

Ana Cláudia Singer

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte

Curitiba



Editora Fórum

IPDA

**Instituto Paranaense
de Direito Administrativo**

A246 A&C REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Ano 3, n. 11 jan./ mar. 2003)
Belo Horizonte : Editora Fórum, 2003
17x24 cm
Trimestral
ISSN: 1516-3210

ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002
publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito Administrativo
 2. Direito Constitucional
- I. Ed. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.951

© Editora Fórum Ltda, 2003
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por
qualquer meio eletrônico, inclusive por processos
xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Editora Fórum
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: 08007043737
e-mail: ediforum@ediforum.com.br
www.ediforum.com.br

Editor responsável:
Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e Diagramação:
Rogério de Souza Magalhães Júnior
Revisão:
Equipe Fórum
Bibliotecária:
Nilcéia Lage de Medeiros

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Da Impossibilidade de Efetivação de Agentes Públicos Contratados Temporariamente

**Adriana da Costa Ricardo
Schier**

Professora de Direito Administrativo da
UNIBRASIL. Mestre em Direito do Estado
pela UFPR

1 Apresentação

O presente texto tem por objeto analisar a impossibilidade de efetivação de agentes públicos contratados para suprir necessidades temporárias da Administração Pública.

Para tanto, verificar-se-á a exigência constitucional de prévia aprovação em concurso para o provimento de cargos públicos e suas exceções, concluindo pela existência de vedação constitucional de se efetivar qualquer servidor que não tenha ingressado do modo referido.

Serão analisados, então, a nulidade de atos administrativos que eventualmente transformem em servidores efetivos aqueles contratados sem concurso e os efeitos decorrentes de tal nulidade em relação aos agentes irregularmente efetivados.

2 Da exigência constitucional de concurso para o provimento dos cargos públicos e suas exceções

Como se sabe, a CF/88, quando tratou das normas referentes à Administração Pública, estabeleceu, no art. 37, II, o Concurso Público como **requisito essencial ao ingresso nos cargos efetivos, dito provimento**.

Note-se que a chamada Reforma Administrativa, implementada em nível constitucional, principalmente pela Emenda Constitucional nº 19/98, manteve tal exigência¹.

Com efeito, os cargos efetivos são aqueles que compõem as carreiras do quadro de servidores da Administração Pública. Neste sentido, "são os predispostos a receberem ocupantes em caráter definitivo, isto é, com fixidez. Constituem-se na torrencial maioria dos cargos públicos e **são providos por concurso público de provas ou de provas e títulos.**"² -gn-.

¹ Conferir, neste sentido, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 207.

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 160.

Então, resta claro que, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, todos os agentes públicos contratados pelo Estado, para o provimento de cargos desta natureza, devem ser submetidos ao devido Concurso Público. Afinal, a “Constituição estabelece o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos (art. 37, I) mediante concurso público de provas ou de provas e títulos (...).”³ O acesso aos cargos públicos consiste, portanto, no direito que “tem o administrado de ingressar no serviço público, na Administração como agente e, por essa forma, de participar da gestão da coisa pública pelo provimento de cargos, funções e empregos”⁴.

Deve-se ressaltar, ademais, que as normas que estabelecem tal exigência decorrem de diversos princípios estabelecidos na Carta Magna, tais como o princípio democrático⁵, o republicano⁶ e o da igualdade⁷. Concretiza-se, portanto, através do instituto do concurso público, o ideal do Estado Democrático de Direito na esfera administrativa.

Destarte, mediante tal exigência, resta assegurada a todos os indivíduos a possibilidade de vir a participar do desempenho das funções administrativas, desde que preenchidos os requisitos legais, impostos a todos de maneira isonômica.

Não por outra razão assevera Sérgio Sérulo da Cunha: “a nova lei fundamental voltou a consagrar, na sua formulação, a mais precisa e rígida regra que já alcançamos, o princípio da igual acessibilidade aos cargos públicos”⁸.

Já no que diz respeito à Administração Pública, o Concurso é a forma pela qual se garante a moralidade administrativa, sendo a maneira mais eficaz de seleção de pessoal técnico e especializado para o desempenho das funções públicas. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles argumenta:

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. cit., p. 145.

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 144.

⁵ Assegura Cármen Lúcia Antunes Rocha que “tem-se o princípio democrático como informador da acessibilidade aos cargos públicos porque ele impõe a participação plural e universal dos cidadãos na estrutura do Poder Público. É direito do cidadão participar do Poder Público, inclusive compondo os quadros na qualidade jurídica de servidor.” Id., ibid.

⁶ Tal princípio resta concretizado através do concurso na medida em que impede que se possam prover os cargos públicos sem a sua oferta a todos os cidadãos, “aos quais se garanta o direito de aceder a eles desde que cumpridas as condições legais determinadas e necessárias para o seu bom desempenho, em benefício do interesse público”. Id., p. 147.

⁷ Com efeito, através do concurso público “não se destrutam os cidadãos de uma República segundo conveniências, privilégios, preconceitos ou quaisquer elementos externos à qualificação que se lhes exige para o desempenho dos encargos de que se devem desincumbir no exercício que lhes seja especificado”. Id., p. 149.

