

**9ª Seção – Memória do
Direito Administrativo**

***Section 9 – Retrospective
of Administrative Law***

CONCURSO PÚBLICO NA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

CIVIL-SERVICE EXAMINATION IN ADMINISTRATIVE ENTITIES

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Professora Titular aposentada dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. Mestre (1973), Doutora (1982) e Livre-Docente (1989) pela Universidade de São Paulo. Procuradora do Estado de São Paulo aposentada e advogada consultora.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

A exigência de concurso público¹ para investidura em cargos, empregos e funções nas entidades da administração indireta foi introduzida pelo art. 37, II, da Constituição de 1988 e repetida no art. 115, da Constituição do Estado de São Paulo.

A questão assumiu especial relevância a partir da Lei 7.773, de 8.6.89 que, ao estabelecer normas sobre a eleição para Presidência da República, proibiu os atos que, no período compreendido entre o trigésimo dia da publicação dessa Lei e o término do mandato de Presidente da República, importarem em *nomear, admitir* ou *contratar* servidores da Administração Pública direta ou indireta e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e dos territórios, *salvo os casos de nomeação por concurso, ascensão funcional e nomeação em comissão*.

Imediatamente começaram a surgir as tentativas de contornar a exigência legal como se, escapando da Lei ordinária, não esbarrasse o intérprete na norma constitucional.

Toda a questão gira em torno da expressão “administração indireta”, empregada no art. 37, *caput*, da Constituição, quer no art. 15 da Lei 7.773, de 8.6.89.

1. Artigo originariamente publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XXIII, n. 93, p. 129-132, jan.-mar. 1990.

indireta”, sejam elas prestadoras de serviços públicos ou de atividade econômica de natureza privada. Caso contrário, chegar-se-ia ao absurdo de excluir determinadas entidades do alcance de normas fundamentais, como as que se referem ao controle pelo Tribunal de Contas (art. 70, *caput*), à Lei orçamentária anual (art. 165, § 5º), aos limites com despesa de pessoal (art. 169, parágrafo único).

Por isso mesmo, é absurda a conclusão contida no parecer CF-1/89, da Consultoria Geral da República (DOU de 1.11.89, seção I, p. 19.783), no sentido de que a Lei 7.773, de 8.6.89 (Lei eleitoral) não se aplica às “empresas, ainda que estatais, que visem a objetivos estritamente econômicos”. Ele parte de uma distinção correta (entre empresas que prestam serviços públicos e empresa que desenvolvem atividade econômica) para chegar a uma conclusão errada. A aceitar-se a sua conclusão, em quais critérios teríamos que nos basear para saber os dispositivos constitucionais em que a distinção é levada em consideração? Na falta de critérios objetivos, qualquer conclusão será puramente aleatória.

Em nosso livro *Do direito privado na Administração Pública* (Editora Atlas, 1989, pp. 117-8), fizemos a distinção entre os dois tipos de empresa, mas para mostrar que, embora aceita pela doutrina, tem sido ignorada pelo legislador: “... o legislador tem ignorado a distinção entre os dois tipos de empresas governamentais: as que prestam serviços públicos e as que exercem atividade econômica, embora fosse recomendável a submissão a regimes um pouco diversos, em que prevalecessem, nas primeiras, as normas de direito público e, nas segundas, as de direito privado. Algumas normas que se justificam com relação às empresas que prestam serviços públicos destoam quando se trata de empresas que atuam no domínio econômico, em relação às quais deve observar-se o princípio da igualdade jurídica”.

Depois de analisarmos, na mesma obra, as várias normas constitucionais e ordinárias, iguais para os dois tipos de empresas, concluímos: “No mais, portanto, impõe-se uma revisão da legislação vigente sobre empresas governamentais”.

Acontece que essa distinção *deveria ter sido feita*, mas não foi, de modo que se não de aplicar as normas constitucionais sem fazer a distinção, já que não cabe ao intérprete distinguir onde a Lei não distingue.

A diversa redação dos arts. 37, *caput*, e 39 da Constituição reforça a nossa posição. O primeiro refere-se à *administração pública, direta, indireta ou fundacional*, enquanto o segundo, ao tratar dos servidores públicos civis, trata da instituição de regime jurídico único para “os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. Isto quer dizer que os princípios inseridos no art. 37 têm uma abrangência muito maior do que o do segundo, já que este não incide sobre as empresas estatais e fundações de direito privado, enquanto o primeiro alcança todas essas entidades.

Cabe, ainda, uma referência à Instrução Normativa 9/89, do Tribunal de Contas do Estado, publica no *DO* de 28.7.89, pp. 30-1, que, para fins de apreciação da legalidade e registro dos atos de admissão de pessoal, exige, dos órgãos da administração direta e autárquica, “cópia ou recorte de publicação de editais de abertura de *concurso público*” e, dos órgãos da administração indireta, compreendendo empresas, sociedades de economia mista e fundações, “prova de realização de *processo seletivo* para admissão na forma dos respectivos regulamentos internos...”

Se não se quiser atribuir ao Tribunal de Contas a veleidade de descumprir a norma contida no art. 37, II, da Constituição, tem-se que entender a diferença de terminologia no sentido de que o *procedimento* de seleção de pessoal empregado nas entidades da administração indireta pode ser diverso do concurso estabelecido para a administração direta e autárquica. Mas, de qualquer forma, há de se entender que o processo seletivo ou qualquer outro que se dê ao concurso, seja *público*, ou seja, aberto a todos os interessados.

A conclusão, portanto, é no sentido de que todas as entidades da administração indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, qualquer que seja o tipo de atividade exercida, sujeitam-se à exigência de concurso público para admissão de pessoal, não apenas no período eleitoral, mas enquanto permanecer em vigor a regra do art. 37, II da Constituição Federal, que teve evidente intuito moralizador, principalmente quando se sabe do procedimento usual da Administração Pública de admitir pessoal nessas entidades, com maiores salários e sem concursos, para prestação de serviços na administração direta, com flagrante ofensa até ao princípio da isonomia, pois coloca em situação de desigualdade servidores que trabalham lado a lado, no exercício de idênticas atribuições, porem com remuneração diversa.

Novembro, 1989.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Concurso público na Administração, de Hugo Nigro Mazzilli – *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 716/37-40 (DTR\1995\245); e
- Repercussões da emenda constitucional 19 sobre os concursos para provimento de cargos e empregos públicos, de Jessé Torres Pereira Junior – *RDCI* 32/210-226 (DTR\2000\343).