguintes características: (a) trata-se de fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte; (b) busca trazer interesses gerais da coletividade; (c) contribui trazendo valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou extratos sociais; e (d) busca pluralizar o debate constitucional. (ADI 2.130-MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04.09.2001, p. 28).

Nesse sentido, pela ordem, postularam o ingresso, na qualidade de *amicus curiae*: (i) Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia - IAF; (ii) o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – SINDIFISCO NACIONAL (ex UNAFISCO SINDICAL); (iii) o Sindicato dos Servidores Fazendários do Estado da Bahia – SINDSEFAZ; e (iv) a Federação dos Trabalhadores Públicos do Estado da Bahia – FETRAB.

(i) em 06/05/2009, o IAF fez as suas considerações:

a) reporta-se à ADI 3857/CE para lembrar que diversos ministros do STF consideraram ser inconstitucional a transposição de função, que permitiu servidores de nível médio ascenderem a quadro de nível superior, com tarefas e vencimentos privativos de servidores de nível superior, contrariando o art. 37, II da CF/88 que exige a realização de concurso público para ingresso do servidor público em uma carreira.

b) menciona a Recomendação nº 007/2008 do Procurador-Geral de Justiça da Bahia dirigida ao Governador do Estado para evitar a edição de qualquer norma jurídica que possa implicar absorção das funções privativas de Auditor Fiscal, como a atinente à constituição de crédito tributário, pelo Agente de Tributos.

c) realça que os Auditores Fiscais figuram no rol de Carreiras específicas e essenciais ao Estado, à luz da Constituição (art. 37, inciso XXII), sendo possuidores das credenciais necessárias e suficientes para se desincumbirem das tarefas da Administração Tributária, em cujo núcleo se encontra a constituição do crédito tributário, com atributos do profissionalismo e da estabilidade, com regime estatutário peculiar, com resguardo às especificidades e com *status* especial de “*atividade essencial ao funcionamento do Estado*”. Por essas razões, não se admite venha o legislador a desfigurar a carreira de Auditor Fiscal, confundindo carreiras distintas.

Ao final, pede que o STF declare a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 11.470/09, por afronta ao art. 37, II da CF/88, pois os atuais Agentes de Tributos Estaduais têm atribuições rigorosamente de nível médio, que não o habilitam a exercer função peculiar e própria de servidores de nível superior específico, como, inequivocamente, é o caso do Auditor Fiscal.

(ii) Em 01/07/2009, o Sindifisco Nacional afirmou:

a) Não há dúvida de que a Lei 11.470/2009 é marcada por uma inconstitucionalidade “enlouquecida” ou “chapada”, pois desnatura a carreira de Agente, de mero arrecadador e auxiliar, em verdadeira autoridade fiscal com atribuição para constituir crédito tributário, mudando, na essência a atividade dos Agentes, sem que os ocupantes da carreira prestassem o constitucional concurso público.

b) Diz haver inaceitável transformação (e não transposição) ensejando alteração do título e das atribuições do cargo, configurando nova investidura ou novo

provimento sem observância do indispensável concurso público (art. 37, II da CF/88).

c) Reforça a inexistência de identidade substancial de atribuições desempenhadas, pois os Agentes de Tributos nunca teve como atividade específica a constituição de crédito tributário, pois esta sempre foi exclusiva ou privativa do Auditor Fiscal.

d) Esclarece que não se busca um “engessamento absoluto da possibilidade de racionalização do serviço público”, pois, no caso concreto, as áreas de atribuições nunca se interpenetraram, não se observando, portanto, “um processo de gradativa simbiose das carreiras”, mas verdadeira ruptura drástica, havendo a imposição inconstitucional de atribuições exclusivas da carreira de Auditor para a de Agente. Pede que se confirme a inconstitucionalidade da Lei 11.470/09.

Para facilitar um melhor entendimento sobre os pontos objetos de ponderação pelas entidades de classe que propugnam a defesa da mencionada reestruturação (transformação) nas carreiras dos servidores fiscais, ao final de cada manifestação infra-escrita far-se-á o registro de algumas considerações, objetivando um melhor diálogo sobre os aspectos divergentes.

(iii) Assim, em 17/03/2010, o Sindsefaz requer a sua admissão como “*amicus curiae*”, com os seguintes registros:

a) Afirma o Sindsefaz que ainda que fossem ilegais ou inconstitucionais os atos de enquadramento dos Agentes de Tributos, determinados pelo art. 24 da Lei 8.210/2002, consumou-se inapelavelmente a decadência do direito do Estado da Bahia à invalidação daqueles atos administrativos, pela aplicação subsidiária do art. 54 da Lei federal n. 9.784/99, pois o Estado da Bahia não editou regra jurídica dispondo sobre decadência do direito da Administração Pública de anular seus próprios atos.

Em face dessa assertiva, é importante fazer um registro: o Estado da Bahia tem, sim, regra própria para revisão dos seus atos, na forma prevista no art. 174 da Lei 6.677/94 (Estatuto do Servidor Público), *in verbis*: "Art. 174 - A administração deverá rever seus atos a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade".

b) Pondera o Sindsefaz que não existe na Lei Fundamental brasileira preceito que vincule aos titulares de cargo de Auditor Fiscal competência exclusiva para constituir crédito tributário, nem mesmo nos incisos XVIII e XXII do art. 37 da CF/88. Trata-se de território aberto à discricção do legislador que pode editar lei aglutinando



essa competência em cargos de uma única carreira ou fracioná-la entre cargos de diferentes carreiras específicas da administração tributária, guiando-se apenas pelo interesse público e pelos critérios de conveniência e oportunidade.

Assim sendo, é imperioso fazer o registro dessa fundamental observação: “A violação de preceitos constitucionais sob o pretexto de defesa do interesse público é inconcebível”. (STF – ADI 3819, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 05/08/2010). Isto quer dizer simplesmente que a autonomia do Poder Executivo está adstrita, obviamente, ao comando constitucional (art. 25 da CF/88) e o art. 37, caput e incisos I e II da Magna Carta determinam que, para situações dessa natureza, deve ser realizado concurso público.

c) Advoga o Sindsefaz que todos os Agentes de Tributos, em função da mencionada decadência do direito de invalidação dos atos inconstitucionais referidos na letra “a”, que ingressaram no cargo de nível médio, ou que venham a ingressar no cargo de nível superior, gozam da mesma competência e das mesmas atribuições plenas, sem nenhuma inconstitucionalidade a ser questionada.

Isto posto, registre-se mais uma vez que o Estado da Bahia tem regra própria para revisão dos seus atos, na forma prevista no art. 174 da Lei 6.677/94 (Estatuto do Servidor Público), *in verbis*: "Art. 174 - A administração deverá rever seus atos a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade." Assim sendo, não operou a decadência suscitada acima.

d) Argumenta o Sindsefaz que não houve transformação de cargo nem criação de novo cargo, ausente, portanto, o provimento derivado, pois buscou-se a racionalização e a eficiência, obedecidos os critérios definidos pelo STF (mesmo nível de escolaridade; atribuições similares; e remuneração equivalente).

Feitas essas considerações, é necessário atentar para os seguintes fatos: I - os níveis de escolaridade de ingresso nas carreiras dos servidores fiscais da Bahia, a partir da CF/88 foram diferentes, i.e., (1) para a carreira de Agente de Tributos era exigido o nível médio de escolaridade. A partir da Lei 8.210/2002 passou-se a requerer o nível superior em qualquer área de atuação. No entanto, até o momento, nenhum concurso público para Agente, com a exigência do nível superior, foi realizado; (2) todos os concursos para a carreira de Auditor Fiscal, a partir de 1988, foram feitos com a exigência de nível superior em área específica (Direito, Engenharia, Administração, Contabilidade, Economia). II – Os Agentes nunca tiveram a atribuição de constituição de crédito tributário; III – A remuneração dos

Audidores é cerca de 30% maior que a dos Agentes de Tributos. IV – A eficiência, a racionalização e o interesse público não podem ser satisfeitos com o descumprimento da regra constitucional de iguais oportunidades para acesso aos cargos públicos e isso se dá através de concurso público e não mediante reestruturação de carreira, por mera vontade do governante.

e) Indaga o Sindsefaz se essas alterações feitas no nível de escolaridade (Lei 8.210/2002) e nas atribuições privativas (Lei 11.470/2009) não poderiam ser interpretadas como ajustadas à Lei Fundamental, em nome da racionalidade administrativa ou ao princípio da eficiência ou será que nessa matéria deverá imperar sempre o absoluto imobilismo ou, como se costuma dizer, o “engessamento” do Estado e de sua Administração?

De início, é importante frisar que os requisitos exigidos para o acesso aos cargos estatais, *exempli gratia* concurso público e nível superior – específico - de escolaridade para o exercício das atribuições de Auditor Fiscal, atendem aos princípios constitucionais e os preceitos legais que disciplinam a investidura nesse ofício, “pois constituem exigências normais para aferição da maior capacidade profissional de quem vai exercer o cargo ‘de maior grau de responsabilidade e maior complexidade de atribuições [...]’”. (MEIRELLES, 1977, p. 267).

Nesse diapasão, o STF já decidiu que conferir iguais condições de concorrência para todos os interessados no acesso aos cargos e atribuições públicos é uma clara homenagem aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da igualdade, na forma abaixo:

[...]

5. [...] a Magna Carta prescreve, desde 05 de outubro de 1988, em dispositivo auto-aplicável [...] que o ingresso [...] depende de concurso público de provas e títulos [...] Concurso que deve conferir a todos os interessados [...] condições iguais de concorrência. Isso em clara homenagem aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da igualdade.

6. [...] Mas o fato é que a Carta da República exige a abertura de concurso público, exatamente para evitar desvios ao princípio da impessoalidade. (MS 29527 MC – Rel. Min. Ayres Britto, DJe-020, publicação em 01/02/2011).

Noutras palavras, pode-se extrair da decisão supracitada, o fato de que a Carta Maior, ao exigir a abertura de processo seletivo, assim procedeu exatamente

para evitar desvios ao princípio da impessoalidade, visto que, ao contrário disto, a pessoalidade é caracterizadora de fraude ao certame universal.

No entanto, em decorrência do questionamento sob comento, requer salientar-se que o Estado tem autonomia para fazer os ajustes necessários na estrutura administrativa da burocracia estatal, pois “cumprir não se confunda a *permanência subjetiva* ou do funcionário público com a *permanência objetiva* ou do cargo”. (MIRANDA, 1970, p. 421). Se o Poder Executivo pode até extinguir o cargo, é evidente que também pode alterar as atribuições ou atividades do mesmo. Apenas, no Estado Democrático de Direito, fica adstrito às limitações impostas pela Constituição.