⁸ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Regime jurídico único: inclusão, sem concurso, de servidores celetistas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 7, p. 121-127, 1994. p. 125.

o concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos⁹.

Do exposto, é possível concluir que o Concurso Público é o único meio de viabilizar aos cidadãos a ampla acessibilidade aos cargos públicos, concretizando, assim, os princípios da democracia, da República e da igualdade, constitucionalmente previstos. Além disso, como se viu, é a maneira pela qual se assegura a moralidade e a eficiência na prestação dos serviços públicos. Assim, “o que a Lei maior pretende é assegurar a igualdade entre os cidadãos, permitindo-lhes postular o cargo público e garantir-se de que obterá servidores competentes”¹⁰.

Deve-se observar, entretanto, que existem hipóteses, estabelecidas na CF/88, que excepcionam a exigência de Concurso como requisito para o provimento de cargos públicos. Estão previstas no art. 37, II — que regula a forma de provimento em cargos comissionados — e IX — que trata da contratação por tempo determinado, visando atender a necessidade temporária e de excepcional interesse público.

Tais hipóteses, por certo, não se referem ao provimento em cargos efetivos, pois, como já exaustivamente demonstrado, a prévia aprovação em Concurso Público é requisito essencial a ser preenchido pelos interessados em exercer cargos de tal natureza¹¹.

Com efeito, no que se refere aos cargos comissionados, é legítimo que o provimento não se dê através de certame público. Isto porque, como se sabe, trata-se de cargos de confiança, nos quais o vínculo entre o agente público e a Administração é de natureza eminentemente política. Ademais, são cargos de livre exoneração, e aos seus ocupantes não se estendem todos os direitos concedidos

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 378.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: RT, 1987, p. 46.

¹¹ Conforme sustenta SUNDFELD: “a nomeação para cargo efetivo exige o preenchimento de condição inafastável: a aprovação em concurso público. De fato, diz o art. 37, II, da vigente Constituição, que a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Efetivação de servidores celetistas e concurso público*. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 4, p. 179-189, 1993. p. 180.

àqueles que ocupam cargos públicos efetivos, como, por exemplo, a estabilidade e o direito à licença especial, dentre outros.

Contudo, não é esta a hipótese objeto do presente estudo.

Destarte, no que diz respeito à segunda exceção enunciada constitucionalmente, referente à contratação de pessoal por tempo determinado, a qual interessa ao caso em tela:

A Constituição prevê que a lei (entende-se, federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o **atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público**. Trata-se, aí, de ensinar suprimento de pessoal perante contingências que desgarem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos)¹². -gn-

Como se vê, a contratação de acordo com as regras estabelecidas pela norma do art. 37, IX, da CF/88, atende a necessidades excepcionais, nas quais o interesse público exige medidas céleres da Administração, razão por que é inviável a realização de Concurso Público em tais oportunidades.

Porém, deve-se entender, através de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, que, mesmo em casos de contratação de pessoal temporário, faz-se necessária a realização de um **teste seletivo**, o qual, segundo Hely Lopes Meirelles, é uma forma simplificada de concurso¹³. Esta exigência encontra fundamento legal nas normas constitucionais que regulamentam o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos e **torna-se dispensável somente nos casos em que o interesse da coletividade o exigir**, como, por exemplo, na contratação de pessoal para desempenhar atividades em decorrência de uma situação de calamidade pública.

Então,

a CF permite que a União, os Estados e os Municípios editem leis que estabeleçam os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Obviamente essas leis deverão atender aos princípios da

¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. cit., p. 149. No mesmo sentido: MEIRELLES, op. cit., p. 382; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 365 e CANDIATO, Telmo. Servidor público: contratação temporária: regime jurídico previsto no art. 37, IX, da CF. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 6, p. 169-174, 1994. p. 173. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 241.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 382.

razoabilidade e da moralidade. Dessa forma, só podem prever casos que efetivamente justifiquem a contratação. Esta, à evidência, somente poderá ser feita sem processo seletivo quando o interesse público assim permitir¹⁴. -gn-

No mesmo sentido, através de uma perspectiva crítica do instituto da contratação por tempo determinado, sustentam Alvacir C. dos Santos e Luiz R. C. Bigarelli:

não haverá necessidade de concurso público, o que nos parece evidente, ante o caráter excepcional das situações enfocadas, muito embora, a nosso óculo, a exigência de referido certame (através de provas ou de provas e títulos), para determinados casos, fosse também possível, já que, sem sombra de dúvidas, constitui-se no meio técnico apropriado para a obtenção da moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público. Pela lei, todavia, exigir-se-á, apenas, processo seletivo simplificado¹⁵.

Importante ressaltar, então, com base nos dispositivos legais precitados, que, além da exigência de realização de teste seletivo, os vínculos estabelecidos entre a Administração e os particulares contratados sob esta modalidade são de natureza precária, mesmo nos casos em que tenha sido realizado o referido teste seletivo. Isto porque

essa seleção não substitui nem elimina o obrigatório concurso público, nem pode ser considerada fonte de direitos à permanência no desempenho. Tal seleção é comum, por exemplo, nos casos de magistério, quando, vagos alguns cargos, são selecionados, precária e rapidamente, alguns candidatos, sobrevivendo, então, o regular concurso público, do qual aqueles devem participar, se desejarem disputar o cargo¹⁶.