Na hipótese em discussão, efetivar mudanças substanciais nas atribuições de um cargo é o mesmo que fazer a transformação do mesmo, forma de provimento derivado não mais permitida pela CF/88, pois o inciso II do art. 37 deste diploma constitucional impõe a realização do concurso público para a investidura em cargo público que, conjugado com a especificidade das atividades essenciais vinculadas às carreiras e aos cargos dos servidores fiscais determinada pelo art. 37, XXII da CF/88, reforça a limitação a que fica submetido o governante que pretende fazer reestruturação de carreira na máquina estatal e na Administração Tributária, em particular.

Assim sendo, se o Agente de Tributos passa a realizar uma atribuição que era privativa ou exclusiva de determinada carreira (Auditor Fiscal), “muda a atividade pública e, portanto, inicia *outra investidura* para fins constitucionais” (MEIRELES, 1977, p. 264), visto que o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (op.cit., p. 335) também define atividade como [...]. **4** Realização de uma função específica (de trabalho, profissão) [...].

Outrossim, nas palavras de Meirelles (1977, p. 82), “qualquer forma de provimento em cargo [...] que não pressuponha aprovação” em certame seletivo, “*para o cargo que se trata*, quer-nos parecer ilegítima – seja qual for o nome que se lhe dê. Chamar-lhe de acesso ou atribuir-lhe outra denominação” (transposição, transformação etc.) “adrede excogitada não muda a natureza das coisas”.

“Parece ser este o caso da mais recente modalidade de provimento ‘derivado’”, denominada de reestruturação de carreira, outrora intitulado de transposição ou de transformação, pois “não passa, a nosso ver, de artificioso instrumento propiciador de burla ao princípio da igual acessibilidade de todos aos

cargos públicos [...], pois, como visto, o fato de alguém ser funcionário público não o dispensa de submeter-se a concurso público para a aquisição da titularidade de outro cargo de natureza diversa [...]”. (CAMMAROSANO, op. cit., p. 77).

Nesta mesma trilha, Xavier de Albuquerque (1970, p. 17-18) cita um exemplo que “abre a oportunidade ao tranqüilo desprezo das razões que informam o mandamento constitucional maior”, que, para facilitar a compreensão, faz-se a adaptação ao caso sob comento: diz-se burlar o concurso público estatuído no art. 37, II da CF/88 quando um Agente de Tributos que foi nomeado para executar atividades de subsídio ou de apoio à fiscalização, “concurso para esse cargo”, cujas atribuições exigiam apenas o nível médio de escolaridade, “venha a ser, depois de estável”, designado, pela Lei 11.470/2009, “independentemente de concurso”, para exercer atribuições privativas de outro cargo (Auditor Fiscal) cujas atividades (v.g. lavratura de auto de infração) exigiam o nível superior em determinado curso, “sem qualquer correlação de funções”, e, para as quais, “não se exigiria aprovação em concurso específico, mediante a apuração da capacidade do servidor”.

Conclui referido autor (loc. cit.): “Assim, ao que nos parece, tudo que dê ensejo para burlas do preceito maior, contra este se choca diretamente, conforme acontece no caso, em tangenciamento à taxativa recomendação constitucional.”

Ainda, Cavalcante (op. cit.) é incisivo ao afirmar que a técnica legislativa que viabiliza a burla ao concurso público merece crítica e é uma medida que comporta punição aos administradores:

Passando por alto sobre a crítica a que faz jus o dispositivo, no tocante à técnica legislativa, não há como deixar de julgá-lo prejudicial à justiça administrativa, não só porque apregoa injustificável casuística, senão porque acolhe, em face da lei vigente, manifesto paradoxo, ao coonestar a prática de um delito administrativo, legalmente configurado. É a lei julgando legítima a transgressão a outra lei [CF/88] [...] que, como já vimos, prescreve punição [CF/88, art. 37, § 2º], com as penas de demissão ou destituição de função, para aqueles, que, após a implantação da classificação de cargos [com fundamento na CF/88], desviarem funcionários do exercício das atribuições do seu cargo.

f) Argumenta também o Sindsefaz que a Lei 11.470/09 fez mera adequação formal da regra jurídica ao que há muito tempo já vinha ocorrendo na prática, pois a fiscalização efetiva de mercadorias em trânsito e de microempresas ou empresas de

pequeno porte era atividade rotineira dos Agentes de Tributos Estaduais há décadas.

Pelo exposto, comprovado o exercício de atividades que não são da competência de um agente público, caracteriza-se, de fato, a ocorrência do que se chama “desvio de função”. É uma questão meramente administrativa, pois o gestor estatal tem a obrigação de atuar para que isso não aconteça. O Administrador Público não pode se locupletar indevidamente dos serviços prestados por seus funcionários, visto que isso implica o enriquecimento sem causa por parte do Estado, principalmente quando essas atividades demandam maior qualificação, capacidade técnica específica e conseqüentemente remuneração mais elevada.

Diante de situações como estas, o STF tem decidido pelo caminho de que o desvio de função não serve de fundamento para driblar o instituto do concurso público para acesso aos cargos e às respectivas atribuições de poder estatal, pois afronta diretamente o inciso II do art. 37 da CF/88 e demais princípios estampados no *caput* do art. 37 da Magna Carta. No entanto, entende o STF que o Estado tem a obrigação de remunerar os servidores públicos, durante o período em que ficou provado o exercício de atividades que não lhes eram próprias, como se nestas o fossem os efetivos titulares. É o que pode ser observado nas ementas transcritas abaixo:

[...] Servidor Público. Desvio de função. Direito adquirido à percepção de vencimentos de cargo superior. Não existência. Afronta ao artigo 37, inciso II, da CB/88. [...] 1. A Constituição do Brasil não admite o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele que é titular. Não há direito adquirido à incorporação de vencimentos de cargo exercido de maneira irregular, em afronta às exigências contidas no artigo 37, inciso II, da Constituição de 1988. Precedentes da Corte. [...]. (STF - RE 311371 AgR-ED/ SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 05-08-2005, p. 88).

[...] Desvio de função. Direito à remuneração. Reenquadramento funcional. Impossibilidade. Funcionário público. Atribuições. Desvio de função. Direito à percepção do valor da remuneração devida como indenização. Reenquadramento funcional. Impossibilidade, dada a exigência de concurso público [...]. (STF - RE 314973 AgR/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25-04-2003, p. 60).

[...] Desvio de função – Conseqüência remuneratória – Enriquecimento sem causa - Afastamento. O sistema da Constituição Federal obstaculiza o enriquecimento sem causa, especialmente o do Estado. Longe fica de vulnerar a Carta Política acórdão que, diante de desvio de função, implica o reconhecimento do direito à percepção, como verdadeira indenização, do valor maior, sem estampar enquadramento no cargo, para o que seria indispensável o concurso público. (STF - RE 275840/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa e Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, DJ 01-06-2001, p. 91).

[...] Fere o princípio inscrito no art. 37, II, da Constituição Federal, a atribuição, independentemente de concurso público, dos vencimentos de cargo superior que haja desempenhado, por desvio de função, o servidor. (STF - RE 219934/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 16-02-2001, p. 140).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Governo da Bahia, com fundamento nas lições de Cavalcante (op. cit., p. 55-56), ao realizar a migração de atribuições de um cargo para outro, promoveu uma espécie de transformação inconstitucional e que essa medida, a rigor, corresponde à criação de um novo cargo e o fez porque “abalançou-se a recomendar providências que [...] servisse aos fins colimados, pondo”, na visão do Poder Executivo, “paradeiro ao desvio de função”. Para eliminar o desvio de função, portanto, “lançou mão de expediente refratário à ordem jurídica, sugerindo, para a espécie, o processo de transformação do cargo ocupado pelo servidor, por ato de competência do Poder Executivo”. Ainda, produz a seguinte indagação:

[...] Destarte, verificado o desvio de função, consoante o implemento de certos requisitos, [imaginou] estaria o Governo [...] autorizado [...] a realizar a transformação do cargo ocupado pelo servidor, para efeito de situá-lo na condição condizente com as atribuições realmente desempenhadas. (CAVALCANTE, loc. cit.).

Por outro lado, no campo da melhor inteligência jurídica, tal concessão para realizar transformação de cargo ocupado pelo servidor, em desvio de função ou não, “é constitucionalmente proibida”, cf.art. 37, II CF/88, “uma vez que referida transformação, a rigor, corresponde à criação de um novo cargo [...]”. (CAVALCANTE, loc. cit.).

g) Por fim, assevera o Sindsefaz não se tratar de fusão de cargos nem incorporação do cargo de Agente de Tributos Estaduais na carreira de Auditor Fiscal, o que poderia ocorrer para prestigiar a racionalização e a eficiência dos serviços, mas apenas algumas atribuições de menor complexidade que se inseriam na competência do Auditor Fiscal (fiscalização de mercadorias em trânsito e de empresas de pequeno porte) foram formalmente retiradas deste cargo e agregadas ao conteúdo ocupacional do cargo de Agente de Tributos Estaduais.

Tendo em vista essas afirmações, procurou-se analisar as atribuições do ofício da carreira de Auditor Fiscal e constatou-se que a única atribuição que tem o registro expresso de atividades privativas ou exclusivas, para o desempenho das funções do citado cargo, é exatamente a de fiscalização ou constituição de crédito tributário. Ao contrário do relatado pelo Sindsefaz, esta é a atribuição mais complexa do cargo de Auditor Fiscal, pois, através dessa competência peculiar, é que fica

evidente o “poder de polícia” ou poder de império do Estado, quando da fiscalização ou auditoria nas empresas. É neste momento que o Auditor Fiscal realiza a sua mais importante atividade de poder estatal, i.e., a possibilidade de expropriação de parte do patrimônio dos cidadãos através da lavratura do auto de infração ou da constituição do crédito tributário.

(iv) Em 11 de junho de 2010 a Fetrab também requer o seu ingresso como *amicus curiae* na ADI 4233. Repete os mesmos argumentos do Sindsefaz e acrescenta a impressão de que é factível o enquadramento dos atuais Agentes de Tributos no cargo de Auditor Fiscal, pois os Agentes exercem na prática parte das atribuições que seriam privativas do cargo de Auditor:

a) Pontua a Fetrab não poder desprezar a experiência e o conhecimento dos atuais Agentes de Tributos (que fizeram o concurso com a exigência de nível médio de escolaridade) ao longo da sua vida funcional, valores estes que os colocam em igualdade de condições com os futuros agentes de tributos que, porventura, venham a ingressar no cargo, cumprindo a exigência de nível superior prevista na Lei 8.210/2002.