Por certo, não se pode admitir que as situações excepcionais que justificam a utilização de tal instituto desvirtuem a finalidade da norma constitucional, que é suprir necessidades temporárias.

Neste sentido, ressalta Carlos Ari Sundfeld:

Conferir efetividade a servidores que, além de admitidos no regime celetista, não prestaram concurso público - mas simples "provas seletivas" — é afrontar grosseiramente o art. 37, II,

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 382.

¹⁵ BIGARELLI, Luiz R. C.; SANTOS, Alvacir C. dos. Contratação por prazo determinado. Art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, n. 2, p. 406-422, 1994. p. 412.

¹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 243.

da Constituição Nacional. (...) Quando uma vantagem é oferecida pela Administração aos particulares, os possíveis interessados se decidem por pleiteá-la ou não, dependendo de suas características. Ao abrir as citadas “provas seletivas”, acenou-se com a possibilidade de contratação dos aprovados como empregados, não com a admissão como funcionários efetivos, muito mais vantajosa, inclusive por conferir direito à estabilidade e à aposentadoria especial. Assim, os pretendentes a cargos efetivos não se inscreveram, já que não havia cargos em disputa. Por isso mesmo, a transformação, agora, dos empregados em estatutários implica evidente fraude ao certame realizado. (...) Então, irrelevante o servidor ter passado por “prova seletiva” para emprego público; não enfrentou concurso para cargo efetivo e, portanto, não pode ser nomeado para este sem ferir o art. 37, II, da Constituição¹⁷. -gn-

Destarte, é forçoso reconhecer que nem mesmo a edição posterior de uma lei tem o condão de modificar o vínculo jurídico estabelecido entre o poder público e o prestador de serviços em tais casos, pois, como restou demonstrado, tal vínculo é temporário e está subordinado à permanência do excepcional interesse público.

Portanto, em face dos preceitos constitucionais supracitados, é nulo qualquer ato que torne efetivo o provimento de servidores contratados por tempo determinado¹⁸.

Destarte, cabe analisar os efeitos da declaração de nulidade de um suposto ato que determinasse a efetivação de agentes contratados pela Administração Pública, para atender a necessidades temporárias, sem prévia aprovação em Concurso Público.

3 Da nulidade do ato administrativo de efetivação de agentes, contratados para atender a necessidade temporária, sem prévia aprovação em concurso público

Como se sabe, o **ato administrativo**, visto em sentido estrito, “é a declaração **unilateral** do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei, expedidos a título de lhe dar cumprimento”¹⁹.

Deveras, a atividade da Administração Pública está pautada precipuamente no princípio da legalidade. Assim, os atos administrativos, na medida em que conferem operatividade às funções administrativas, devem obedecer às prescrições legais. Neste sentido, Weida Zancaner sustenta:

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari, op. cit., p. 189.

¹⁸ Ver esta nota na íntegra na p. 111.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. cit., p. 215.

a necessidade de completa subsunção da Administração à lei não é um fim em si, mas constitui meio para que ela possa cumprir o fim ao qual se encontra adstrita, isto é, a consecução do interesse público. (...) o ato administrativo, em sentido estrito, nada mais é do que uma **norma jurídica concreta**, editada unilateralmente pelo Estado ou por quem esteja investido de prerrogativas públicas, ao nível infralegal. (...) Assim, enquanto norma jurídica concreta, o ato administrativo constitui um comando — isto é, uma prescrição de agir ou abster-se —, ou uma permissão, ou, ainda, uma declaração de conhecimento ou de certificação²⁰. -gn-.

Deste modo, para que se possa analisar a higidez dos atos administrativos, em vista do princípio da legalidade (e dos demais princípios que norteiam a atuação do poder público), é mister verificar se estão presentes os **elementos** previstos na lei para sua existência e os **pressupostos de existência e validade** elencados como seus requisitos legais.

Com efeito, o pressuposto de existência do ato administrativo é o seu **objeto**, que, de acordo com uma interpretação analógica das normas que regem o Direito Civil, deve ser lícito e possível. Além disso, são seus elementos o **conteúdo**, que é tudo aquilo que o ato dispõe, e a **forma**, maneira pela qual o ato se exterioriza. Estando presentes tais elementos, junto com o referido pressuposto de existência, é possível afirmar que o ato existe no mundo jurídico como um ato perfeito. Neste sentido, “forma e conteúdo são, pois, os elementos que tornam possível, juntamente com o objeto, a existência do ato administrativo. Portanto, é a conjugação dos elementos do ato — conteúdo e forma —, com seu pressuposto de existência — objeto —, que nos conduz à idéia da perfeição.”²¹

Além dos requisitos acima elencados, que indicam a existência e a perfeição do ato administrativo (discussão que não tem relevância para o presente caso concreto), faz-se necessário verificar os pressupostos que indicam a sua validade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, são os seguintes: (i) pressupostos subjetivos — sujeito e vontade; (ii) pressupostos objetivos — motivo e requisitos procedimentais; (iii) pressuposto teleológico — finalidade; (iv) pressuposto lógico — causa e (v) pressuposto formalístico — formalidades²².