Em outras palavras, a Fetrab pugna pelo enquadramento dos atuais Agentes no cargo de Agentes de Tributos de nível superior sem a realização do concurso público.

No entanto, o STF já decidiu reiteradas vezes, conforme ementas registradas anteriormente, que eventual desvio de função não dá ensejo aos citados enquadramento ou transformação por violar a regra do festejado sistema de seleção pública, previsto no art. 37, II da CF/88.

b) Reafirma a Fetrab que todos os atuais Agentes de Tributos ingressaram no cargo antes da Lei 8.210/2002 e que acatar a orientação da AGU corresponderia a retirar qualquer eficácia do art. 2º da Lei 11.470/09, situação que caminharía em sentido contrário aos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa almejados pelo Fisco baiano.

Assim sendo, esquece que eventuais medidas que visem alcançar a eficiência e a racionalidade na prestação de serviços públicos não podem ser inseridas na esfera estatal quando estiverem em discordância com outros não menos importantes princípios constitucionais, a exemplo da igualdade, moralidade, impessoalidade, e do acesso aos cargos públicos por meio de seleção universal, pois “ninguém, pelo simples fato de já ser funcionário público, pode ser tão privilegiado a ponto de se ver

livre da concorrência de não funcionários”, em um processo de disputa igualitária, “pois isso significaria, sob certo aspecto, retornar à sociedade estamental, abolida com o advento dos modernos estados democráticos.” Ainda, qualquer lei que praticar “mal disfarçada burla” para ingressar nos cargos públicos por meio de reestruturação de carreira “padecerá de inconstitucionalidade”. (CAMMAROSANO, op. cit., p. 91-92).

Esse ideal igualitário somente pode ser verificado por meio do concurso público aberto a todos os cidadãos que se encontrem em situação equivalente e aptos a realização do certame seletivo, pois se o cidadão optar por deixar de lado os estudos e esperar que o governante venha a abrir uma pequena “janela” para atendimento do seu interesse particular, correrá o mesmo risco daquele sujeito, celebrizado por Abraham Kaplan no ‘Princípio da Pesquisa do Bêbado’, “que procurava debaixo do poste a chave perdida da porta, mesmo sabendo que a havia perdido na frente de sua casa, porque ‘debaixo do poste está iluminado e na frente de sua casa está escuro [...]’”. (CASTOR, 2000, p. 16).

Essa carência de uma fundamentada cultura cívica no Brasil é facilmente explicável, de acordo com Castor (op. cit., p. 47), visto que “*cívico* vem de *civilis*, que etimologicamente se refere ‘aos cidadãos como membros do Estado’”. Ainda, se a cidadania brasileira “se restringiu à elite, primeiro dos colonizadores, depois de seus sucessores no poder político, e a exclusão da população foi a regra, esta se vingava criando o próprio código de sobrevivência”, fundado “no ‘jeitinho’ e na informalidade”.

Assim sendo, “transgressões leves à lei não chegam a provocar nenhuma lesão considerável” à estima de ninguém, “especialmente se o prejudicado por essa lesão for alguma instituição impessoal e distante, como, por exemplo, o governo”. Já que nada se pode esperar do Estado como instituição impessoal, resta esperar dos compadres, “amigos e parentes bem situados que cumpram o que consideram ser obrigações de parentesco e de amizade. ‘A confiança respondia à confiança nas relações do indivíduo para o indivíduo, não de indivíduo para o Estado’”. (LIMA, op. cit., p. 98).

E acrescenta Castor (op. cit., p. 46-47) que “as leis, os regulamentos e as normas são interpretados, sempre que possível, de maneira generosa quando se trata de permitir acomodar o interesse de um parente ou”



[...] de um amigo do peito ou evitar-lhe um dissabor ou um desconforto. Espera-se que o amigo, investido de uma posição de mando, esteja pronto a demonstrar sua amizade arrançando, para você ou alguém de sua família, um emprego, uma promoção ou uma melhora salarial.

Nesse sentido, afirma ainda Castor (op. cit., p. 45) existir também no Brasil um método especial e um grau de sutileza diferente de outros lugares, pois aqui “as pessoas desenvolvem soluções que transgridem ou ignoram as normas preestabelecidas; dar um ‘jeitinho’ significa olhar para o outro lado, esquecer deliberadamente que a lei ou norma existem, driblar a burocracia, resolver um problema ou atender a um parente ou amigo”.

Isto posto, quando o cidadão tiver consciência do seu direito à igualdade de condições para acesso aos cargos de poder estatal e este direito tornar-se um fato inconteste e antigo, ao ponto de imprimir nos costumes o seu caráter, portanto, os homens não mais se deixarão “facilmente precipitar em aventuras seguindo um chefe imprudente [...] e vê-se” este último, “enfim reduzido à impotência, não só por ter sido vencido, mas por estar só”. (TOCQUEVILLE, 2004, p. 319-320).

### 3.5 O EXERCÍCIO DA CIDADANIA ATRAVÉS DE ÓRGÃOS DE CONTROLE E DE ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL

Por provocação da entidade de classe denominada Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia (IAF), tanto o Ministério Público do Estado da Bahia expediu a Recomendação nº 007/2008 (Anexo A), quanto a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Bahia proferiu Parecer GP/OF/0067/2009 (Anexo B), ambos os documentos dirigidos ao Governador do Estado e à Assembléia Legislativa da Bahia, cujas manifestações pugnam que seja preservada a igualdade no acesso aos cargos estatais por meio do concurso público.

Vale destacar que o Tribunal de Contas do Estado da Bahia também impediu que a carreira de Assistente fosse transformada de modo a poder também exercer as mesmas atribuições do Auditor. Isso aconteceu com o pronunciamento do plenário daquela Corte de Contas validando o Parecer 851/2008.

No mesmo caminho, o Tribunal de Contas da União (TCU) expediu a Súmula 231 para estancar de vez as pretensões dos governantes de realizar reestruturações e transformações inconstitucionais nas carreiras no serviço público federal.

Por fim, a Associação Nacional de Proteção e Apoio ao Concurso Público – ANPAC, com sede no Rio de Janeiro, expediu nota pública ou Mensagem à sociedade baiana estampada no Jornal A TARDE de 09 de novembro de 2008, alertando o Governador sobre a inconstitucionalidade da transformação que pretendia efetivar nas carreiras dos servidores fiscais da Bahia que se materializou com a Lei 11.470/09.

Destarte, cabe analisar os posicionamentos acima apontados de forma individualizada, com o fito de entender melhor a questão ora suscitada.

Nessa linha, o Ministério Público do Estado da Bahia, em face de Representação formulada pelo Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, solicitando uma manifestação do *Parquet* sobre a pretensão do Governo da Bahia em fazer reestruturação nas carreiras Fiscais, e no cumprimento da sua magnânima missão Constitucional de defesa da sociedade e dos respectivos cidadãos, procurou se antecipar aos fatos concretos de drible ao concurso público e encaminhou a Recomendação nº 007/2008, com os fundamentos legais, para que o Governador deste Estado e a Assembléia Legislativa da Bahia evitassem praticar a transformação das carreiras dos servidores fiscais, pois o projeto era flagrantemente inconstitucional.

Assegura aquele Órgão Ministerial que, com a promulgação da Constituição de 1988, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de investidura em cargo público, a ascensão funcional (ou acesso) e, dessa forma, o preenchimento de cargos e funções da Administração Pública, fora das exceções constitucionalmente previstas, apenas pode ser efetivado mediante realização de concurso público de provas ou de provas e títulos.

Indica que a proposta de transformação das carreiras desrespeita não apenas o princípio do concurso público, mas também a moralidade administrativa e os princípios constitucionais da igualdade, legalidade e impessoalidade, obstando, por assim dizer a disputa, competição pública, a meritocracia, portanto, “em que aos mais qualificados é atribuído o provimento do cargo público, impedindo, ainda, a concessão de privilégios corporativistas a categorias de servidores já egressos, em detrimento da justa seleção pública e imparcial”.

Ao final da recomendação dirigida ao Governador da Bahia, pontua:

a) - [...]

b) - que evite a edição de qualquer norma jurídica que possa implicar na absorção das funções privativas de AUDITOR FISCAL, como CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, para outro cargo,[...] o que redundaria em prejuízo ao erário.

Em seqüência, no que concerne à Ordem dos Advogados do Brasil, Secção Bahia (OAB-Ba), esta entidade foi instada a se manifestar sobre a proposta do Governo da Bahia de transferir atribuições privativas dos cargos da carreira de Auditor Fiscal (registradas no edital do concurso público) para carreira diversa, existente nos quadros da Secretaria da Fazenda, e o Presidente da Comissão de Direitos Constitucionais da seccional baiana emitiu parecer jurídico asseverando que a proposta era flagrantemente inconstitucional.

Assim sendo, esse Parecer Jurídico, placitado pelo Presidente da OAB-Ba, por meio do Ofício GP/OF/0067/2009, de 26 de janeiro de 2009, foi encaminhado à Assembléia Legislativa do Estado da Bahia, cujos fundamentos resumem-se em:

a) A OAB afirma que a reestruturação das carreiras integrantes do Fisco estadual contraria os princípios constitucionais do art. 37 da Lei Maior, v.g.:

- impessoalidade (pois carece dos atributos da absorção e da generalidade, pois acaba se endereçando a destinatários específicos e determinados);

- moralidade (haja vista que propicia a extensão das funções privativas dos Auditores Fiscais para os Agentes de Tributos, favorecendo indevidamente esta última categoria de servidores, que se submeteram a concurso público de menor complexidade e de menor exigência de escolaridade, inobstante sua reconhecida importância para o Fisco estadual); e

- eficiência (pelo simples fato de que a eficiência administrativa não será concretizada pela transformação dos cargos públicos do Fisco estadual, porquanto a capacitação técnica exigida para o desempenho das funções do Auditor Fiscal, aferida mediante rigoroso concurso de provas e títulos, potencializa uma atuação mais eficiente da Administração Pública na constituição do crédito tributário).

b) A OAB pondera também que a reestruturação das carreiras integrantes do Fisco estadual ofende relevantes princípios implícitos do Direito Administrativo, tais como:

- o princípio do interesse coletivo (ao permitir o desempenho de atribuição por servidores não legitimados tecnicamente pelo concurso público); e

- princípio da razoabilidade (a suposta alegação de economicidade da medida estatal não se revela razoável, o que pode redundar em grave prejuízo ao erário do Estado da Bahia).

c) A OAB assevera ainda que a reestruturação das carreiras integrantes do Fisco estadual fere regra constitucional expressa no art. 37, II, não se admitindo o acesso à carreira de Auditor Fiscal por via oblíqua, sem prévio certame de provas e títulos.