Quando não estiverem presentes os pressupostos de validade acima mencionados, diz-se que o ato é **inválido**, ou **nulo**, o que ocorre na hipótese ora analisada.

²⁰ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 25-26.

²¹ ZANCANER, Weida, op. cit., p. 32.

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 36.

Então, o que se deve observar é que os atos inválidos, por terem sido emanados em dissonância com o sistema legal, devem ser eliminados da esfera jurídica, desde que não seja possível a sua convalidação. Como se sabe, a convalidação é proveniente de ato da autoridade administrativa competente para tanto, que ratifica o ato, retirando-lhe os vícios.

Já a invalidação “é a eliminação, com eficácia *ex tunc*, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada ou de ambos, por haverem sido produzidos em dissonância com a ordem jurídica”²³.

Alguns autores denominam as hipóteses de invalidação como casos de nulidade do ato administrativo. Neste sentido, sustentam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

Diz-se de um ato ou negócio que é nulo, com **nulidade absoluta** ou de **pleno direito**, quando sua ineficácia é intrínseca e por isso carece *ab initio* de efeitos jurídicos sem necessidade de uma prévia impugnação. (...) O caráter geral ou *erga omnes* da nulidade absoluta significa que é suscetível de opor-se ou ter-se em conta contra e a favor de qualquer um. Qualquer pessoa pode instar a nulidade e, ainda, sem que intervenha petição de parte, o juiz pode e deve apreciá-la *ex officio* por sua iniciativa própria²⁴.

No presente texto, admitir-se-ão como análogas as expressões invalidade e nulidade do ato administrativo.

Com efeito, Almiro Couto e Silva sustenta que a invalidação do ato — ou a necessidade de declaração de sua nulidade —, desde que não atendidas as exigências legais, é um **dever** da Administração Pública, pois um ato inválido afronta o princípio da legalidade. Assim sendo, **o Poder Público tem o dever de restaurar o referido princípio toda vez que o tiver violado em razão da edição de atos viciados**. Destarte:

Diante do ato inválido no nosso sistema jurídico, não me parece que tenha a Administração Pública, de regra, como é afirmado na doutrina, o “poder” e não o “dever” de anular o ato. O anulamento não é uma faculdade, mas algo que resulta imperativamente do ordenamento jurídico. Tanto isso é certo que, se do ato inválido resultou prejuízo para o patrimônio ou para os cofres públicos, como ordinariamente sucede, pode a autoridade que o praticou vir a ser responsabilizada pela via da

²³ ZANCANER, Weida, op. cit., p. 45.

²⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1990. p. 531. Ainda utilizam esta denominação: MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. cit., p. 215; MOREIRA, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 13, dentre outros.

ação popular. Se o ato de anulamento fosse facultativo, ou discricionário, essa consequência jamais poderia produzir-se²⁵.

Observe-se, neste sentido, que na esfera federal a matéria foi regulamentada pela Lei nº 9.784/99, que estabelece, no seu art. 53, que a “Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Deve-se notar, assim, como já se afirmou, que o motivo da invalidação é o vício do ato, no que diz respeito aos seus pressupostos de validade.

Como parece sintomático, na hipótese ora analisada, em que se imagina a efetivação de servidores contratados sem a prévia aprovação em concurso público, cuida-se de vício referente à ausência de um dos requisitos procedimentais do ato, utilizando-se da terminologia de Celso Antonio Bandeira de Mello.

No que se refere a esta espécie de vício, como se sabe, eles podem ser convalidáveis ou não. Serão convalidáveis quando a sua ausência não desvirtuar a sua finalidade. Ao contrário, quando sua falta fizer com que reste desviado de seus objetivos, os vícios daí decorrentes não serão convalidáveis.

Assim sendo, no exemplo ora analisado, o ato seria inconvalidável porque tal vício se refere ao não cumprimento de uma etapa imprescindível para a realização do ato, qual seja, a prévia aprovação dos servidores efetivados em concurso público.

Ora, como restou demonstrado, o provimento dos cargos efetivos mediante a realização do concurso é a maneira pela qual se assegura, aos cidadãos, o princípio da isonomia, e à Administração Pública, os princípios da moralidade e da legalidade, dentre outros. Além disso, é através dele que se garante uma melhor eficiência na prestação do serviço público, mediante a seleção de pessoal melhor capacitado.

Parece evidente, então, que o provimento destes cargos por pessoas que não tenham sido previamente aprovadas no devido certame faz com que reste desvirtuada a finalidade em razão da qual foi exigido o referido procedimento.

Portanto, um suposto ato que torne efetivos os agentes contratados sem a prévia aprovação em concurso público é inválido, devendo ser declarados nulos todos os atos daí decorrentes. Afinal, segundo Juarez Freitas, “a relação jurídico-administrativa é aquela que se estrutura sob o influxo de uma finalidade cogente, vale dizer, relação na qual preponderam a finalidade e o dever”²⁶.

²⁵ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987. p. 61. No mesmo sentido, cf. ZANCANER, Weida, op. cit., p. 63.

²⁶ FREITAS, Juarez, op. cit., p. 13.

Nem seria possível pensar, em tal contexto, na hipótese de revogação. Como se sabe, a revogação também é uma forma de extinção do ato administrativo. Seu fundamento, contudo, diverge profundamente da invalidação. Ora, como se viu, a invalidação legitima-se no dever de obediência ao princípio da legalidade e na necessidade de restaurar a ordem jurídica, quando violada. Já na revogação, “é a competência que permite ao agente dispor ‘discricionariamente na qualidade’ sobre a mesma situação que já fora objeto de anterior provimento ou, então, ‘norma expressa’ que defere a algum sujeito o poder de suprimir disposição precedente, mesmo que lhe faltasse o poder de iniciativa para editar o primeiro ato”²⁷.

Segundo Weida Zancaner, “a revogação tem como motivo a inoportunidade ou inconveniência de um ato, de uma relação jurídica ou de ambos. É na atualidade que se verifica a inoportunidade do ato ou da relação jurídica que se visa revogar, tendo em vista o interesse público.”²⁸

Com efeito, a revogação não se aplica aos casos em que o ato administrativo é viciado. Ao contrário, o que ocorre é que o ato deixa de atender ao interesse público, restando ausente o motivo que lhe deu causa. Neste sentido:

A revogação se baseia em fatos novos, em circunstâncias novas, ou em nova apreciação dos fatos pela Administração, que entende agora que o ato anteriormente praticado não mais atende ao interesse público, sua eterna razão de agir. (...) não tem vício algum, mesmo assim, em face da nova realidade, em face de novas necessidades, ou simplesmente de um novo pensamento público (se se pode usar essa expressão), a Administração julga necessário revogar aquele ato, para substituí-lo por outro mais consentâneo com o interesse geral. Tudo isso faz parte da discricionariedade inerente à autoridade administrativa; faz parte do juízo de mérito do ato, que assenta no consagrado binômio **oportunidade-conveniência**²⁹.

Assim, na hipótese ora estudada, não seria aplicável o instituto da revogação, por se tratar de ato viciado, por erro de procedimento, sendo necessária, como ficou demonstrado, a declaração de sua nulidade.

Por fim, demonstrado o vício no suposto ato de efetivação dos servidores contratados sem prévia aprovação em concurso público após a Constituição Federal de 1988, cabe analisar quais serão os efeitos da declaração de nulidade deste ato.

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. cit., p. 272.

²⁸ ZANCANER, Weida, op. cit., p. 66.

²⁹ MALACHINI, Edson Ribas. *Ato administrativo*. Curitiba: Juruá, 1990. p. 71.

4 Dos efeitos da declaração de nulidade do ato administrativo

De acordo com o exposto, o efeito da declaração de invalidade, quando se está diante de um ato nulo, é sua eliminação da ordem jurídica, em cumprimento às prescrições impostas pelo princípio da legalidade, tudo com eficácia *ex tunc*.

Ora, como se sabe, cabe à Administração Pública (ou ao Poder Judiciário, quando provocado) rever seus atos inválidos, a qualquer tempo, em razão do princípio da autotutela. Assim, é concedido ao Poder Público um controle dos próprios atos, podendo anulá-los, ou mesmo sanar seus vícios, sem recorrer à esfera jurisdicional. Tal prerrogativa baseia-se, por evidente, nos critérios de legalidade e oportunidade e fundamenta-se na defesa do interesse público³⁰.

Note-se, por oportuno, que, em âmbito federal, o prazo para anulação dos atos administrativos através do exercício da autotutela é de cinco anos, salvo comprovada má-fé, conforme prevê o art. 54, da Lei Federal de Processo Administrativo.

Destarte, pode-se concluir, no caso em discussão, que caberia à Administração Pública declarar a nulidade do referido ato de efetivamento, impondo-se o desligamento de todos aqueles contratados de forma ilegal.

Por certo, em face do regime constitucional estabelecido, faz-se necessária, para a declaração de nulidade antes referida, a instauração do devido processo administrativo, no qual reste assegurada, aos interessados, a plenitude do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido, posiciona-se Clèmerson Merlin Clève, sustentando que:

após a promulgação da Constituição de 1988, os cidadãos dispõem, em face da Administração Pública, de uma garantia constitucional de observância compulsória, qual seja a decorrente do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal). De modo que, ocorrente situação de vantagem, o poder/dever da Administração Pública de invalidar ato praticado com fundamento em lei inconstitucional, mesmo após a declaração da inconstitucionalidade em sede de

³⁰Neste sentido, aliás, manifestou-se reiteradamente a Jurisprudência, sendo editada a Súmula nº 473, pelo e. Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação jurisdicional."

controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser exercitado, todavia, observando-se, inexoravelmente, o princípio constitucional do devido processo legal³¹.

Outra questão que poderia ser suscitada, mas que não se aplicaria ao caso ora estudado, refere-se à eventual impossibilidade da decretação de nulidade do referido ato de enquadramento por tratar-se de ato concessivo de direito ou, ainda, à possibilidade de manutenção de seus efeitos, em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da boa-fé.