Seguindo o trâmite proposto, a Corte de Contas da Bahia, esclarece que “a Constituição Federal não admite a possibilidade de adoção de uma providência semelhante à que foi” instituída pela Lei 11.470/2009, pois a decisão do plenário do Tribunal de Contas do Estado da Bahia (TCE/BA) convalidou o parecer 851/2008, de 13 de outubro de 2008, de lavra de Alberto Luiz Telles Soares, proibindo “a ascensão automática de 187 servidores para cargo hierarquicamente superior ao que ora ocupam, cargo este cujo provimento exige melhor qualificação e confere aos seus ocupantes atribuições de maior complexidade e responsabilidade”.

Como pode ser visto no citado Parecer, “a transformação automática de Analistas em Auditores não pode ser vista como” simples “modificação de terminologias”, como insignificante “adoção de mudanças na denominação de um Cargo: trata-se, sim, de verdadeiro provimento”, sem certame seletivo, “de um cargo para o qual os atuais ocupantes do Cargo de Analista [...] não foram habilitados, não podendo, destarte, gozar das prerrogativas nem assumir as responsabilidades inerentes ao Cargo hierarquicamente superior que viriam a galgar”.

Conclui, portanto, o plenário da referida Corte de Contas, em decisão proferida na 69ª Sessão Ordinária, realizada em 21 de outubro de 2008, que reestruturação de carreira semelhante à implementada pela Lei 11.470/2009 “implicaria burla manifesta ao princípio constitucionalmente estabelecido do Concurso Público” (art. 37, II da CF/88), “como condição *sine qua non* para o provimento de cargos” e empregos no âmbito da Administração Pública, em qualquer das instâncias da Federação [...]”.

Dando continuidade a essa série de manifestações, em nota pública postada no Jornal A TARDE, na edição do dia 09/11/2008, na página 3, caderno Empregos, a entidade civil denominada ANPAC - Associação Nacional de Proteção e Apoio ao Concurso Público dirigiu-se à sociedade baiana e ao Governador da Bahia

defendendo a “bandeira do concurso público” e condenando a inconstitucionalidade da transformação dos cargos de carreiras do Fisco.

Para finalizar, registre-se que o Tribunal de Contas da União editou a súmula nº 231, firmando o entendimento da necessidade de realização de concurso público até para as Autarquias, empresas estatais e sociedades de economia mista que “visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada”.

Em face do relatado e em função das reiteradas tentativas de ingressar ilegalmente em carreiras típicas ou exclusivas de Estado sem o devido processo seletivo público, aberto a todos os cidadãos, o STF foi direcionado a expedir a já referenciada Súmula 685, de 24.09.2003, que, devido a sua importância, merece ser repetida:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

A súmula do STF tem a finalidade de informar para todos (legisladores, governantes, magistrados, advogados etc.) o que pensa a Corte Maior do país sobre uma determinada matéria de relevância para a sociedade, dando a conhecer, portanto, a orientação deste Tribunal Constitucional nas questões mais freqüentes ou de temas que se repetem amiudadamente em seus julgamentos.

Espera-se que a referida súmula venha irradiar, por certo, os seus efeitos quando do julgamento das situações listadas no Quadro 2 (algumas com decisão já transitada em julgado no STF), onde, consoante pesquisa elaborada pelo autor deste trabalho, a quase totalidade das alterações nos cargos de carreira materializadas pelas Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados está sendo questionada perante os tribunais ou junto ao Ministério Público.

Pelo exposto no Quadro 2, portanto, os governantes, mesmo após a Constituição Cidadã de 1988, momento em que se imaginava ter colocado um “ponto final” no patrimonialismo, com as suas várias facetas, i.e., clientelismo, corporativismo, nepotismo, apadrinhamento, terceirizações ilícitas e a recente reestruturação de carreiras, continuam a “brincar” com o patrimônio público, assim entendido os cargos estatais e respectivas atribuições de carreiras típicas ou exclusivas de Estado.

Nesse sentido, consoante decisão também do STF, as exceções para a não realização de concurso público estão previstas no próprio texto da CF/88 e se limitam a cargos comissionados (inciso II, *in fine*, do art. 37) e a de provimento temporário (inciso IX do art. 37):

[...] Cargos e empregos públicos. Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional. **Acessibilidade. Concurso público.** A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica esta igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o exposto no art. 173, par. 1. **Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.** (STF - MS 21322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 23-04-1993, p. 6921). (g.n.).

Complementando, volta-se a esclarecer que, antes da atual Carga Magna era legítimo e possível se habilitar por meio do concurso público, num primeiro momento, e depois galgar posições outras por meio do acesso, transposição, transferência e dos demais fenômenos do antigo Direito Administrativo funcional, que ocorriam no plano do serviço público, apesar de não constarem do plano das Constituições anteriores, pois faziam-se presentes no campo do Direito Administrativo (MENDES, 1988). Hoje, essa possibilidade está totalmente descartada pela Carta Maior.

Nesta senda, fica evidente que todas as modalidades de burla ao concurso público, inclusive a mencionada reestruturação de carreira ocorrida na Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, são repudiadas pela própria CF/88.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por ser o concurso público um instrumento de exercício da cidadania, a educação de qualidade continua a ser um fator decisivo para emancipar os cidadãos brasileiros, agora utilizada para dotar os candidatos a acesso aos cargos e empregos dos conhecimentos necessários para competirem igualmente com os demais integrantes da sociedade, de modo a chegar ao poder estatal e gerenciar a máquina burocrática apenas os quadros mais qualificados que foram selecionados através deste meritocrático certame universal.

Referido processo seletivo é a forma científica mais democrática de recrutamento, ao primar pela possibilidade de atração e conquista dos melhores e mais competentes quadros do corpo social para atuarem na estrutura do comando estatal, por intermédio da ocupação de cargos e empregos públicos, tendo como norte a elaboração, o desenvolvimento e o controle das políticas de interesse da coletividade.

Além de satisfazer a vários princípios constitucionais previstos na CF/88, especialmente os do art. 37, caput (isonomia, moralidade, eficiência, legalidade e impessoalidade) e incisos I e II (acesso aos cargos estatais por meio do concurso público), inclusive àqueles considerados fundamentais ao desenvolvimento da cidadania, *v.g.*, direito à igualdade, a um trabalho decente, principalmente em um mundo em que a precariedade ainda prevalece nas relações empregatícias, submeter-se a um processo seletivo para ingresso ou admissão ao serviço público atende também à meritocracia e à dignidade do ser humano, pois este nenhum favor ficará a dever ao político clientelista.

Nesse sentido, o concurso público evita o patrimonialismo ou o favorecimento de afilhados ou de terceiros próximos às autoridades estatais que normalmente usam o trabalho como moeda de troca pelo voto, o que ocorre em detrimento daqueles que, embora capazes, não tenham aproximações com o gestor público ou com o governante e, conseqüentemente, não serão contemplados com as suas benesses, mormente quando não contribuíram na campanha eleitoral. Finalmente, referida forma de recrutamento de pessoal viabiliza a construção da lealdade ao Estado-nação e não aos governantes, na medida em que o administrador só convocará os mais capazes, *i.e.*, aqueles que demonstrarem aptidão para o

exercício das atribuições, autoridades e responsabilidades inerentes ao serviço público e ao cargo que passará a ser titular, rejeitando-se, por ora, os que não preencherem tais requisitos.

Isto é fundamental porque as atividades republicanas devem ser exercidas com imparcialidade e independência para poder atender às necessidades de todos os cidadãos, de forma indiscriminada e objetivamente, portanto sem personalismos, com a prevalência dos interesses públicos em qualquer situação, visto que esse elo de subserviência direta com o governante prejudica a atuação dos servidores com a devida autonomia para tomar as decisões em prol da coletividade.

Essa é a maneira de acabar com o patrimonialismo histórico que ainda remanesce e assombra o nosso imaginário e distorce inteiramente as fronteiras entre o público e o privado, visto que o espaço verdadeiramente democrático da representação se confunde com a defesa de interesses privados, onde os partidos políticos se transformam em grupos de pressão e perdem o papel institucional de intermediação entre governante e governados, espelhando uma visão absolutamente individualista e nada solidária do convívio social.

Além desse mecanismo de troca de favores, várias formas ou modalidades de patrimonialismo ainda persistem em nosso país, a exemplo do aparelhamento do Estado via partidos políticos e sindicatos; nepotismo (emprego no setor público de parentes e amigos íntimos dos detentores dos cargos); “terceirização cruzada” (terceiriza o serviço direcionando-o para ser prestado por empresas de pessoas da família); bem como o corporativismo (camuflado de interesse público) reinando com o mecanismo de reestruturação de carreiras ou de transformação de cargos, a exemplo do que foi materializado na Bahia quando se faz a conjugação das leis 8.210/2002 e 11.470/2009, as quais foram analisadas no capítulo 3.

O cidadão, portanto, tem o direito de participar do Poder Público, inclusive compondo os seus quadros de carreiras típicas na qualidade jurídica de servidor do Estado, momento em que a titularidade do cargo público importa em ser parte ativa direta dos órgãos da pessoa estatal, pois, em alguns casos esses poderes são tão importantes que podem decidir a qualidade de vida e não raro o destino dos demais membros da sociedade, *v.g.* a atuação dos juízes, advogados públicos, promotores, auditores fiscais.

Portanto, a presença de servidores públicos dotados de profissionalismo, com autonomia e independência na esfera da administração estatal, combinada com a



ampla elevação do nível de transparência das ações do Estado e da participação dos cidadãos e de entidades da sociedade civil no planejamento, execução e controle das políticas públicas que vão influenciar o destino dos diversos atores sociais envolvidos, é também uma maneira de combater os resquícios de patrimonialismo ainda existentes sob a forma de clientelismo, fisiologismo ou corporativismo, bem como de consolidação do elo Estado-sociedade, i.e., de construção de uma administração pública societal ou democrático-participativa.