Como se sabe, o Direito Administrativo é um conjunto de normas e princípios que se preocupa em regular as relações entre os cidadãos e o Poder

³¹ CLEVE, Clèmerson Merlin. *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide* (no prelo). No mesmo sentido, SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 137. Em sentido contrário, contudo, poder-se-ia argumentar que não haveria necessidade de instauração de processo disciplinar para o referido desligamento. Isto porque, como se sabe, a realização de processo disciplinar é estabelecida como requisito à aplicação de qualquer sanção administrativa ao servidor público e se dá em virtude do instituto da estabilidade. Assim, é garantia de todos os servidores somente serem demitidos ou exonerados em decorrência do devido processo legal. Porém, o que ocorreria aqui é que todos aqueles que tivessem sido irregularmente efetivados pelo Poder Público não teriam alcançado o *status* de servidor, ou seja, não teriam adquirido a mencionada estabilidade. Ademais, é forçoso reconhecer que o desligamento de que se trata no presente não teria natureza de sanção pois, como restou demonstrado, seria imposto em decorrência da declaração de nulidade do referido ato administrativo. Então, desnecessária seria a instauração do processo disciplinar. Aliás, neste sentido posiciona-se a jurisprudência, como se vê em julgado paradigmático do e. STJ: EMENTA: CONCURSO PÚBLICO - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL - EFETIVAÇÃO - ADMISSÃO POR CONTRATO DE TRABALHO. Os impetrantes foram nomeados pelo Governador na qualidade de médicos e dentistas do quadro civil da área de saúde da Polícia Militar, em dezembro de 1990, sem prévio concurso público, violando a CF. Além do mais, foram efetivados com evidente violação às Leis 6.091/74, art. 13; 7.664/88, art. 27, e 7.773/89, artigo 15, que vedam e consideram nulos de pleno direito os atos de nomeação de servidor público em períodos de eleição. Recurso improvido." (Recurso em Mandado de Segurança nº 1.494-0, Relator Ministro Garcia Vieira, 2ª Turma, STJ. In: Revista Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 1993, a. 5, nº 45, maio, p. 511-515). Do corpo do referido Acórdão depreende-se: "**A investidura em cargo público (em período proibitivo) sem as solenidades que a Constituição determina (aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos), a não ser os casos de provimento derivado — promoção e remoção — é nula, pleno jure, podendo essa nulidade ser declarada unilateralmente, pela Administração, independentemente de qualquer procedimento, ou, por outro lado, dispensada a oportunidade para a formulação de defesa dos que foram indevidamente beneficiados.** A exigência do concurso público condiz com a moralidade na Administração e com o princípio da acessibilidade de todos aos cargos públicos (artigo 37, I e II, da Constituição Federal), que não podem ser ignorados pelos órgãos da Administração do Estado. **Se os recorrentes foram providos em cargos públicos — mesmo sem a prova de que preenchiam os requisitos da lei — em período em que a legislação federal vedava a admissão de pessoal e se essa investidura se fez sem a observância dos princípios consignados na Constituição, inexistia qualquer empeco (de natureza legal ou constitucional) para que esses atos fossem revistos, pela Administração e declarada a sua ineficácia, desde que quod nullum est nullum effectum producit (Súmula 473 do STF).**" -gn-.

Público, em respeito aos valores constitucionalmente assegurados. Com efeito, há doutrinadores que sustentam que, em certos casos, em nome da boa-fé do interessado e do princípio da segurança jurídica, alguns atos administrativos, ainda que eivados de vícios, devem ser mantidos, sendo relativizada, então, a aplicação do princípio da legalidade estrita. Assim, Juarez Freitas assinala:

a tutela da boa-fé exige, em relação a atos administrativos, infralegais, a preponderância do princípio maior, **vinculado ao interesse público**. (...) Destarte, parece claro — em que pese a ausência de disposição legal expressa no Direito brasileiro — que o princípio da confiança ou da boa-fé estatui o poder-dever, em casos de longo curso temporal, de não anular, senão que de sanar ou convalidar determinados atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo da própria estabilidade das relações jurídicas³². -gn-.

Neste sentido, também se posiciona Clèmerson Merlin Clève, quando analisa as novas técnicas de decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade³³.

Contudo, ainda que se admita esta corrente doutrinária, deve-se reconhecer que, em última análise, é o interesse público que determina a necessidade de declaração de nulidade dos atos administrativos. Aliás, neste sentido assevera o mesmo Juarez Freitas: “A jurisprudência e a doutrina têm permitido o anulamento de um ato administrativo ilegal, **mesmo que conceda direitos, desde que o interesse público na legalidade prepondere** sobre a confiança que através do ato administrativo constitutivo de direitos se tem na estabilidade das decisões das autoridades.”³⁴ -gn-.

Desta forma, tendo em vista a finalidade das normas que regem o provimento dos cargos efetivos da Administração Pública mediante o Concurso Público, as quais, como restou demonstrado, garantem, em última instância, a efetividade dos princípios da moralidade, da democracia e da isonomia, é inegável que, no caso ora analisado, deve ser mantido e respeitado o princípio da legalidade, razão por que, para sua solução, seria necessária a decretação de nulidade do suposto ato de efetivação dos servidores contratados irregularmente.

³² FREITAS, Juarez, op. cit., p. 21. Conferir, porque sustentando o mesmo posicionamento: CÂMARA, Jacintho de Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. In: ESTUDOS de direito administrativo em homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 64 e REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 69.

³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide* (no prelo).

³⁴ FREITAS, Juarez, op. cit., p. 22.

Finalmente, cabe verificar os efeitos da declaração de nulidade, no exemplo suscitado, em relação à remuneração paga aos servidores irregularmente efetivados.

Ora, ainda que a declaração de nulidade produza efeitos *ex tunc*, fazendo com que se retorne o *status quo ante*, não é possível admitir que a remuneração recebida, na situação ora analisada, devesse ser ressarcida³⁵. Isto porque, considerando que a força laboral dos trabalhadores que prestaram o serviço não pode ser devolvida, qualquer hipótese de devolução caracterizaria o enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, como parece evidente.

Segundo Antunes Varela, o **enriquecimento ilícito** “é especialmente inspirado nas atribuições patrimoniais abstratas que carecem de causa justificativa”. Essas atribuições patrimoniais devem ser entendidas como todas as “situações por virtude das quais uma pessoa obtém certa vantagem de natureza patrimonial a expensas de outra, independentemente da natureza do ato donde elas procedem”³⁶, sendo proibidas no contexto geral do ordenamento jurídico.

No sentido aqui sustentado, aliás, tem-se posicionado a Jurisprudência Pátria³⁷.

Assim, em relação aos efeitos da declaração de nulidade do suposto ato administrativo ora estudado, é de se concluir que, mesmo tendo eficácia *ex tunc*, deveria ser protegida a remuneração paga aos servidores pelos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público.

³⁵ Admitir tal posicionamento poderia parecer, a partir do entendimento da Teoria Geral do Direito, uma incorreção, pois é sabido que um ato nulo não pode gerar nenhum efeito. Contudo, é possível sustentar, em tal hipótese, a declaração de ilegalidade do ato administrativo, sem pronúncia de nulidade, como tem ocorrido na doutrina do Direito Constitucional. Ver, para o desenvolvimento do tema, exemplificativamente, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 202.

³⁶ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 194.

³⁷ “CONTRATO DE TRABALHO COM MUNICÍPIO SEM CONCURSO PÚBLICO - NULIDADE. Nulo é o contrato de trabalho realizado com município com ausência de concurso público por inconstitucional. Entretanto, produz o mesmo efeitos jurídicos, caso contrário estaria presente a figura do locupletamento ilícito por parte do empregador, cabendo assim ao empregado o recebimento, por ocasião da despedida, apenas das verbas decorrentes da relação de emprego, eis que a força de trabalho despendida pelo obreiro não pode ser objeto de devolução.” (Recurso Ordinário nº 5159/94, Acórdão nº 4.467, Relator Juiz José Montenegro Antero, 2ª Turma, TRT/PR, publicado no DJPR de 03.03.95). Inclusive, em face dos numerosos casos analisados pelo e. Tribunal Superior do Trabalho, relativos a esta matéria, foi editada a Orientação Jurisprudencial nº 85, que dispõe: “85 - CONTRATO NULO. EFEITOS. **DEVIDO APENAS O EQUIVALENTE AOS SALÁRIOS DOS DIAS TRABALHADOS**. A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no art. 37, II, da CF/88, sendo nula de pleno direito, **não gerando nenhum efeito trabalhista, salvo quanto ao pagamento do equivalente aos salários dos dias efetivamente trabalhados**.” -gn-. Ainda no mesmo sentido, tem-se a decisão exarada pelo e. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 5.720-RS, sessão de 20.05.91, onde figurou como Relator o ilustre Ministro Hélio Mosimann.

¹⁸ Aliás, neste sentido vem se posicionando a jurisprudência pátria, como se vê dos seguintes julgados proferidos pelo e. Supremo Tribunal Federal: "CONCURSO PÚBLICO: PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DA OFENSA DA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL POR LEI QUE DEFINE CARGOS DE OFICIAL DE JUSTIÇA COMO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO E PERMITE A SUBSTITUIÇÃO DO TITULAR MEDIANTE LIVRE DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR OU CREDENCIAMENTO DE PARTICULARES: SUSPENSÃO DA CAUTELAR DEFERIDA. 1. A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza; 2. Também não é de admitir-se que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo — que deve ser de provimento efetivo, mediante concurso público —, se proceda, por tempo indeterminado, a livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.141, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no DJU de 10.10.94). "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PREENCHIMENTO DE CARGO VAGO NA CARREIRA MEDIANTE ACESSO OU APROVEITAMENTO - SUBMISSÃO DESSA INVESTIDURA FUNCIONAL A APROVAÇÃO POSTERIOR EM CONCURSO PÚBLICO - INADMISSIBILIDADE - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. - A aprovação prévia em concurso público de provas, ou de provas e títulos, configura requisito constitucional subordinante da própria validade e eficácia do ato de provimento em cargos públicos, razão pela qual a investidura funcional do servidor administrativo em caráter efetivo depende, essencialmente, da observância desse pressuposto insuprimível estabelecido pela Constituição." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 13.992, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJU de 16.02.95). No mesmo sentido, posiciona-se o e. Superior Tribunal de Justiça: "SERVIDORA ESTADUAL - REGIME ESPECIAL - DEMISSÃO - TRANSPOSIÇÃO - ADMITIDA SEM CONCURSO, EM CARÁTER TEMPORÁRIO E SUJEITA A REGIME ESPECIAL, NÃO TINHA A IMPETRANTE DIREITO A ESTÁGIO PROBATÓRIO E PODIA SER LIVREMENTE EXONERADA, A CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO. A TRANSPOSIÇÃO DE SERVIDOR CELETISTA PARA ESTATUTÁRIA É VEDADA PELO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL, E JÁ O ERA PELO ANTERIOR, SENDO QUE SE EXIGE O CONCURSO PÚBLICO PARA A PRIMEIRA INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO." (Recurso Ordinário nº 204, Acórdão nº 13.076, Relator Ministro Garcia Vieira, 1ª Turma, STJ, publicado no DJU de 24.09.90). "CONCURSO PÚBLICO - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL - EFETIVAÇÃO - ADMISSÃO POR CONTRATO DE TRABALHO. OS IMPETRANTES FORAM NOMEADOS PELO GOVERNADOR NA QUALIDADE DE MÉDICOS E DENTISTAS DO QUADRO CIVIL DA ÁREA DE SAÚDE DA POLÍCIA MILITAR, EM DEZEMBRO DE 1990, SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, VIOLANDO A CF." (Recurso Ordinário nº 1.494, Acórdão nº 1.422, Relator Ministro Garcia Vieira, 1ª Turma, STJ, publicado no DJU de 17.12.92). "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PRIMEIRA INVESTIDURA. - A TEOR DO DISPOSTO NA CF/88 A PRIMEIRA INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO DEPENDE DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS, SALVO PARA OS CASOS INDICADOS EM LEI, CONDIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA ADQUIRIR-SE A ESTABILIDADE, APÓS DOIS ANOS DE EXERCÍCIO." (Recurso Ordinário nº 1.404, Acórdão nº 22.871, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, STJ, publicado no DJU de 11.04.94). Do mesmo modo, vem-se decidindo no âmbito da jurisprudência trabalhista, como pode-se observar, exemplificativamente: "NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO OBREIRA EM FERIMENTO AO DIPOSTO NO INCISO II DO ARTIGO 37 DA CF/88. EFEITOS 'EX TUNC'. Merece reforma o julgado de 1º grau que reconhece a legalidade da contratação de obreiro pelo ente de direito público interno sem a realização do regular concurso público a que alude o inciso II do artigo 37 de nossa Carta Republicana de 1988, posto que a nulidade de tal ato administrativo se evidencia pela disposição expressa no § 2º do mesmo dispositivo constitucional, sendo que o pronunciamento de sua invalidação opera efeitos 'ex tunc', retroagindo à gênese do ato inquinado. Incomprovação, também, dos pressupostos necessários à existência fática da hipótese excepcional prevista no inciso IX do mesmo artigo de nossa Carta Magna." (Recurso Ordinário nº 9.445/95, Acórdão nº 14.442/96, Relator Juiz José Canisso, 5ª Turma, TRT/PR, publicado no DJPR de

19.07.96). "VÍNCULO DE EMPREGO. SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL. ART. 37, INCISO IX DA CF/88. Não comprovado nos autos, pelo Município, que a contratação se deu exclusivamente para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, incabível a invocação do permissivo inscrito IX, artigo 37 da Constituição Federal. (Recurso Ordinário nº 3.932/94, Acórdão nº 13.771/95, Relator Juiz Arnaldo Ferreira, 3ª Turma, TRT/PR, publicado no DJPR de 09.06.95).

"RELAÇÃO DE EMPREGO. MUNICÍPIO. Ainda que presentes os elementos que o configuram, nulo o contrato de emprego com o Município se inobservada a solenidade requerida por norma constitucional de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II e parágrafo 2º da CF/88)." (Recurso Ordinário nº 7.723/93, Acórdão nº 11.142/94, Relator Juiz João Oreste Dalazen, 3ª Turma, TRT/PR, publicado no DJPR de 24.06.94).

"VÍNCULO DE EMPREGO COM ENTIDADE PÚBLICA. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGATORIEDADE - O vínculo de emprego posterior a 05.10.88 só pode ser reconhecido se observado o disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. Relação de emprego sem obediência a tal disposição implica a nulidade do ato, consoante parágrafo 2º do mesmo artigo constitucional." (Recurso Ordinário nº 318/93, Acórdão nº 10.073/94, Relator Juiz Silvonei Sergio Piovesan, 1ª Turma, TRT/PR, publicado no DJPR de 10.06.94).

"CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO PELO MUNICÍPIO. REQUISITOS. A admissão sem concurso público, pelo município, pressupõe, além de autorização legal, situação devidamente comprovada e pelo tempo necessário." (Recurso Ordinário nº 13.217/93, Acórdão nº 440/95, Relator Juíza Adriana Nucci Paes Cruz, 5ª Turma, TRT/PR, publicado no DJPR de 27.0.95).