Nesse sentido, é de uma inteligência palmar a opção pela profissionalização e valorização do servidor, conjugado com o respeito ao ditame constitucional que adotou a regra do concurso público como a ferramenta colocada ao alcance de todos os cidadãos para o acesso igualitário aos cargos, empregos públicos e respectivas atribuições, com a conseqüente participação democrática do Poder Estatal, contribuindo de maneira decisiva para o desenvolvimento nacional, especialmente quando se reporta às carreiras típicas de Estado.

Ainda, o certame seletivo impõe limites aos governantes, por força de vedações constitucionais expressas para fazer eventuais transformações ou reestruturações nas carreiras e cargos estatais, evitando a prática das formas corriqueiras de driblar o amplo e universal concurso para ingresso na máquina pública de forma isonômica, como ficou constatado na análise do caso prático abordado no capítulo 3, haja vista que as razões alegadas pelo Estado da Bahia, tais com racionalidade e eficiência e eventual interesse público, não podem contrariar os ditames da *Lex Suprema* (art. 37, *caput*, e incisos I, II e XXII).

Assim sendo, não se pode prover os cargos públicos e respectivas atribuições sem a oferta a todos os cidadãos, de modo a atender à regra da publicidade e da transparência, bem como aos quais se garanta o direito de acessá-los em igualdade de oportunidades, desde que cumpridas as condições legais determinadas no edital do processo seletivo e necessárias para o seu bom desempenho, i. e., com eficiência, em benefício do interesse público, da moralidade, impessoalidade e da razoabilidade.

Então, as ações tomadas no presente para extirpar do setor público essas continuadas formas de patrimonialismo, via concessões, permissões, favores, “jeitinhos”, “arrumações” ao arrepio da Lei Maior e dos princípios constitucionais nela inseridos, são instrumentos de preservação do futuro da administração pública, formando um verdadeiro pacto de gerações, ou seja, a atual trabalhando para a

garantia da existência da futura, na condição de candidatos à ocupação de um espaço na esfera pública por meio de seleção universal.

Assim, o exercício da cidadania através da igualdade de oportunidades de acesso aos cargos públicos deve ser perseguido de modo a assegurar a todos os cidadãos o pleno direito de ingressar na máquina estatal, sem a incidência das variadas formas de privatização da burocracia administrativa, relatadas neste estudo.

Como demonstrado, os patrocinadores da nova modalidade de patrimonialismo, ora modulado com o nome de transformação ou “reestruturação de carreira”, engendrada pela conjugação das leis baianas 8.210/2002 e 13.220/2009, esquecem de trazer à baila o fato de que o cargo estatal é um bem público, i.e., o posto de uma carreira é um patrimônio da coletividade, inclusive as suas atribuições respectivas, mormente as dos servidores fiscais, por serem essenciais ao funcionamento do Estado e classificadas como privativas ou indelegáveis por expressa determinação da Carta Magna (art. 37, inciso XXII), servindo como força limitadora da autonomia governamental.

A reestruturação ou transformação mencionada nas linhas precedentes é simplesmente uma maneira de apropriação de um recurso público por um “grupo de pessoas” interessadas no mesmo, i.e., de servidores que foram contemplados com essa dádiva, ou seja, a transferência de atribuições nobres ou exclusivas de um cargo público (patrimônio do Estado) para a seara privada de uma categoria específica (corporativismo) é uma nova modalidade de patrimonialismo camuflada com a denominação de “reestruturação de carreiras”.

Às vezes isso passa despercebido, principalmente quando não existe oposição e há “acordos” entre as partes diretamente envolvidas – o governante e a casta que irá galgar uma posição de maior *status* na estrutura do Estado. O primeiro, como na época do patrimonialismo colonial, distribuindo favores ou bens públicos (atribuições inerentes a cargos de maior *status*) e o segundo assegurando ao poder concedente a fidelidade, a serventia e obviamente os votos, no processo eleitoral.

Apesar do instituto do concurso público ser o procedimento mais acertado para recrutamento e seleção dos servidores estatais, é fundamental que os governantes adotem a publicidade e o seu anúncio antecipado, podendo fazê-lo juntamente como o envio do orçamento anual para as Casas Legislativas, possibilitando a todos a elaboração de um planejamento para capacitação e disputa

em igualdade de condições para ingresso na estrutura administrativa do Estado, evitando também a recorrência das variadas modalidades de fraude à seleção pública, como ocorre com a indigitada reestruturação de carreira.

Sendo assim, os cidadãos que logram êxito no certame seletivo recebem da sociedade o direito ao exercício das atribuições do cargo enquanto nele investido e detêm as garantias estatutárias e a proteção que a Constituição lhes reservar, servindo esta última como limitadora dos nefastos procedimentos de admissão de pessoal a serem eventualmente praticados pelos administradores públicos.

A sociedade não agüenta mais conviver com essas ações materializadas pelos governantes, consideradas como mecanismos de burla ao instituto do concurso público, ferindo mortalmente a cidadania encorpada nos direitos civis (igualdade de oportunidade no acesso às atribuições dos cargos estatais), nos direitos políticos (participação no planejamento, execução e controle das políticas públicas definidas pelos postos de carreiras de Estado), e nos direitos sociais (obtenção de emprego via concurso universal).

Diante do exposto, acredita-se que o caminho mais adequado para o acesso igualitário aos cargos públicos é investir na formação e na valorização das carreiras estruturantes de Estado, com o efetivo “controle externo” por parte da sociedade civil, bem como fazer uso do máximo de transparência, pois esta é a ferramenta mais importante no combate aos desvios e à corrupção na esfera estatal brasileira.

Consoante exposto, Cargo público é um conjunto de atribuições cometidas a um servidor e a mudança de atribuições de uma carreira que altera a sua natureza ou o seu núcleo original constitui transformação de um cargo em outro, principalmente no que concerne às atividades privativas ou exclusivas (que é o que acontece no caso em tela que foi apreciado). Ou seja, a investidura através de reestruturação ou transformação de cargos é uma forma de provimento derivado, visto que não ocorre nomeação nestas hipóteses. É como se um servidor passasse de um específico cargo de carreira para outra diferente, sem ter sido aprovado em concurso público, pois trata-se de cargo de carreira diversa da que anteriormente operou-se a investidura. Deste modo, além da alteração do nível de escolaridade, as mudanças de atribuições dos cargos das carreiras em questão também ferem a Carta Constitucional de 1988 e a jurisprudência já consolidada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesta senda, a reestruturação de carreiras é uma nova modalidade de fraude, pois reestruturar é estruturar de novo, é transformar algo que já existia, mesmo nas situações de retirada de parte das atribuições nobres ou exclusivas (e parte de um cargo, portanto) para alocá-las em outro posto de menor prestígio social. Ainda, tentativas de continuar esse processo de ingresso na esfera pública, por vias transversas e com a utilização dos mesmos “nomen iuris” (transposição, transformação, enquadramento etc.), foram denunciadas, ou seja, ocorreu a participação política na defesa do bem coletivo, a exemplo do caso prático apreciado no capítulo 3, e espera-se que continuem a ser contestadas pelos órgãos de controle do Estado, pelas entidades da sociedade civil e também pelos cidadãos para, ao cabo desse processo, possam vir a serem barradas pela Corte Maior deste país.

Com a convicção de que a capacidade crítica é fundamental para o processo emancipatório do ser humano, pois é essa visão crítica da vida e dos acontecimentos que viabiliza um modo alternativo de intervenção na realidade, almeja-se, finalmente, que a divulgação deste trabalho contribua para conscientizar os administradores públicos e a sociedade quanto à importância de se respeitar as regras vigentes na Carta Política, deixando, portanto, de agir de forma dissimulada para driblar os preceitos constitucionais, pois, como visto, não é mais permitido que sejam utilizadas quaisquer das diferenças existentes entre os cidadãos como subterfúgio para ter-se acesso aos cargos estatais, principalmente quando manipulados mecanismos ou utilizados os famosos “jeitinhos”, como a mudança nas atribuições de uma carreira para outra, que é uma forma de transformação de cargos ou de provimento derivado ou, ainda, de burla ao concurso público.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Alzira Alves de (organizadora). **Caminhos da cidadania**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcante de. Reconstrução e reforma do Estado: economia política do poder e modernização da democracia brasileira. In:\_\_\_\_\_. **Governabilidade e reformas**. João Paulo Reis dos Veloso e Roberto Cavalcante de Albuquerque (coordenadores)... [et al.] – Rio de Janeiro: José Olympio, 1995.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. O nepotismo na terceirização da mão de obra: uma primeira impressão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2501, 7 maio 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14813>>. Acesso em: 09 mai. 2010.

ANPAC – Associação Nacional de Proteção e Apoio aos Concursos Públicos. **Pesquisa nacional de concursos públicos, 2005-2007**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. atualizada por Rosalea Miranda Folgosi, 4ª tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BADIAN, E. O Mundo Helenístico. In:\_\_\_\_\_. **O mundo grego**. Coordenador Hugh Lloyd-Jones, Tradução Waltensir Dutra. – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

BANDEIRA, Manuel. **Poesia completa e prosa**. – Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986.

BARROS, Wellington Pacheco. **Direito administrativo: concurso público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. Cargo – emprego e função – conceitos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, vol. 6, p. 167-174, 1994.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 1998.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A Cidadania Ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. 3. ed. - São Paulo: Editora Ática, 2000.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. 1. ed. – Barueri, SP: Manole, 2003.

BLAU, Peter M. O estudo comparativo das organizações. In:\_\_\_\_\_. **Sociologia da Burocracia**. Organização, introdução e tradução de Edmundo Campos. - Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4ª reimpressão - Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed., 7ª reimpressão – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Política**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Caçais. 11. ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. – Brasília: Editora UNB, 1999.

\_\_\_\_\_; VIROLI, Maurício. **Direitos e deveres na República**: os grandes temas da política e da cidadania. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3. ed. - São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituições (1824; 1891; 1934; 1937; 1946; 1967; e de 1988). **Constituições da República Federativa do Brasil e Emendas Constitucionais**. Disponíveis em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública. Brasília: MARE, 1977. (**Cadernos MARE da reforma do estado**). Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=522&cat=238&sec=25#>>. Acesso em: 24 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Presidência da República/Casa Civil/Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Mensagem nº 1.044, de 24 dez. 1008 ao Senado Federal**. Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por inconstitucionalidade, o Projeto de Lei de Conversão nº 27, de 2008 (MP n. 440/08), que “Dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil [...]”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-1044-08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-1044-08.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Presidência da República/Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. – Brasília, MARE, nov.1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/colecao/plandi.htm](http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Presidência da República/Controladoria Geral da União. **Governo Federal expulsou em 8 anos quase 3 mil servidores por corrupção**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2011/noticia00111.asp>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4233**: petição inicial, pareceres da Advocacia Geral da União (AGU) e da Procuradoria-Geral da República (PGR) /Ministério Público Federal (MPF) e demais peças processuais dos “amigos da corte”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2672273>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **AgRg no AI nº 53498** (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento). EMENTA: 1 – Promoção ou qualquer vantagem prevista na carreira do funcionário público não constitui direito adquirido enquanto não subjetivada. [...]. (Rel. Min. Antonio Neder, Brasília, DJ de 19.10.1973).

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado da Bahia. **Processo TCEADM/001496/2008**. Parecer Nº 851/2008 e Ata da 69ª Sessão Ordinária do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, realizada em 21 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.bahiaja.com.br/noticia.php?idNoticia=11654> e <http://www.bahiaja.com.br/noticia.php?idNoticia=11586>. Acesso em 04 Nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Súmula 231**: A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta [...]. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 24 mar. 2010.

BRESSER-PEREIRA. Da Administração Pública burocrática à gerencial. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. n. 47 (1) jan./abr. 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Estratégia e estrutura para um novo Estado. **Revista do Serviço Público**. Brasília, Ano 48, n.1, p. 5-25, jan./abr. 1997.

\_\_\_\_\_. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. – São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

\_\_\_\_\_. A Reforma Gerencial de 1995. In: \_\_\_\_\_. **Cadernos Adenauer II (2001), nº 3: Burocracia e reforma do Estado**. – São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, julho 2001.

\_\_\_\_\_. O surgimento do Estado republicano. Trabalho apresentado no III Simpósio Internacional sobre Justiça, Porto Alegre, 1-5 de setembro de 2003. Revisado em fevereiro de 2004. **Lua Nova [online]**. 2004, n.62, p. 131-150. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n62/a08n62.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2009.

\_\_\_\_\_. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1985. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 04 de jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Deus foi brasileiro no governo Lula. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 02 jan. 2011, p. A12.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Concurso público: requisitos de inscrição. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 6, p. 64-73, 1994.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e a análise da Constituição do Império**. – Brasília: Ed. Universidade de Brasília; Senado Federal, 1978. (Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos. Série Estudos jurídicos, vol. 5).

CABRAL, Plínio. **A falência do Estado moderno**. 2. ed. – São Paulo: Escrituras Editora, 2005.

CAMMAROSANO, Márcio. **Provimentos de cargos públicos no direito brasileiro**. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a Sociologia Brasileira. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 46, nº 1, p. 153-193, 2003.

CARELLI, Gabriela. Cinco milhões querem o governo como padrão. **Revista VEJA** (encarte especial), São Paulo, edição 2013, Editora ABRIL, 20 Jun. 2007. Disponível em: < [http://veja.abril.com.br/200607/p\\_088.shtml](http://veja.abril.com.br/200607/p_088.shtml)>. Acesso em: 24 mar. 2010.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Sugestões para uma reforma gerencial de emergência. Palestra proferida no **Fórum Especial do Instituto Nacional de Altos Estudos – INAE**, Rio de Janeiro, 03 set. 2008. Disponível em: <[http://np3.braintemp.com.br/upload/ihb/arquivo/Palestra\\_INAE\\_-\\_JG\\_2\\_9\\_20084-f\(1\).pdf](http://np3.braintemp.com.br/upload/ihb/arquivo/Palestra_INAE_-_JG_2_9_20084-f(1).pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2010.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. – 11. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. **O Brasil não é para amadores: estado, governo e burocracia na terra do jeitinho**. – Curitiba: EBEL : IBQP-PR, 2000.

CAVALCANTE, Pedro. O Conceito de cargo público e o desvio de função no serviço público civil. **Revista de Informação Legislativa**, p. 47-60, junho 1965.

CERQUIER-MANZINE, Maria Lourdes. **O que é cidadania**. – 4. ed. – São Paulo: Brasiliense, 2010. – (Coleção Primeira Passos; 250).

CONCEIÇÃO, Ana. Ipea: setor público responde por 21% do emprego formal. **O Estado de São Paulo**, 15 dez. 2009, caderno Emprego & Negócios. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,ipea-setor-publico-responde-por-21-do-emprego-formal,482539,0.htm>>. Acesso em 16 dez. 2009.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Modernização. In:\_\_\_\_\_. **Estrutura e organização do Poder Executivo**. [organizado por Regis de Castro Andrade e Luciana Jaccoud].



– Brasília: Centro de Documentação, Informação e Difusão Graciliano Ramos, 1993.  
– 2v.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997a.

\_\_\_\_\_. Parecer sobre 'Lei de Estado-membro eivada de inconstitucionalidade'. **SINTAF/RS**, Rio Grande do Sul, 19 fev.1997b. Disponível em: <<http://www.sintaf-rs.org.br/WebForms/default.aspx>>. Acesso em: 19 fev.1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. - Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/mai/junho, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 6ª impressão – São Paulo: Moderna, 2002. - (Coleção polêmica).

DEMO, Pedro. **Cidadania tutelada e cidadania assistida**. Campinas, SP: Autores Associados, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

DINIZ, Eli. **Crise, Reforma do Estado e governabilidade: Brasil, 1985-95**. – Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997.

DOUGLAS, William. Cinco milhões querem o governo como patrão. **Revista VEJA** (encarte especial), São Paulo, edição 2013, Editora ABRIL, 20 Jun. 2007. Disponível em: < [http://veja.abril.com.br/200607/p\\_088.shtml](http://veja.abril.com.br/200607/p_088.shtml)>. Acesso em: 24 mar. 2010.

EISENSTADT, S. N. Burocracia, burocratização e desburocratização. In:\_\_\_\_\_. **Sociologia da Burocracia**. Tradução e organização de Edmundo Campos. - Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

EVANS, Peter. El Estado como problema y como solucion. **Revista de Ciencias Sociales**: Desarrollo Económico, Buenos Aires, vol. 35, n. 140, p. 529-562, enero-marzo, 1996.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. – 3. ed. rev. – São Paulo: Globo, 2001.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Admissão irregular de servidores públicos e suas consequências jurídicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 137, p. 5-12, jan./mar. 1998.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. – 5. Ed., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1991.

FISCAL. In: Vocabulário Jurídico. SILVA, De Plácido e. - 11. ed., v. II., p. 304. – Rio de Janeiro: Forense, 1991: Derivado do latim *fiscalis*, de *fiscus*, é o vocábulo que nos vem do Direito Romano com a significação de relativo ao fisco ou ligado ao fisco [...], designa a pessoa a quem compete a função ou atribuição de vigiar ou zelar o cumprimento ou a execução de certas leis, preceitos ou regulamentos de ordem fiscal ou tributária [...].

FISCO. In: Vocabulário Jurídico. SILVA, De Plácido e. - 11. ed., v. II., p. 306. – Rio de Janeiro: Forense, 1991: Derivado do latim *fiscus*, do grego *physkos*, significa propriamente o cesto de vime ou cabaz, em que se guarda dinheiro. E seu emprego como caixa do Estado, vem, precisamente, da circunstância de guardarem os coletores de impostos, em tais cestos, os dinheiros recebidos e pertencentes ao tesouro público. Fisco, na terminologia atual, tanto quer significar erário, como tesouro público [...] Nos últimos tempos do Império Romano, *fiscus* designava o próprio Estado [...].

FREITAS, Juarez. O Princípio da Estabilidade do Servidor Público: exegese sistemática dos arts. 41 e 169 da Constituição Federal, **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, v. 11, nº 12, p. 28-35, Porto Alegre, set. 1998.

\_\_\_\_\_. **Carreira de Estado e Administração Tributária**. – Brasília, DF: Febrafite, 2007a.

\_\_\_\_\_. Concurso Público e Regime Institucional: Carreiras de Estado. In: \_\_\_\_\_. **Concurso Público e Constituição**. Fabrício Motta (Coord.). 1. ed., 2. Tiragem. - Belo Horizonte: Fórum, 2007b.

FRIEDE, Reis. **Curso de direito administrativo**: em forma de perguntas, respostas e diagramas explicativos. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GASPARINI, Diógenes. Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização. In: \_\_\_\_\_. **Concurso Público e Constituição**. Fabrício Motta (Coord.). - 1. ed., 2. Tiragem. - Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GIDDENS, Anthony. A questão da desigualdade. In: \_\_\_\_\_. **O debate global sobre a terceira via**. Anthony Giddens (org.); tradução de Roger Maioli dos Santos. – São Paulo: Editora UNESP, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. – 11. ed. Revista/atualizada. – São Paulo: Malheiros, 2006.

HALL, Richard H. O conceito de burocracia: uma contribuição empírica. In: \_\_\_\_\_. **Sociologia da Burocracia**. Edmundo Campos (org. e tradução). - Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. – 26. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOPKINS, Terence K. O conceito de sistema de autoridade. In: \_\_\_\_\_. **Sociologia da Burocracia**. Edmundo Campos (org. e tradução). - Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JONES, A. H. M. Atenas e Esparta. In: \_\_\_\_\_. **O mundo grego**. Coordenador Hugh Lloyd-Jones, Tradução Waltensir Dutra. – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com H. Arendt**. - São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

\_\_\_\_\_. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder** – 2. ed., rev. e ampl. - São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. – 6. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

LOUREIRO, Patrícia. A cidadania da União Européia: mito ou realidade? In: \_\_\_\_\_. **Cidadania: novos temas, velhos desafios**. Organizadoras Mônica Tereza Costa Sousa e Patrícia Loureiro. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2009. (Coleção direito, política e cidadania; 18).

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. **O servidor público e a reforma administrativa**. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. – São Paulo: Saraiva, 2007.

MARCONI, Nelson. Uma breve comparação entre os mercados de trabalho do setor público e privado. **Revista do Serviço Público**. Ano 48. N. 1, p. 126-146, Jan-Mar 1977.

MARSHALL, Thompson H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, José de Souza. **A sociedade vista do abismo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública**: foco nas instituições e ações governamentais. – São Paulo: Atlas, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público**, vol. II. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. atual. pela Constituição de 1988. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 26. ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 29. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. - São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**: regime jurídico dos funcionários públicos – 1. ed., 5ª tiragem - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. – 2. ed. rev. atualizada e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

\_\_\_\_\_. Parecer sobre projeto de lei de unificação de atribuições de servidores fiscais. Mato Grosso, **SINFATE**, 17 set. 2008. Disponível em: [www.sinfate.com.br](http://www.sinfate.com.br). Acesso em: 24 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até EC 57/08 - São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: alguns aspectos. **R. Inf. Legisl.** Brasília a. 25 n. 100, p. 163-203, out./dez. 1988.

MENEGALE, J. Guimarães. **Direito administrativo e ciência da administração**. 2. ed. atual., vol. 1. – Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1950.

MERTON, Robert King. Estrutura burocrática e personalidade. In: \_\_\_\_\_. **Sociologia da Burocracia**. Edmundo Campos (org. e tradução). - Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

MICHELS, Robert. Tendências burocratas dos partidos políticos. In: \_\_\_\_\_. **Sociologia da Burocracia**. Edmundo Campos (org. e tradução). - Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969**, vol. III, 2. ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

\_\_\_\_\_. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional administrativo**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. atualizada até a EC 55/07 – São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

MOSCATELI, Renato. A História da civilização por J.J. Rousseau. **Temas & Matizes**, nº 05, p. 40-45, Universidade Estadual do Oeste do Paraná, primeiro semestre de 2004.

MOTTA, Fabrício. Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. In:\_\_\_\_\_. **Direito público**: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Coordenação de Luiz Guilherme Costa Wagner Júnior. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 972, 28 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8035>>. Acesso em: 25 Jun. 2009.

\_\_\_\_\_. A Reserva de Vagas nos Concursos Públicos para os Portadores de Deficiência: análise do art. 37, inc. VIII da Constituição Federal. In:\_\_\_\_\_. **Concurso Público e Constituição**. Fabrício Motta (Coord.). 1. ed., 2ª Tiragem. - Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NUNES, Edson; NOGUEIRA, André; e TAFNER, Paulo. Economia política do poder e modernização da democracia brasileira. In:\_\_\_\_\_. **Governabilidade e reformas**. João Paulo dos Reis Veloso e Roberto Cavalcante de Albuquerque (coordenadores)... [et al.] – Rio de Janeiro: José Olympio, 1995.

ODALIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In:\_\_\_\_\_. **História da cidadania**. Jaime Pinsky, Carla Bassanezi Pinsky (orgs.). 4. ed., 2ª reimpressão - São Paulo: Contexto, 2008.

PACHECO, Cláudio. **Novo tratado das constituições brasileiras**. V. 1 – São Paulo: Saraiva, 1990.

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA. In: **Dicionário de Política**. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmem C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11. ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**: limites e potencialidades da experiência contemporânea. – reimpressão – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de direito romano, tomo I**: partes introdutória e geral. – Rio de Janeiro: Renovar, 1977.

PINHO, José Antônio Gomes de. Reforma do aparelho do Estado: limites do gerencialismo frente ao patrimonialismo. **Organização & Sociedade/Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia**, v.5, n. 12 (mai./ago. 1998), p. 59-79. – Salvador: A Escola, 1998.

PINSKY, Jaime. **História da cidadania**. Jaime Pinsky, Carla Bassanezi Pinsky (orgs.). 4. ed., 2ª reimpressão - São Paulo: Contexto, 2008.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Organizado por Erin Kelly; tradução Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. - São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 26 n. 103, p. 75-80, jul./set. 1989.

\_\_\_\_\_. Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 29 n. 115, p. 179-190, jul./set. 1992.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais da administração pública**. – Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. **República e federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. – Belo Horizonte: Del Rey, 1996a.

\_\_\_\_\_. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 33 n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996b.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999a.

\_\_\_\_\_. **Cidadania & Constituição**. Belo Horizonte: [s.n.], 1999b.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In:\_\_\_\_\_. **A corrupção e a economia global**. Kimerly Ann Elliott (Org.); tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do tempo**: para uma nova cultura política. v. 4. – São Paulo: Cortez Editora, 2006.

SANTOS, Luis Alberto. Sistema do Mérito, Capacidade Administrativa e profissionalização do Servidor Público. **Conferência Nacional de Carreiras Típicas de Estado**, Senado Federal, Brasília, DF, 10 e 11 de nov. 2009. Disponível em: <[http://www.fonacate.org.br/fn/index.php?h\\_pg=downloads&bin=files&id\\_categ=3](http://www.fonacate.org.br/fn/index.php?h_pg=downloads&bin=files&id_categ=3)>. Acesso em 20 Nov. 2009.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.

SILVA, Almiro do Couto e. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In:\_\_\_\_\_. **Direito público**: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Luiz Guilherme Costa Wagner Júnior (Coord.). – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 11. ed., v. 1. – Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Francisco Ribeiro da. Venalidade e hereditariedade dos ofícios públicos em Portugal nos séculos XVI e XVII: alguns aspectos. **Revista de História**, 08, p. 203-214, Porto, Universidade de Porto, Faculdades de Letras, 1988. Disponível em:<<http://hdl.handle.net/10216/13174>>. Acesso em 24 mar. 2008.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo**. Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1994.

SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. Reflexões sobre os institutos da transposição e transformação de cargos públicos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 34 n. 133, p. 33-38, jan./mar., 1997.

TAFNER, Paulo. Cinco milhões querem o governo como patrão. **Revista VEJA** (encarte especial), São Paulo, edição 2013, Editora ABRIL, 20 Jun. 2007. Disponível em: < [http://veja.abril.com.br/200607/p\\_088.shtml](http://veja.abril.com.br/200607/p_088.shtml)>. Acesso em: 24 mar. 2010.

TEIXEIRA, Elenaldo. **O local e o global**: limites e desafios da participação cidadã. 3. ed. – São Paulo: Cortez : Recife: EQUIP : Salvador: UFBA, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Tradução Eduardo Brandão. 1. ed., 2ª tiragem. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TOURINHO, Rita. **O Concurso Público no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. – Rio de Janeiro: Record, 2001.

\_\_\_\_\_. **Cidadania e globalização**. 7. ed. – Rio de Janeiro: Record, 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, dez./jan./fev., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2009.

WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: \_\_\_\_\_. **Sociologia da Burocracia**. Edmundo Campos (org. e tradução). - Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

XAVIER DE ALBUQUERQUE, Francisco Manoel. Representação 808 STF. **RTJ 55/532**, p. 17-18, Brasília, 1970. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=263610>>. Acesso em: 24 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. **Textos de Direito Público**. – Brasília: Brasília Jurídica, 1999.



## **ANEXOS**

ANEXO A – MPE/BA – Pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia direcionado ao Governador do Estado e à Assembléia Legislativa sobre a inconstitucionalidade do projeto de Reestruturação nas Carreiras do Fisco da Bahia. Recomendação 007/2008, de 07 de julho de 2008

**CÓPIA****RECOMENDAÇÃO Nº. 007/2008**

*Recomenda ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado da Bahia que evite futura unificação dos cargos de Auditor Fiscal e de Agentes de Tributos, fato que violaria a ordem constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.*

O **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA**, em face da Representação formulada pelo Instituto dos Auditores Fiscais da Bahia – IAF - para que este Órgão Ministerial se manifeste sobre os preceitos contidos no art. 24, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.210/2002,

**CONSIDERANDO** que, com a promulgação da Constituição de 1988, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de investidura em cargo público, a ascensão funcional (ou acesso) e, dessa forma, o preenchimento dos cargos e funções da Administração Pública, fora das exceções constitucionalmente previstas, somente pode ser efetivado mediante realização de concurso público de provas ou de provas e títulos.

**CONSIDERANDO** que, também a partir da Carta Magna, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se

CÓPIA

limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, *“impondo-se aos entes estatais, como regra geral de observância compulsória, a vedação à transformação de cargos e o conseqüente aproveitamento de seus servidores, sem concurso, inclusive as hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido”*, nas palavras de ALEXANDRE DE MORAIS<sup>1</sup>, constituindo, dessa forma, *clara violação constitucional para investiduras derivadas e da realização de concurso interno, por óbvia ofensa ao princípio isonômico;*

**CONSIDERANDO** que o desrespeito ao princípio do concurso público termina por lesar, também, a *Moralidade Administrativa* (artigo 37, *caput*, CF, e 16, *caput*, CE), na medida em que desatende o caráter isonômico e impessoal de tratamento a todo aquele que tenha a pretensão de ser investido, de acordo com a estrita observância legal, em cargo público, com todas as prerrogativas e deveres que a atividade pública confere aos seus agentes;

**CONSIDERANDO** que os *princípios da igualdade, legalidade e impessoalidade* conjugam-se como elementos caracterizadores da Moralidade Administrativa, pois, como se sabe,

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 832-833

**CÓPIA**

princípios constitucionais são normas otimizáveis, no sentido de serem gradualmente aplicáveis, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas que cada situação concreta apresenta e à luz dos demais princípios em apreço, consistindo a regra do concurso público em pressuposto de validade da admissão pessoal, pelas administrações direta, indireta e fundacional, inclusive pelas empresas estatais de Direito Privado, nas três esferas políticas da Federação, significando disputa, competição pública, em que aos mais qualificados é atribuído o provimento do cargo público, impedindo, ainda, a concessão de privilégios corporativistas a categorias de servidores já ingressos, em detrimento da justa seleção pública e imparcial;

**CONSIDERANDO**, ainda, que nesse diapasão, ambas as Cartas (CF, no seu art. 37, II, e CE/BA, no seu art. 14, caput) vedam expressamente tanto a ausência desse postulado, quanto o seu afastamento indevido, via ascensão ou a transformação de cargos públicos em outros diversos daqueles em que foram admitidos, por concurso, os servidores públicos, passando eles a ocupá-los sem a prévia aprovação em concurso posterior;

**CONSIDERANDO**, também que, da forma como está redigido (possibilitando que todos os atuais Agentes de Tributos, que prestaram concurso para uma função **que exigia apenas o nível médio**, sejam automaticamente incorporados nos quadros de uma nova carreira **que passou a exigir diploma universitário**, embora

**CÓPIA**

mantivesse a mesma denominação), o disposto no art. 24 (*caput* e parágrafo único) da Lei nº8.210/2002, pode servir de lastro para uma futura pretensão de UNIFICAÇÃO DAS CARREIRAS DO FISCO, incompatível com a moralidade administrativa e à ordem constitucional (por infringir a exigência do concurso público), baseada no equivocado argumento de que a nova carreira de Agentes de Tributos passou a exigir nível superior, como sempre ocorreu em relação aos Auditores Fiscais (quando na realidade todos os atuais Agentes de Tributos prestaram concurso para um cargo de nível médio);

**CONSIDERANDO**, finalmente, que por se tratarem de carreiras completamente diferentes, vez que somente ao Auditor Fiscal compete a função de *CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO*, ficando a cargo do Agente de Tributo a *ARRECADAÇÃO DE RECEITAS ESTADUAIS* e *SUBSIDIAR A FISCALIZAÇÃO*, qualquer tentativa de unificação das carreiras – seja por via direta ou por meios transversos – redundará em infringência a diversos dispositivos constitucionais e desprezo aos princípios da eficiência e da razoabilidade.

**RESOLVE:**

Expedir a seguinte **RECOMENDAÇÃO** ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado da Bahia:

a) para que estabeleça a diferenciação entre os atuais **AGENTES DE TRIBUTOS** (concurados quando se exigia para a função apenas a escolaridade de nível médio), passando a compor uma carreira

**CÓPIA**

em extinção, em que pese continuarem atuando, e os futuros agentes de nível superior, cujo quadro passaria a adotar outra nomenclatura, que teria as mesmas funções do atual AGENTE DE TRIBUTOS<sup>2</sup>, bem como idêntico padrão remuneratório;

b) que evite a edição de qualquer norma jurídica que possa implicar na absorção das funções privativas de AUDITOR FISCAL, como *CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO*, para outro cargo, inviabilizando, assim, a futura arguição de similaridade entre as carreiras do Fisco estadual, evitando-se, por conseguinte, o enquadramento de servidores por via judicial, o que redundaria em prejuízo ao erário.

Salvador, 07 de julho de 2008.

  
**LIDIVALDO REACHE RAIMUNDO BRITTO**  
Procurador-Geral de Justiça

<sup>2</sup> Estabelecidas no art. 8º da Lei Estadual n. 8.210/2002.

ANEXO B – OAB/BA - Parecer da Comissão de Direitos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Bahia, sobre a inconstitucionalidade da proposta de reestruturação nas Carreiras dos servidores fiscais do Estado da Bahia. Ofício GP/OF/0067/2009, de 26 de janeiro de 2009





ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
Seção do Estado da Bahia  
GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Salvador-BA, 26 de janeiro de 2009.

**GP/OF/0067/2009**

Prezado Presidente,

Com a presente encaminho cópia do ofício GP/OF/0066/2009 encaminhado à Presidência da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, juntamente com o parecer promovido pela Comissão de Direitos Constitucionais desta Seccional, a pedido deste Instituto, acerca de eventual proposta do Estado da Bahia de estender as funções privativas dos Auditores Fiscais para os Agentes Tributários do referido ente, que tramita nesta Casa Legislativa.

Aproveito a oportunidade para renovar nossos votos de estima e consideração.

Atenciosamente,

  
Saul Quadros Filho  
Presidente

Exmo. Sr.  
**Dr. Helcônio de Souza Almeida**  
MD, Presidente do Instituto de Auditores Fiscais do Estado da Bahia.  
Salvador-BA



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
Seção do Estado da Bahia  
GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Salvador-BA, 26 de janeiro de 2009.

**GP/OF/0066/2009**

Prezado Presidente,

Com a presente encaminho cópia do parecer promovido pela Comissão de Direitos Constitucionais desta Seccional, a pedido do Instituto de Auditores Ficais, acerca de eventual proposta do Estado da Bahia de estender as funções privativas dos Auditores Fiscais para os Agentes Tributários do referido ente, que tramita nesta Casa Legislativa.

Certos de contar com a prestimosa compreensão e análise por parte desta Presidência, aproveito a oportunidade para renovar nossos votos de estima e consideração.

Atenciosamente,

  
Saul Quadros Filho  
Presidente

Exmo. Sr.  
Dr. **Marcelo Nilo**  
MD. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado da Bahia  
Salvador-BA

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**  
**SEÇÃO DO ESTADO DA BAHIA**  
**COMISSÃO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS**

**PARECER**

**REFERÊNCIA:** Ofício 01153 de 28/11/08

**INTERESSADO:** Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia

**OBJETO:** Exame da constitucionalidade da proposta normativa de unificação dos cargos de Auditor Fiscal e de Agente de Tributos no Estado da Bahia

**Exmo. Sr. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado da Bahia**

Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Presidente do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, Dr. Helcônio de Souza Almeida, reiterada através dos expedientes protocolados sob os números 28966, 28967 e 31280/2008, que objetiva o pronunciamento dessa Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil sobre uma eventual proposta normativa do Estado da Bahia de estender as funções privativas dos Auditores Fiscais para os Agentes de Tributos do referido ente federativo.

*Assinado*

O consulente informa que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia pretende implementar proposta de redimensionamento das carreiras integrantes do Fisco estadual, para conferir atribuição de competência privativa dos Auditores Fiscais para a carreira de Agentes de Tributos Estaduais, possibilitando a esses últimos servidores a constituição do crédito tributário, mediante lavratura de auto de infração perante as micro e pequenas empresas.

Sendo assim, indaga o mencionado consulente se a eventual proposta normativa do Estado da Bahia de estender as funções privativas dos (novecentos e setenta e nove) Auditores Fiscais para os atuais 937 (novecentos e trinta e sete) Agentes de Tributos Estaduais seria compatível com o sistema constitucional brasileiro.

Após reflexão acurada sobre o objeto da consulta, embasada na leitura da vasta documentação juntada pelo consulente, passo a emitir o presente parecer.

A Carta Magna de 1988 prescreve, em seu art. 37, *caput*, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tais princípios constitucionais enunciam os mais altos valores e fins do Direito Administrativo, vinculando e subordinando a atuação da Administração Pública nos mais diversos planos federativos.

Ocorre que o referido projeto de reestruturação das carreiras integrantes do Fisco estadual, para conferir atribuição de competência privativa dos Auditores Fiscais para a carreira de Agentes de Tributos Estaduais, compromete a totalidade dessa rede principiológica do art. 37 da Lei Maior.

Com efeito, fere-se o princípio constitucional da legalidade administrativa em sentido amplo, aqui entendido como juridicidade, visto que essa proposta normativa de reestruturação do Fisco estadual fere o plexo de normas jurídicas da Carta Magna de 1988, mormente aquelas decorrentes dos artigos 37, 150 e 170, como se vislumbrará doravante.

Assinatura

Ofendê-se ainda o princípio constitucional da impessoalidade, porquanto a referida proposta normativa carece dos atributos da abstração e da generalidade, pois acaba se endereçando a destinatários específicos e determinados, sendo possível, concretamente, a identificação dos eventuais interessados, quais sejam, os atuais 937 (novecentos e trinta e sete) Agentes de Tributos Estaduais.

Viola-se também o princípio constitucional da moralidade administrativa, já que a proposta normativa do Estado da Bahia propicia a extensão das funções privativas dos Auditores Fiscais para os Agentes de Tributos, favorecendo indevidamente essa última categoria de servidores, que se submeteram a concurso público de menor complexidade e de menor exigência de escolaridade, inobstante sua reconhecida importância para o Fisco estadual.

Resta também atingido o princípio constitucional da eficiência administrativa, que não será concretizada pela transformação dos cargos públicos do Fisco estadual, porquanto a capacitação técnica exigida para o desempenho das funções do Auditor Fiscal, aferida mediante rigoroso concurso de provas e títulos, potencializa uma atuação mais eficiente da Administração Pública na constituição do crédito tributário.

Outrossim, a proposta de reestruturação das carreiras integrantes do Fisco estadual, para conferir atribuição de competência privativa dos Auditores Fiscais para a carreira de Agentes de Tributos Estaduais, ofende relevantes princípios implícitos do Direito Constitucional Administrativo, tais como o princípio do interesse coletivo, ao permitir o desempenho de atribuição por servidores não legitimados tecnicamente pelo concurso público de provas e títulos, além do princípio da razoabilidade, visto que a suposta alegação de economicidade da medida estatal não se revela razoável, oportunizando, ao revés, a posterior arguição judicial de similitude entre as carreiras do Fisco estadual, o que pode redundar em grave prejuízo ao erário do Estado da Bahia.

Se não bastasse a violação de todos os referidos princípios constitucionais do Direito Administrativo, a eventual proposta normativa do Estado da Bahia de estender as funções privativas dos Auditores Fiscais para os Agentes de Tributos fere regra constitucional expressa do art. 37, II, ao preceituar que 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

*Assessoria*

forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, não se admitindo, portanto, o acesso à carreira de Auditor Fiscal por via obliqua, sem o prévio certame de provas e títulos.

De outro lado, a eventual atribuição das funções privativas dos 979 (novecentos e setenta e nove) Auditores Fiscais para os atuais 937 (novecentos e trinta e sete) Agentes de Tributos Estaduais cuidarem exclusivamente das micro e pequenas empresas, abre oportunidade para que sejam cometidas ofensas a outros princípios basilares do sistema constitucional tributário e da ordem econômica da Carta Magna de 1988.

Decerto, o estabelecimento de uma política fiscal voltada para uma fiscalização exacerbada das micro e pequenas empresas, em detrimento das grandes e médias empresas, fere o princípio constitucional da igualdade tributária (art. 150, II), que veda discriminações injustificadas dos poderes públicos no tratamento dos contribuintes, mormente quando a medida se revele incompatível com o já citado princípio constitucional da razoabilidade, visto que não se revela razoável destinar 937 (novecentos e trinta e sete) servidores para ocupar-se, exclusivamente, de uma categoria de contribuintes que corresponde somente à percentagem de 4% (quatro por cento) do montante de arrecadação do Estado da Bahia.

Ademais, a eventual ampliação do ônus tributário a ser suportado pelas micro e pequenas empresas, que tradicionalmente contribuem para o desenvolvimento sócio-econômico através da geração de novos postos de trabalho no Estado da Bahia, oportuniza a ofensa ao nudo principiológico do art. 170 da Carta Magna, o qual enuncia que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, tendo por escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, tutelando a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Em face de tudo quanto foi exposto e com base nos fundamentos jurídicos acima descritos, considero flagrantemente inconstitucional uma eventual proposta normativa do Estado da Bahia de estender as funções privativas dos Auditores Fiscais para os Agentes de Tributos do Fisco estadual, a fim de propiciar a esses últimos servidores a

*Assinado*

constituição do crédito tributário, mediante lavratura de auto de infração perante as  
micro e pequenas empresas.

Salvo melhor juízo, é o meu parecer.

Salvador, 08 de dezembro de 2008.

*Ricardo Maurício Freire Soares*  
Ricardo Maurício Freire Soares

Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil  
- Seção do Estado da Bahia. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Econômico  
pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de graduação e pós-  
graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor e Coordenador do  
Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto  
dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia.