

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

RAFAEL MARCONI DOS SANTOS

**DIREITOS DECORRENTES DA APROVAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS NO
BRASIL: Análise do direito subjetivo e da expectativa de direito a nomeação.**

Campina Grande

2010

RAFAEL MARCONI DOS SANTOS

DIREITOS DECORRENTES DA APROVAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS NO
BRASIL: Análise do direito subjetivo e da expectativa de direito a nomeação.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Estadual da
Paraíba como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Ma. Ghislaine Alves Barbosa

Campina Grande

2010

S237d Santos, Rafael Marconi dos.
Direitos decorrentes da aprovação em concursos públicos no Brasil [manuscrito]: Análise do direito subjetivo e da expectativa de direito / Rafael Marconi dos Santos. – 2010.
58 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.
“Orientação: Prof. Ma, Ghislaine Alves Barbosa, Departamento de Direito público”.

1. Administração pública 2. Concurso público I.Título.

RAFAEL MARCONI DOS SANTOS

DIREITOS DECORRENTES DA APROVAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS NO
BRASIL: Análise do direito subjetivo e da expectativa de direito a nomeação.

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de
Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba.

Campina Grande, 07 de dezembro de 2010.



Profª e orientadora Ghislaine Alves Barbosa, Ma.
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB



Prof. Ednaldo da Costa Agra, Esp.
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB



Profª. Marília Daniella Freitas Oliveira Leal, Esp.
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos - CESREI

A meus pais queridos, Marconi e Salete,
que me deram o dom da vida.

Às minhas incentivadoras, vovó Maria
Bonfim e tia Solange.

Aos amores de minha vida, minha
esposa Manu e meu futuro filho Perran,
que chegará para completar a nossa
família com mais alegria.

AGRADECIMENTOS

A todos os familiares, irmãos, avós, tios, tias e primos que torceram e acreditaram na conclusão deste curso, fico muito grato.

Aos amigos de turma pelas agradáveis lembranças que serão eternamente guardadas no meu coração, muito obrigado.

A minha orientadora Ghislaine Alves, pelo empenho e paciência, obrigado.

A todos os professores que contribuíram na minha formação intelectual.

Aos meus colegas de trabalho no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, agência Campina Grande, pela paciência, compreensão e ajuda durante todo o curso.

E, por fim, agradeço a todas as pessoas que, de alguma forma, acreditaram e contribuíram para a conclusão deste curso.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo identificar e analisar as hipóteses de direito à nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos no Brasil, de acordo com a posição doutrinária e jurisprudencial. A pesquisa será desenvolvida através da monografia de compilação, com o estudo exaustivo do direito à nomeação, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, aplicando-se o método de abordagem dedutivo, partindo do geral para o específico. Desta forma, no primeiro capítulo tratar-se-á do conceito de Estado, da importância do agente público e das formas de seleção existentes ao longo da história. No segundo capítulo abordar-se-á a evolução constitucional do concurso público no Brasil, seu conceito, sua natureza jurídica, suas fontes e seus princípios específicos. No terceiro capítulo, identificar-se-á o conceito de Administração Pública, os seus princípios, os requisitos de seus atos e o mérito do ato administrativo nas decisões discricionárias. No quarto capítulo, se procederá à análise do objeto geral deste estudo, os direitos decorrentes da aprovação em concursos públicos no Brasil, aferindo-se as hipóteses em que a lei, os doutrinadores e a jurisprudência têm interpretado o direito à nomeação do candidato aprovado no concurso público na atualidade, partindo de um entendimento tradicional para uma nova concepção na interpretação dos casos concretos.

Palavras-chave: Administração Pública. Concurso Público. Aprovação. Nomeação.

ABSTRACT

This monograph aims to identify and analyze the chances of appointing the right candidates in public tenders in Brazil, according to the jurisprudential and doctrinal position. The research will be developed through the compilation of the monograph, with extensive study of the right to appoint, through literature and case law, applying the method of deductive approach, starting from general to specific. Thus, in the first chapter will deal with the concept of state, the importance of public official and forms of existing screening throughout history. In the second chapter will address the constitutional evolution of the public tender in Brazil, its concept, its legal nature, its sources and its specific principles. The third chapter will identify the concept of public administration, its principles, the requirements of their actions and the merits of discretionary decisions on the administrative act. In the fourth chapter, it shall review the general object of this study, the rights arising from the adoption of public procurement in Brazil, assessing the hypotheses that the law, jurisprudence and legal scholars have interpreted the right to appoint the successful candidate in the contest public today, from a traditional understanding a new concept for interpreting individual cases.

Keywords: Public Administration. Tender. Approval. Appointment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O ESTADO	12
2.1 CONCEITO	12
2.2 O ESTADO ATRAVÉS DO AGENTE PÚBLICO	13
2.3 SELEÇÃO PARA AGENTES PÚBLICOS AO LONGO DA HISTÓRIA	14
3 CONCURSO PÚBLICO	17
3.1 CONCEITO	17
3.2 EVOLUÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL	19
3.1.1 A Constituição do Brasil Império e da Republica de 1891	19
3.1.2 A Constituição de 1934: marco histórico do concurso público no Brasil	20
3.1.3 As Constituições de 1937, 1946 e 1967/69	21
3.1.4 O concurso público na Constituição de 1988	22
3.3 NATUREZA JURÍDICA	24
3.4 FONTES	24
3.5 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO CONCURSO PÚBLICO	25
3.5.1 Princípio da obrigatoriedade	26
3.5.2 Princípio da vinculação ao edital	27
3.5.3 Princípio da competitividade	27
3.5.4 Princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação	28
4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
4.1 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
4.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	31
4.2.1 Princípios Expressos	32
4.2.1.1 Princípio da Legalidade	32
4.2.1.2 Princípio da Impessoalidade ou Finalidade	33
4.2.1.3 Princípio da moralidade	33
4.2.1.4 Princípio da publicidade	34
4.2.1.5 Princípio da eficiência	35
4.2.2 Princípios Reconhecidos	35
4.2.2.1 Princípio da supremacia do interesse público	35
4.2.2.2 Princípio da autotutela	36
4.2.2.3 Princípio da motivação	36
4.2.2.4 Princípios da ampla defesa e do contraditório	37
4.2.2.5 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	37
4.3 ATO ADMINISTRATIVO	38
4.3.1 Conceito	39
4.3.2 Requisitos	39
4.3.2.1 Competência	40
4.3.2.2 Finalidade	40
4.3.2.3 Forma	41
4.3.2.4 Motivo	41
4.3.2.5 Objeto	42
4.3.3 Mérito do ato administrativo	43
4.3.4 Controle jurisdicional dos atos administrativos	43

5. DIREITOS DECORRENTES DA APROVAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS..	45
5.1 ENTENDIMENTO TRADICIONAL.....	45
5.1.1 Quebra da ordem classificatória.....	45
5.1.2 Necessidade de preenchimento de vaga pela administração pública.....	47
5.1.3 Contratação a título precário.....	48
5.1.4 Aprovação em concurso anterior com prazo de validade em vigência.....	49
5.2 NOVO ENTENDIMENTO	50
5.2.1 Aprovação dentro do número de vagas publicadas no edital.....	51
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto os direitos decorrentes da aprovação em concursos públicos no Brasil, de acordo com o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência pátria atual. Buscaremos definir, a partir da análise do material pesquisado, quais as hipóteses em que se reconhece o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado e não apenas a mera expectativa desse direito.

Nos dias atuais, há um aumento significativo na oferta de vagas nos cargos públicos da Administração brasileira, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de alcance da desejada estabilidade profissional e financeira. Diante deste fato, milhões de candidatos estão se preparando para concursos públicos em todo o Brasil. Todos, em maior ou menor proporção, realizando sacrifícios pessoais, de tempo e de dinheiro para realizarem uma boa preparação visando à aprovação nos certames super concorridos.

Ocorre que, mesmo obtendo a aprovação no final do procedimento, o candidato não sabe identificar com precisão quais os direitos que lhe são assegurados no nosso ordenamento jurídico. Há na doutrina e na jurisprudência uma discussão sobre quais as hipóteses em que o candidato aprovado possui direito subjetivo à nomeação ao cargo público e não mera expectativa de direito.

Portanto, este estudo revela sua importância na medida em que procura identificar os direitos das pessoas que foram aprovadas em concursos públicos, as quais poderão representar o Estado em caráter efetivo, bem como, homenagear o instituto do concurso público, como forma de preencher as vagas existentes de maneira democrática, evitando-se possíveis arbitrariedades da Administração Pública.

Para atingir os objetivos propostos na pesquisa, aplicar-se-á o método de abordagem dedutivo, partindo do geral para o específico, uma vez que serão analisadas as normas, a doutrina e a jurisprudência aplicáveis ao assunto, a fim de que, a partir dessas premissas gerais, chegue-se ao entendimento prevalente a respeito do direito à nomeação.

A pesquisa será desenvolvida através da monografia de compilação, com o estudo exaustivo do direito à nomeação, através de pesquisa bibliográfica, identificando as divergências e semelhanças de entendimentos entre os autores que

escreveram sobre o tema, bem como, colhendo decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Desta forma, no primeiro capítulo tratar-se-á do conceito de Estado, da importância do agente público e das formas de seleção existentes ao longo da história.

No segundo capítulo abordar-se-á a evolução constitucional do concurso público no Brasil, seu conceito, sua natureza jurídica, suas fontes e seus princípios específicos.

No terceiro capítulo, identificar-se-á o conceito de Administração Pública, os seus princípios, os requisitos de seus atos e o mérito do ato administrativo nas decisões discricionárias.

No quarto capítulo, por fim, proceder-se-á à análise dos do objeto geral deste estudo, os direitos decorrentes da aprovação em concursos públicos no Brasil, aferindo-se as hipóteses em que a lei, os doutrinadores e a jurisprudência têm interpretado o direito à nomeação do candidato aprovado no concurso público na atualidade.

Este trabalho tem conteúdo educativo, orientador e informativo. Destina-se aos estudiosos do direito, acadêmicos, candidatos e aprovados em concursos, bem como, aos gestores públicos.

2 O ESTADO

O professor Hely Lopes Meirelles (2010, p. 60), orienta que o estudo envolvendo a Administração Pública deve partir do conceito de Estado, pois, é relacionado a ele que está à organização e o funcionamento dos serviços e atividades públicas oferecidas aos administrados.

2.1 CONCEITO

Segundo Carvalho Filho (2008, p. 1), “diversos são os sentidos do termo “estado”, e isso porque diversos podem ser os ângulos em que pode ser focado.”

Ao conceituar o Estado, Meirelles (2010, p. 61) cita algumas abordagens de ilustres pensadores, como a: sociológica, de Jellinek, o Estado pode ser definido como uma reunião territorial dotada de um poder de mando originário; política, de Malberg, o Estado é uma comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e coerção; constitucional, de Biscaretti di Ruffia, o Estado é pessoa jurídica territorial soberana.

Para o nosso Código Civil, de acordo com seu artigo 41, I, o Estado é pessoa jurídica de Direito Público Interno. Portanto, uma abordagem legal, para qual o Estado é um ente juridicamente personalizado.

Porém, este assunto tem seu estudo aprofundado na Teoria Geral do Estado, cabendo no presente trabalho, acolhendo a constatação do professor Darcy Azambuja (2001, p. 108-109), para o qual o Estado, da forma como se encontra hoje, é uma criação do homem, consequência da organização de uma sociedade evoluída, identificar que, sendo o Estado uma noção abstrata, para que exista no mundo real precisa de pessoas, agentes públicos, que atuem em seu nome para desenvolverem as atribuições inerentes sua finalidade, qual sejam, a busca do interesse público.

2.2 O ESTADO ATRAVÉS DO AGENTE PÚBLICO

Durante as revoluções burguesas do século XVIII, o modelo de Estado adotado era o absolutista. Caracterizado pela centralização de poder na figura do monarca (soberano), o qual legitimava seus poderes baseado na crença de uma herança divina ou pelo uso da força. O Estado era criador da ordem jurídica, porém, não se submetia a ela, e sim aos sabores do monarca.

Nas palavras do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 47):

[...] nas relações entre o Poder, então súditos – e não cidadãos -, vigoravam idéias que bem se sintetizam em certas máximas clássicas, de todos conhecidas, quais as de que *quod principi placuit leges habet vigorem*: “o que agrada ao príncipe tem vigor de lei”. Ou, ainda: “o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”; ou, mesmo: “o rei não pode errar”.

Assim, a escolha dos agentes públicos se dava de forma arbitrária, os meios escolhidos para seleção atendiam, na sua grande maioria, às vontades dos ricos e poderosos ao invés de buscar satisfazer o interesse público.

Com a Revolução Francesa em 1789 surgiu a base para uma nova ordem, o Estado de Direito, cuja estrutura de poder, limitações e imposições encontram-se elencadas em normas abstratas, elaboradas por representantes da sociedade, onde o povo e o próprio Estado são submetidos as Leis, consagrando o direito positivo. Para Norberto Bobbio (2004, p. 123), a revolução francesa, com a Declaração dos Direitos dos Homens, marca o fim do regime feudal e o início de uma nova era.

O Estado de Direito, segundo o ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 48), se consolidou através de dois pilares, os pensamentos de Rousseau e de Montesquieu. Para o primeiro, todos os homens são iguais, por isso todo poder emana dos indivíduos, componentes de um grupo, tendo o Estado os poderes aprovados pela vontade dos membros da coletividade, mesmo que indiretamente. Para o segundo, há a necessidade de prevenir o abuso de poder mediante um sistema de controle de poderes para que não ocorra a constituição de um Estado tirano.

O sistema idealizado por Montesquieu estabeleceu a forma atual das repúblicas, com a separação de poderes em executivo, legislativo e judiciário, independentes entre si e onde um poder impõe limites aos outros, sempre se buscando uma harmonia. Conforme exemplo de nossa república, através da Constituição Federal de 1988, que expressa em seu artigo segundo: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Assim, para o Estado promover suas políticas, norteado pelos novos princípios alcançados na evolução trazida pelas revoluções burguesas, é necessária a seleção de pessoas de forma isonômica.

Ainda na lição do Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 9):

Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir desses sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado.

Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.

Portanto, a escolha da pessoa que representará o estado em caráter definitivo, profissionalmente, realizando suas atividades é de suma importância. O agente público deve estar legitimado para exercer suas funções em nome do Estado representando a vontade e a ação da coletividade.

2.3 SELEÇÃO PARA AGENTES PÚBLICOS AO LONGO DA HISTÓRIA

Neste tópico apresentamos, de forma breve, os mais conhecidos meios de seleção aplicados no decorrer da História.

O ilustre professor Cretella Júnior (2006, p. 301) ensina que desde a Antiguidade os governos procuraram encontrar o melhor critério de seleção dos cidadãos que deveriam ocupar os cargos públicos.

Na Antiguidade clássica, foi utilizada a alternativa do sorteio, principalmente, pelos gregos da cidade de Atenas. Este era um processo que se destinava mais aos mandatos políticos do que aos cargos públicos efetivos. O sorteio podia ser puro e simples, quando utilizado indistintamente a uma pluralidade de pessoas, ou condicionado, destinado a pessoas que detinham determinadas condições apreciáveis dentre os que poderiam ser escolhidos para os cargos públicos (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 3).

Durante a Idade Média foram utilizados os sistemas de compra e venda, de herança e de arrendamento. O sistema da compra e venda transformava os cargos públicos em objeto econômico, os assegurava aos mais ricos e não aos mais capazes. A herança, por sua vez, tinha o problema que os herdeiros nem sempre estavam à altura do antepassado, e muitos delegavam seus ofícios a substitutos ou a representantes. Já no arrendamento, os cargos públicos eram cedidos pelo Estado aos particulares por prazo determinado e mediante contraprestação pecuniária em favor dos cofres públicos (CRETELLA, 2006, p. 304-306).

Outras formas ainda persistem nos dias atuais como a livre nomeação absoluta, a livre nomeação relativa e a eleição. A livre nomeação absoluta consiste em uma autoridade sem a interferência de qualquer outro Poder designar determinado indivíduo para certo cargo público. A livre nomeação relativa diz respeito a um ato complexo, no qual a indicação de uma pessoa para ocupar determinado cargo público deve submeter-se ao crivo de outro Poder (CRETELLA, 2006, p. 306-307).

A modalidade da eleição surgiu com a Revolução Francesa, apresentado como um mecanismo de seleção mais em conformidade às teorias da soberania popular. O sistema da eleição passou a fazer parte integrante do direito público americano, onde quase todos os cargos, inclusive os judicantes, são providos pelo sufrágio (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 4-5).

Analisando as lições de Rocha (2006, p. 49) verifica-se que as primeiras seleções de candidatos pelo seu mérito ocorreram na China Antiga, entre 2.300 a.C a 150 a.C., onde os Oficiais do Império, eram submetidos a avaliações de testes

físicos e, dependendo do resultado, eram promovidos ou dispensados de sua função.

A China também foi pioneira na aplicação de avaliações escritas para escolha de candidatos mais qualificados, iniciadas durante a Dinastia Han (202 a.C. – 200 d.C) e aprimoradas na Dinastia Ming (1.368 d. C – 1.644 d. C) (Rocha; 2006, p. 49).

O professor alude, inclusive, que os europeus quando do contato com os chineses levaram esta cultura de seleção para a Europa. Salienta, também, que esta forma de seleção perdurou por cerca de 500 anos na China (Rocha; 2006, p. 49).

Por fim, temos o concurso público que se desenvolveu na França e a cada dia generaliza-se mais e torna-se o processo normal de recrutamento. Este procedimento procura excluir critérios subjetivos dando ênfase a critérios objetivos na escolha do profissional que de fato é capaz de atender as necessidades estatais (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 5).

Como elucidada Diogenes Gasparini (2007, p. 6), ao concluir a retrospectiva histórica:

[...] o concurso público sobressai-se como o processo de recrutamento menos inconveniente, na medida em que não constitui um sistema meramente aleatório como o sorteio; não trata o cargo público como objeto mercantil ou de sucessão hereditária, como o arrendamento, a compra e venda e a herança; não adota como critério de escolha do agente público a valoração puramente discricionária e de natureza eminentemente político-econômica, como a livre nomeação e a eleição.

José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 597), na mesma linha, em favor do concurso público como melhor meio de seleção de agentes públicos em comparação com os demais, nestes termos:

O concurso público é o instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos os melhores candidatos.

O concurso público concretiza os princípios da administração pública como a moralidade, igualdade, eficiência e impessoalidade, na medida em que instala uma disputa aberta aos interessados que preencham as condições mínimas ao exercício da função estatal.

3 CONCURSO PÚBLICO

Para podermos compreender, de forma lógica, o direito dos aprovados em concursos públicos no Brasil faz-se necessário o estudo do instituto em si. Portanto, neste tópico abordaremos seu conceito, sua evolução constitucional no Brasil, suas fontes e princípios específicos.

3.1 CONCEITO

A definição do conceito de concurso público é encontrada em várias doutrinas, das quais, selecionamos algumas representativas dos diferentes enfoques que podem ser abordados sobre o instituto.

No conceito do professor Hely Lopes Meirelles (2010, p. 461-462), o concurso público é um 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 interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego, consoante determina o art. 37,II, CF.

Neste conceito podemos observar que o autor, além de defender o concurso como ferramenta moralizadora, alude a um caráter científico do instituto, pois, o procedimento se baseia em aspectos técnicos e proporciona a viabilidade de gradação da complexidade das seleções de acordo com a natureza do cargo em disputa.

Conceito legal por Moreira Neto, (1994, p. 202-203):

O concurso, formalmente, considerado, vem a ser procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura, que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores. O edital não poderá criar outras condições que não as que se encontram em lei.

Em outra abordagem, o conceito de Moreira Neto observa que o concurso público atende, integralmente, ao princípio da legalidade. Para elaboração do edital precisam-se observar as condições legais e uma vez publicadas a convocação editalícia, há vinculação entre administração e candidatos, impedindo assim casuísmos.

Definição subjetiva por Carvalho Filho (2008: p. 595-596):

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

Por esta análise, podemos considerar o concurso público como meio capaz de aferição de capacidades pessoais, subjetivas dos candidatos, sejam elas: intelectuais, físicas ou psíquicas.

Maia e Queiroz (2007, p. 15) conceituam o concurso público como:

Processo administrativo especial, externo, ampliativo e concorrencial, que visa a selecionar e recrutar pessoas, atendidos os requisitos legais, para assumir cargos ou empregos públicos vagos na estrutura administrativa estatal, mediante realização de provas ou provas e títulos, atendida a ordem de classificação final dos candidatos.

Por fim, o concurso público é um procedimento voltado a um determinado fim, o recrutamento de pessoas capacitadas, sem distinção, para cargos e empregos públicos de maneira competitiva. Também, afirma-se ser especial, porque, como veremos mais adiante, contém regras e princípios específicos.

Portanto, podemos perceber a grande importância do instituto do concurso público seja ele: técnico porque não privilegia pessoas determinadas; legal porque está vinculado a um edital que não pode inovar, tem que seguir o que já estiver determinado em leis; subjetivo ao poder aferir aptidões pessoais; e especial com regras e princípios específicos. Consagrando assim, objetivos da administração pública como: moralidade, eficiência, impessoalidade e legalidade no serviço público.

3.2 EVOLUÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL

No Brasil o concurso público vem, lentamente, mas gradativamente, evoluindo e garantindo o acesso aos postos públicos de forma democrática. Podemos observar esta evolução no estudo das constituições brasileiras.

3.1.1 A Constituição do Brasil Império e da Republicana de 1891

Nas duas primeiras constituições brasileiras o provimento de cargos tinha natureza discricionária, apesar de já mencionarem em seus textos, dispositivos relacionados aos princípios da isonomia e da acessibilidade ao provimento aos postos públicos.

No Brasil Império, com bem exposto por Maia e Queiroz (2007, p. 6-7), não havia na Constituição de 1824 a menção a um processo seletivo prévio, a escolha dos cargos públicos era realizada pelo Imperador e por seus assessores de forma discricionária, igualmente ao sistema atual dos cargos em comissão e funções de confiança.

A época era absolutista e a vontade do Imperador confundia-se com a vontade do Estado e, conseqüentemente, com a vontade da sociedade. Apesar de que, como aponta Fabrício Motta (2010, p. 69), “a Constituição do Império de 25 de março de 1824 já contemplava o princípio da ampla acessibilidade entre as normas de direitos fundamentais:”

In verbis:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

[...]

XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.” (sic)

O professor Fabrício Motta (2010, p. 69), identifica que quando da proclamação da República, e da promulgação da primeira Constituição do regime republicano, em 1891, seguiu-se o mesmo rumo e foi mantido o sistema discricionário de contratação e exoneração de servidores públicos. Apesar de dispor a Constituição Federal de 1981:

In Verbis:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º — Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

Art. 73. 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.

3.1.2 A Constituição de 1934: marco histórico do concurso público no Brasil

A Constituição Republicana de 1934, na observação Fabrício Motta (2010, p. 69), trazia dispositivo semelhante às anteriores, mas alojado em título próprio, intitulado Funcionários públicos.

In verbis:

Art. 168. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.

Além de que, como bem acentua Maia e Queiroz (2007, p. 8), estabelecia o concurso público como princípio constitucional expresso, meio imparcial para o provimento de cargos públicos:

In verbis:

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

[...]

2º, 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 ou títulos.

Posição confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 21.322, de 3-12-1992, segundo "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)".

Outro ponto que merece observação na Carta de 1934, ainda segundo Maia e Queiroz (2007, p. 8), é que o concurso público era aplicável apenas nas situações expressamente prescritas em lei formal e exclusivamente para investidura no cargo inicial dos cargos de carreira.

Assim, observa-se que, embora tenha havido um avanço, o concurso ainda poderia ser apenas em provas de títulos, bem como, que depois de investidos em cargos públicos os agentes poderiam ser promovidos verticalmente para quaisquer outros cargos na carreira. Os critérios ainda eram muito subjetivos e davam margem a possíveis privilégios.

3.1.3 As Constituições de 1937, 1946 e 1967/69

As Constituições de 1937 e de 1946 não inovaram na matéria, praticamente, reproduzindo o sistema anterior.

Foi com a Carta de 1967, como observa Fabrício Motta (2010, p. 70), que se iniciou a sistemática mais próxima do regramento atual ao estabelecer a exigência de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para nomeação de cargo público.

In verbis

Art. 95. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§ 1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

§ 2º Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

Veja-se, pelo texto constitucional, que a Constituição de 1967/69 proibiu a seleção de candidatos através da análise apenas de títulos, como ocorria anteriormente. Verifica-se, também, a exceção aos cargos em comissão e declarados em lei de livre nomeação. Este parágrafo foi inserido quando da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

3.1.4. O concurso público na Constituição de 1988

Com a Constituição Federal de 1988, o concurso público passa a ser a via exclusiva para a investidura em cargos e empregos públicos efetivos no Brasil. Houve a universalização do instituto, nos termos do art. 37, II:

In verbis

[...]

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

Como explica José Carvalho dos Santos Filho (2008, p. 598), o novo texto constitucional traz a expressão *a investidura em cargo ou emprego público*, o que levou a jurisprudência a coibir os modos derivados de investidura como a ascensão e a transferência, devido a que os modos derivados de investidura não teriam sido recepcionados pela nova ordem jurídica, pois, a nova Constituição ao contrário das anteriores, não limitou o concurso público à primeira investidura.

Entendimento definitivamente assentado pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

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 (Súmula 685).

O novo texto modificado pela Emenda Constitucional n. 19/98, a Reforma Administrativa, acrescentou que o concurso de provas ou provas e títulos serão definidos de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego público, na forma prevista em lei, remetendo ao dever de razoabilidade na escolha das dificuldades e exigências postas aos candidatos aos postos públicos.

Há exceções ao concurso público, e todas estão registradas ao longo da Constituição Federal de 1988. No art. 37, o inciso II, (cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração) e o IX, (hipótese de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público). Além dessas, também temos as nomeações para os cargos vitalícios de Ministros ou Conselheiros de Tribunais de Contas (art. 73, § 2º, c/c art. 84, XV) e de Magistrados dos Tribunais (Ministros do STF, art. 101; STJ, art. 104; TST, art. 111-A e STM, art. 123, VI). Ainda escapa da regra do concurso público a nomeação de um quinto dos cargos de Magistrados de segunda instância (art. 94) e, em caráter temporário, dos Ministros do TSE (art. 119) e dos Juízes dos TREs (art. 120).

Não nos alongaremos nestas hipóteses de exceções ao concurso público por não ser objetivo específico do presente estudo. Porém, cabe anotar que o inciso V, do art. 37, como bem observa Fortini e Vieira (2010, p. 58), determina que as funções de confiança sejam exercidas com exclusividade por servidores efetivos, ou seja, concursados. Bem como, que os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, devendo ser ocupados por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos delimitados por lei.

O concurso público não é uma faculdade do administrador, mas obrigação, cuja inobservância, além das ressalvas constitucionais, implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável (art. 37, § 2º, CR/88) (FORTINI;VIEIRA, 2010, p. 58).

A Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, faz jus a seu apelido ao consagrar o Estado Democrático de Direito, ao ampliar em seu texto as garantias a todos os cidadãos, e especificamente, aos que tenham os pré-requisitos e que desejam ingressar nos cargos públicos de forma a concorrerem em condições de igualdade.

3.3 NATUREZA JURÍDICA

Dos ensinamentos do professor Carvalho Filho (2008, p. 595-596), comungado pelo ilustre Moreira Neto (1994, p. 202-203), podemos identificar a natureza jurídica do concurso público como sendo a de um procedimento administrativo. Maia e Queiroz (2007, p. 14), acrescentam ser o procedimento também, externo, ampliativo e de índole concorrencial.

Nas palavras de Maia e Queiroz (2007, p. 14):

Externo, porque deve ser aberto à coletividade; ampliativo, pois visa ao exercício de um direito constitucionalmente assegurado; concorrencial, porque envolve uma competição entre os administrados com vistas ao credenciamento junto ao Estado do *status* de agente público.

3.4 FONTES

A Constituição é a fonte normativa primária do concurso público no Brasil, estabelecendo os limites jurídicos do instituto. Nos termos do art. 37:

In Verbis:

[...]

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

Como bem exposto por Maia e Queiroz (2007, p. 11), “apesar de o concurso ser princípio constitucional desde a Carta de 1934, o legislador infraconstitucional não deu muita importância a matéria que carece de uma sistemática legal”.

Ressalta Fortini e Vieira (2010, p. 58) que o Texto Constitucional não definiu a forma ou procedimento, ou ainda, o *modus operandi* do concurso público, transferindo para os entes federados a competência para editar leis sobre o instituto, uma vez que o assunto relativo à pessoal é matéria inerente a autonomia assegurada a cada ente da federação.

No mesmo sentido, Maia e Queiroz (2007, p. 11), concluem:

Dessa forma, a competência para legislar sobre concurso público compete, indistintamente, à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, mediante adoção de leis próprias em cada esfera governamental.

Como a maioria dos entes federados não editou suas leis sobre concurso público, hoje, o que ocorre nos processos seletivos é a edição de um edital pela administração, com liberdades para estabelecer as bases e critérios de julgamento do certame, anunciando o concurso e suas regras. Claro que, devem-se observar os princípios constitucionais, porém, não há um parâmetro legal o qual estipule um controle e uma fiscalização em todas as etapas do processo. O que na prática acaba gerando uma grande demanda de ações judiciais e, conseqüentemente, o necessário controle jurisdicional do concurso público, que poderiam ser evitadas ou minimizadas com medidas de controle prévias.

3.5 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS

Para o professor Bandeira de Mello (2010, p. 52), princípios são fundamentos de um sistema que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade e que, juntamente com normas que lhes compõem o espírito, formam um regime jurídico.

Os princípios são multifuncionais, verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, as regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, em que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, coexistem e permitem o balanceamento de valores e interesses e, em caso de conflito entre eles, podem ser objeto de ponderação, de harmonização (CANOTILHO, 1993, P. 168).

Como analisa Bandeira de Mello (2010, p. 92), em relação ao estudo de determinado instituto administrativo:

Outrossim, ao ser conhecido como de Direito Administrativo um dado instituto, não há necessidade de enumerar e explicar pormenorizadamente o complexo total de regras que lhe são pertinentes, uma vez que, de antemão se sabe, receberá, in principio, e em bloco, o conjunto de princípios genéricos, convindo apenas agregar-lhes as peculiaridades, o sentido, a direção e a intensidade que a aplicação dos princípios genéricos tem em cada caso, assim como eventuais derrogações provocadas pelos subprincípios ligados à natureza particular do instituto examinado. Vale, ainda aqui, a analogia dantes invocada: quando se faz menção a qualquer planeta do sistema solar não há necessidade de explicar minuciosamente o conjunto de leis que regem seu equilíbrio e entrosamento no sistema. Sabe-se, desde logo, que está submetido àquele complexo de leis, liminarmente considerado, isto é, as do sistema solar e planetário em geral.

O concurso público é um processo administrativo especial, que além de submeter-se aos princípios da Administração Pública, possui princípios específicos, que são: princípio da obrigatoriedade, princípio da vinculação ao edital, princípio da competitividade e princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação (MAIA;QUEIROZ, 2007, p. 23).

Assim, consoante aos pensamentos expostos anteriormente, neste estudo passamos a expor os princípios específicos do instituto e não a totalidade dos princípios da Administração Pública, pois, estes constam em um capítulo próprio.

3.5.1 Princípio da obrigatoriedade

Este princípio está estampado no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, obriga que a investidura em cargo ou emprego público no Brasil só pode ocorrer após a aprovação prévia em concurso público, salvo as devidas exceções (MELLO, 2010, p. 80-81).

Conforme já exposto anteriormente o concurso público é uma obrigação e não uma faculdade do administrador. Este princípio guarda relação íntima com o princípio básico da legalidade.

Ressalta-se que tal regra é aplicável a todos os entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Bem como, a administração indireta, como: autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas (MAIA; QUIEROZ, 2007, p. 23-24).

3.5.2 Princípio da vinculação ao edital

Princípio próprio dos procedimentos concorrenciais sejam eles, licitatórios ou seletivos, aplicado tanto aos administrados quanto à Administração Pública (MAIA; QUIEROZ, 2007, p. 38).

O princípio da vinculação ao edital consiste em que o edital é a lei do concurso público e, suas cláusulas obrigam tanto, os candidatos quanto a Administração Pública. Há uma vinculação e, por conseguinte, havendo controvérsia acerca da legalidade do ato e da pretensão de direito subjetivo lesado a apurar, é cabível o acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 201).

A Administração Pública goza de discricionariedade ao elaborar o edital do concurso, no entanto, uma vez divulgado o instrumento convocatório, e reveladas as regras a serem seguidas pelos participantes, a Administração, também, se limita ao cumprimento das cláusulas do mesmo edital que publicou (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 39).

Pelo exposto, percebe-se que o edital é um ato vinculante para a Administração Pública e para os candidatos inscritos no concurso, bem como, tem o instrumento convocatório, caráter geral e, por isso, uma vez publicado e iniciado o concurso, não é possível a mudança das regras previamente estabelecidas.

3.5.3 Princípio da competitividade

Para Carvalho Filho (2008, p. 597), o princípio da competitividade “significa que os candidatos participam de um certame, procurando alcançar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público”.

O mestre Diogenes Gasparini (2003, p. 405), nos ensina que pelo princípio da competitividade é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos editais, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo ou que estabeleçam preferências ou distinções dos proponentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante ao objeto do certame. Nada,

por esse princípio, deve comprometer restringir ou frustrar a disputa entre os candidatos.

Sem a garantia da competitividade, que decorre do princípio da isonomia e que privilegia o princípio da eficiência, marca intrínseca de todos os procedimentos concorrenciais, o concurso público não alcançaria o objetivo de selecionar as melhores pessoas para prestar serviços ao Estado (MAIA;QUEIROZ, 2007, p. 27).

3.5.4 Princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação

Após a realização do concurso público é publicada uma lista final com a ordem de classificação dos candidatos, a qual deve ser rigorosamente seguida quando da nomeação dos aprovados aos cargos públicos.

Segundo Alexandrino e Paulo (2007, p. 206), a Constituição não estabeleceu, expressamente, em uma regra geral, a necessidade de se observar a ordem de classificação na nomeação. Consta no seu texto dispositivos específicos como o art. 129, § 3º, referente ao Ministério Público e o art. 93, I, a carreira da magistratura.

Na legislação infraconstitucional a lei 8.112/1990, aplicável a esfera federal, em artigo 12, § 2º, deixa claro: “Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.”

Na jurisprudência temos a súmula 15 do Supremo Tribunal Federal – STF dispondo que: “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.”

Diante da interpretação sistemática, impõe-se que este princípio seja estendido para todas as esferas estatais ao promoverem seus concursos públicos. Toda a administração está obrigada a respeitar este princípio.

Conforme exemplo dado pelo professor Hely Lopes (2010, p. 464), vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre os demais, não se admitindo a nomeação de outro, pois, haveria preterição do seu direito. Seguindo com seu raciocínio, nomeado o primeiro o segundo passa a ter o direito de não ser preterido e assim sucessivamente.

O concurso público é composto de várias fases, dividindo-se em internas, que terminam com a autorização para a realização do certame, e externas, que vai da publicação do edital até a homologação do resultado do concurso com a respectiva publicação da lista final (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 78-79).

O presente estudo somente interessa a fase final do certame, a publicação da lista final de classificação, confeccionada após a aprovação do candidato em todas as provas, pois, procuramos analisar nesta monografia se o candidato aprovado tem direito subjetivo ou não a nomeação, e não seu direito a possível próxima fase do concurso.

4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Um dos objetos principais do Direito Administrativo é a própria administração pública, assim, um estudo envolvendo esse sub-ramo do Direito Público, mais precisamente o concurso público, não pode deixar de tratar de algumas noções inerentes a administração e seus componentes.

4.1 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme salienta Carvalho Filho (2008, p. 10), “há um consenso entre os autores no sentido de que a expressão “administração pública” é de certo modo duvidosa, exprimindo mais de um sentido.” Para o autor, os problemas na conceituação de administração pública estão na grande quantidade de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado (sentido objetivo), e no grande número de órgãos e agentes públicos incumbidos de sua execução (sentido subjetivo).

No mesmo sentido, Diogenes Gasparini (2003, p. 41), afirma que a administração pelo critério formal, também conhecido por orgânico ou subjetivo, indica um complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas. Com fundamento no critério material, também denominado objetivo, o termo Administração Pública assume o significado de complexo de atividades diretas, concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado, de acordo com o que está estabelecido na lei. Concluindo o autor que, pelo critério formal a Administração Pública é Estado e pelo critério material equivale a atividade administrativa.

Para Hely Lopes de Meirelles (2010, p. 65-66), devemos observar, também, para não confundir Governo e Administração, pois, são termos que andam juntos, mas que expressam conceitos diferentes nos vários aspectos em que se apresentam. Como exposto:

A administração é uma atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica, de conduta hierarquizada, que executa com responsabilidade técnica

e legal, sendo o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo. Tem poder de decisão somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativas, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria (MEIRELLES, 2010, p. 66).

Governo é atividade política e discricionária, tem conduta independente, comanda com responsabilidade constitucional e política, sem responsabilidade profissional pela execução (MEIRELLES, 2010, p. 66).

O Governo e a Administração, como criações abstratas da Constituição e das leis, como já mencionado anteriormente, necessitam das entidades, de seus órgãos e de seus agentes para atuarem no mundo real.

Entidade é pessoa jurídica, pública ou privada; órgão é elemento despersonalizado, centro de decisão, incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence, através de seus agentes, pessoas físicas investidas em cargos e funções (MEIRELLES, 2010, p. 66).

Portanto, o presente estudo se enquadra na necessidade da administração em recrutar pessoas físicas para serem agentes públicos, e desempenharem as atividades, através dos órgãos das entidades representativas da Administração e do Governo.

4.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cada doutrinador elege sua lista própria de princípios relativos à administração pública, o que inviabiliza o estudo e análise de todos, tendo em vista que o objeto desta monografia é voltado ao concurso público. Portanto, analisaremos os princípios expressos na Constituição Federal e os que consideramos mais pertinentes e necessários a presente matéria.

4.2.1 Princípios Expressos

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, “caput”, elenca cinco princípios básicos da administração pública:

In Verbis:

Art. 37. 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 [...].

Estes princípios representam valores considerados pelo legislador constitucional como imprescindíveis à Administração Pública brasileira. São verdadeiros pilares da prática administrativa pública.

4.2.1.1 Princípio da Legalidade

O ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 99-100), afirma que o princípio da legalidade “é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”. Este princípio está associado ao Estado de Direito, onde, o Estado deve respeitar as leis que edita.

O princípio da legalidade consiste que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não sendo, a atividade é ilícita (CARVALHO FILHO, 2008, p. 19).

Como bem exposto por Hely Lopes de Meirelles (2010, p. 89):

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Quando da análise dos princípios específicos do concurso público, já ressaltamos que este princípio está associado à obrigatoriedade da administração em recrutar seus servidores públicos efetivos através do concurso público.

Os particulares podem fazer tudo o que a lei não proíbe já os administradores públicos só podem fazer o que a lei autoriza.

4.2.1.2 Princípio da Impessoalidade ou Finalidade

Este princípio tem dupla acepção, uma vêz que impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal, objeto do ato, de forma impessoal (BANDEIRA DE MELO, 2010, p. 93).

Conforme Alexandrino e Paulo (2007, p. 141), a “finalidade de qualquer atuação da Administração Pública é a defesa do interesse público.”

Este princípio proíbe a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos por realizações administrativas. Bem como, impede que o administrador público pratique um ato com interesse próprio ou de terceiro que não coincida com o interesse público (MEIRELLES, 2010, p. 93).

Para o instituto do concurso público é de suma importância, conforme Meirelles (2010, p. 94), no sentido de que “o princípio da impessoalidade está entrelaçado com o princípio da igualdade, o qual impõe a Administração Pública tratar igualmente a todos que estejam na mesma situação fática e jurídica”.

Assim, todos que preencham os requisitos exigidos para determinado cargo público podem concorrer à vaga aberta na Administração Pública, sem que haja favorecimentos pessoais.

4.2.1.3 Princípio da moralidade

De acordo com este princípio, a Administração Pública, através de seus agentes deve agir conforme princípios éticos de lealdade, sinceridade e boa-fé, não podendo agir de forma astuciosa ou maliciosa para confundir, dificultar ou minimizar

o direito dos cidadãos. A não observância dos princípios éticos configura ilicitude e o ato eivado de vício pode ser invalidado (BANDEIRA DE MELO, 2010, p. 19-120).

Acrescenta Carvalho Filho (2008, p. 20-21), que o princípio da moralidade “deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto”. O bom administrador deve ser conhecedor tanto da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa.

Fere o princípio da moralidade, a administração lançar edital convocando a sociedade para participar de concurso público e, sem justo motivo, deixar seu prazo de validade exaurir-se sem nomear os aprovados para as vagas ofertadas.

4.2.1.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade para Di Pietro (2005, p. 75-76) exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvados as hipóteses de sigilo previstas em lei.

Para a autora é importante ressaltar que o princípio assegura o direito de informações para assuntos de interesse particular, a exemplo do *habeas data*, direito de petição e obtenção de certidões, como também, para assuntos de interesse coletivo ou geral, aumentando o controle popular da Administração Pública.

Diogenes Gasparini (2003, p. 9) acrescenta que é “obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos”.

Em arremate, Meirelles (2010, p. 95-96), para quem as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

O princípio da publicidade deve ser exercido ao máximo em matéria de concurso público, uma vez que, permite o conhecimento do certame a um número maior de concorrentes, bem como, diminui a possibilidade de burla pela maior fiscalização que propicia.

4.2.1.5 Princípio da eficiência

É o princípio mais moderno da função administrativa, pois exige, além do respeito à legalidade, um resultado positivo dos serviços públicos para a sociedade, com presteza, perfeição e rendimento funcional (MEIRELLES, 2010, p. 98).

O princípio da eficiência, além, de estar estampado no art. 37, caput, da Constituição, também pode ser observado no art. 5º, inciso LXXVIII, que assegura a todos no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Com o concurso público a Administração Pública prestigia este princípio, pois, escolhe seus quadros por critérios objetivos e científicos. Se não há garantia da escolha do mais eficiente, pelo menos, há a certeza de que os mais desprovidos intelectualmente não serão aprovados.

4.2.2 Princípios Reconhecidos

Além dos princípios expressos, os doutrinadores e a jurisprudência, reconhecem outros princípios, da mesma relevância, orientadores da Administração pública. Destacamos alguns para o nosso estudo.

4.2.2.1 Princípio da supremacia do interesse público

Bandeira de Mello (2010, p. 96) elege o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como sendo um princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. Informa que não se encontra em dispositivo específico, sendo condição da existência da sociedade.

A finalidade da atuação estatal é sempre o interesse público, o interesse do grupo social, e não, o interesse individual. Assim, em caso de confronto entre esses

dois interesses, o particular com o público, este há de prevalecer (CARVALHO FILHO, 2008, p. 30-31).

Podemos observar que no tocante ao concurso público ao publicar o edital a Administração Pública informa que há interesse público em prover vagas no serviço público, assim para que deixe de fazê-lo deve haver circunstâncias supervenientes que justifiquem a mudança no interesse público de contratar. Caso contrário estará o ato eivado de desvio de finalidade.

4.2.2.2 Princípio da autotutela

A Administração Pública pode rever seus atos de ofício, não precisa ser provocada para sanar irregularidades observadas em suas atividades, bem como, pode rever seus atos pelo critério de conveniência e oportunidade para manutenção ou desfazimento dos mesmos (CARVALHO FILHO, 2008, p. 29-30).

Conforme Di Pietro (2005, p. 73), pela autotutela a Administração Pública pode anular os atos ilegais e revogar os atos inconvenientes ou inoportunos, independentemente, de recurso ao Poder Judiciário.

4.2.2.3 Princípio da Motivação

O princípio da motivação consiste no dever que Administração Pública tem em justificar, previamente, seus atos, indicando quais foram seus fundamentos de fato e de direito que ensejaram na conduta administrativa. O não atendimento a motivação ou quando esta não for prévia ou suficiente, pode acarretar na invalidação do ato pelo Poder Judiciário, por ser considerado ilegítimo (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 112).

Observa Hely Lopes (2010, p. 103) que certos atos administrativos que são oriundos do poder discricionário não necessitam de motivação, bastante comprovar a competência para o exercício deste poder e a adequação do ato com o interesse público. Contudo, se o ato afeta o interesse individual do administrado, deve ser

motivado para que se possa verificar sua legalidade, moralidade e finalidade administrativa.

Tem o dever de motivar a Administração Pública quando resolve não prorrogar o concurso público pelo prazo legal, bem como, quando não nomeia os aprovados no número de vagas oferecidas no edital, pois, como exposto, o ato afeta diretamente os direitos individuais dos candidatos aprovados no certame.

4.2.2.4 Princípios da ampla defesa e do contraditório

São princípios da mais alta importância e consistem em garantias estabelecidas no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, a seguir:

In Verbis:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Conforme o texto constitucional é exigido um processo formal regular, antes que se possa tirar a liberdade ou propriedade de alguém, que seja dada à oportunidade de contraditório e de ampla defesa. Ou seja, a Administração não pode prejudicar a liberdade e propriedade de alguém sem antes respeitar estes dois preceitos (BANDEIRA DE MELLO, p. 115).

4.2.2.5 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

Pelo princípio da razoabilidade o administrador público ao atuar com discricionariedade deve obedecer a critérios aceitáveis, racionais, em sintonia com o senso normal e com a finalidade para a qual foi investido da competência. A lei ao lhe dar certa liberdade de atuação, também, lhe impõe que a solução para os

problemas encontrados seja a mais adequada possível (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 108).

Em regra a aplicação do presente princípio envolve principalmente a discricionariedade administrativa, servindo de limite e controle, tanto pelo Poder Judiciário como, possivelmente pelo Tribunal de Contas. Porém, a aplicação deste princípio pode ser empregada em qualquer atividade administrativa (MEIRELLES, 2010, p. 95).

O princípio da proporcionalidade “é apenas um aspecto do princípio da razoabilidade”, exige que haja adequação entre meios e fins, vedada a imposição de medidas discricionárias com excesso ou escassez, mas as estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. O não atendimento a proporcionalidade, também, caracteriza o ato como ilegal e pode, portanto, ser anulado pelo Judiciário ou invalidado pela própria Administração Pública (GASPARINI, 2003, p. 22).

Ao elaborar um edital a administração tem condições de avaliar, discricionariamente, a sua necessidade de pessoal, no presente e quiçá, em um futuro próximo, portanto, deve respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao estipularem o número de vagas necessárias ao atendimento de suas necessidade e o prazo adequado, oportuno, de validade do concurso para suprir os seus quadros.

4.3 ATO ADMINISTRATIVO

Conforme nos ensina o professor Hely Lopes de Meirelles (2010, p. 152-153), “a Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos”. Estes atos diferenciam-se dos atos judiciais, emanados do Poder Judiciário, e dos atos legislativos, oriundos do Poder Legislativo, quando das suas respectivas funções típicas. Todavia estes dois Poderes também podem realizar atos administrativos quando da execução de funções atípicas.

Portanto, quando nos referimos a atos administrativos neste estudo, aludimos tanto aos atos praticados pelo Poder Executivo quando da sua função típica, quanto

ao Poder Legislativo e Judiciário, quando das suas funções atípicas. Porque, todos podem realizar seus certames e nomear seus servidores.

4.3.1 Conceito

Bandeira de Mello (2010, p. 385), conceitua o ato administrativo como:

[...] declaração do Estado (ou quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providencias jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Hely Lopes (2010, p. 153), explica que atos bilaterais são contratos, que os atos administrativos são unilaterais, e estes o professor conceitua como sendo:

[...] toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Frente ao exposto podemos concluir que é através dos atos administrativos que a Administração Pública exprime sua vontade e exerce a sua função de procurar promover o interesse público através de diversas ações que estão sujeitas ao controle jurisdicional.

4.3.2 Requisitos

São cinco, os requisitos ou elementos do ato administrativo: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

São condições necessárias a validade dos atos, e caso não sejam observados na pratica administrativa, estarão assim, em descordo com o

estabelecido pela lei, e poderão ser anulados (ALEXANDRINO;PAULO, 2007, p. 335).

4.3.2.1 Competência

Para Hely Lopes (2010, p. 155), “entende-se competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções”. Nenhum ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, é válido se praticado por agente público que não tenha o poder legal, a competência para o ato.

Competência é o espaço delimitado em lei dentro do qual os agentes públicos podem exercer legitimamente suas atividades. A competência tem que estar em texto expresso e prévio na Constituição, na lei ou em normas administrativas, não se admitindo a presunção de competência do agente público (CARVALHO FILHO, 2008, p. 100-101).

A competência é de exercício obrigatório, irrenunciável, intransferível, imodificável pela vontade do agente e imprescritível. Também tem as características de poder ser delegada, transferência de parte da competência quando não vedado em lei a outro órgão ou agente, e avocada, quando um superior hierárquico traz para si a competência de um subordinado (ALEXANDRINO;PAULO, 2007, p. 336-337).

4.3.2.2 Finalidade

O requisito da finalidade consiste no “resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato” (DI PIETRO, 2005, p. 202). Tem dois sentidos: um amplo, a consecução do interesse público, e outro restrito, o resultado específico definido em lei.

O que importa, para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2007, p. 339), é que a finalidade é elemento vinculado a qualquer ato administrativo e a busca a resultados diversos, desvios deste princípio, acarretam em abuso de poder na modalidade de desvio de finalidade.

4.3.2.3 Forma

O ilustre mestre Carvalho Filho (2008, p. 105), explica que vontade isolada sem exteriorização é um elemento de caráter psíquico, para ser existente precisa ser projetada através da forma. Portanto, o ato administrativo que vise à produção de efeitos necessita da forma para existir.

Para ter validade o ato administrativo deve obedecer à forma legal estabelecida. Normalmente esta forma é a escrita, porém, em casos de urgência, transitoriedade da manifestação de vontade administrativa e irrelevância para a Administração, o ato pode ser verbal e até em sinais, devendo a sua revogação ou modificação obedecer à mesma forma do ato original (MEIRELLES, 2010, p. 157).

A forma é um revestimento exteriorizador do ato administrativo (MEIRELLES, 2010, P. 157), enquanto o procedimento administrativo é uma sequência ordenada de atos e atividades (CARVALHO FILHO, 2008, p. 107) que culmina em um ato determinado almejado como a finalidade específica.

Assim, quando a Constituição exige o concurso público para nomeação de cargos efetivos na Administração Pública, deve haver um procedimento administrativo, com a expedição de vários atos administrativos até se atingir a finalidade específica de nomeação do aprovado para ocupar a vaga ofertada.

4.3.2.4 Motivo

No conceito de Hely Lopes de Meirelles (2010, p. 157), “motivo ou causa é a situação de fato ou de direito que determina ou autoriza a realização do ato administrativo”. Quando vier expresso em lei será um elemento vinculado, quando for deixado ao critério do administrador, será um elemento discricionário quanto à sua existência e valoração.

Quando o ato é vinculado, a lei descreve a situação de fato que uma vez ocorrida no mundo empírico, determina a prática de determinado ato administrativo, obrigatoriamente e exatamente como previsto em seu texto. Já quando o ato é discricionário a lei autoriza e não determina determinado ato em virtude de uma

situação. A Administração pode, ou não, praticar o ato ou escolher seu objeto, dentro dos limites da lei, por critérios de oportunidade e conveniência (ALEXANDRINO;PAULO, 2007, p. 341).

O motivo do ato administrativo é diferente da motivação que é feita pela autoridade administrativa. A motivação é a descrição dos motivos com a fundamentação na regra que habilita a conduta (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 400).

A obrigatoriedade da existência, no mundo real, dos motivos alegados e que determinam a prática do ato administrativo, como requisito de sua validade, acabou por dar origem à teoria dos motivos determinantes. Por essa teoria só é válido o ato se os motivos enunciados efetivamente aconteceram. Desse modo, a menção de motivos falsos ou inexistentes vicia irremediavelmente o ato praticado, mesmo que não exigidos por lei (GASPARINI, 2003, p. 62).

A esse respeito, diz Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 404) que:

Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 402), em arremate, informa que a exigência de motivação, prévia ou contemporânea, dos atos administrativos há de ser observada como regra geral, pois, os agentes administrativos são simples gestores de interesses da coletividade e os cidadãos, em especial, o interessado no ato, têm o direito de saber por que o ato foi praticado, que fundamentos o justificam.

4.3.2.5 Objeto

Consoante Hely Lopes (2010, p. 158), “todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público”.

Para Carvalho Filho (2008, p. 115), “o objeto representa o fim imediato, ou seja, o resultado prático a ser alcançado pela vontade administrativa.”

Nos atos vinculados, verificado determinado motivo, é obrigatório a prática de determinado ato correspondente a um único objeto. Quando o ato é discricionário a Administração avalia o motivo e escolhe o objeto dentre os possíveis, autorizados por lei, e decide pela liberdade de oportunidade e conveniência se o ato será ou não praticado (ALEXANDRINO;PAULO, 2007, p. 347).

4.3.3 Mérito do ato administrativo

Para Hely Lopes (2010, p.159), mérito administrativo consubstancia-se:

Na valoração dos motivos e a na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

Os elementos motivo e objeto permitem verificar se o ato é vinculado ou discricionário, bem como, determina o denominado mérito administrativo. Este que é o poder que a lei conferiu ao administrador de, nos atos discricionários, decidir sobre a oportunidade e conveniência de sua prática (ALEXANDRINO;PAULO, 2007, p. 347).

3.3.4 Controle jurisdicional dos atos administrativos

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 120-121), o controle judicial dos atos administrativos é um princípio administrativo, decorre da jurisdição única no sistema brasileiro, onde é assegurado que nenhuma demanda será excluída da apreciação judicial, conforme art. 5º, XXXV, da Constituição. Inclusive as contendas entre a Administração e os administrados.

O controle judicial é exercido *a posteriori* para verificação da legalidade do ato, privativamente, pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos

do Poder Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário quando executa funções administrativas (MEIRELLES, 2010, p. 744).

Nos atos administrativos vinculados não há restrição quanto ao controle judicial, haja vista, que todos os seus elementos estão expressos em lei. Porém, com relação aos atos discricionários o controle é possível com relação aos seus elementos vinculados, mas, tem que respeitar o mérito do ato, a discricionariedade administrativa assegurada à Administração Pública pela lei (DI PIETRO, 2005, p. 210).

Ainda segundo Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 211-212), há uma tendência na doutrina de se ampliar o controle judicial para averiguar se no determinado ato administrativo discricionário o administrador agiu dentro dos princípios da Administração Pública, ou se incorreu em algum desvio de poder e, conseqüentemente, em desvio de finalidade. Podemos citar como fundamentação para o maior controle, a teoria dos motivos determinantes e a teoria do desvio de finalidade, já abordadas no presente estudo.

O controle judicial é, sobretudo, uma garantia de preservação dos direitos individuais, avaliando em cada caso concreto as possíveis ilegalidades cometidas pela Administração Pública (MEIRELLES, 2010, p. 744).

Meirelles (2010, p. 744) afirma ainda que “esses direitos podem ser públicos ou privados – não importa -, mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo”.

Todo ato administrativo que contrarie ou se desvie dos princípios básicos administrativos, está viciado, e, portanto, está passível de ser anulado pela própria Administração ou se requerido pelo interessado, pelo Poder Judiciário.

5 DIREITOS DECORRENTES DA APROVAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1988 não contém em seu texto, dispositivo que expressamente ou mesmo de modo implícito, obrigue a administração pública a sempre nomear os aprovados em concursos públicos, seja dentro do número de vagas anunciadas, nem tampouco para novas vagas surgidas no prazo de validade do certame (ARAÚJO, 2010, p. 95).

Neste contexto, surgiu uma grande discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca dos direitos dos aprovados em concursos públicos no Brasil. Para alguns autores há mera expectativa de direito a nomeação, um entendimento que classificaremos como tradicional, e para outros há verdadeiro direito subjetivo a nomeação, um entendimento novo, como passaremos a denominar esta corrente, que se iniciou após a Constituição de 1988 e que se fortifica diante de recentes decisões dos Tribunais Superiores.

Neste capítulo final analisaremos as duas teses em questão, verificando algumas decisões proferidas, tentando identificar a corrente mais adequada a ser seguida.

5.1 ENTENDIMENTO TRADICIONAL

Para a jurisprudência, o candidato aprovado, independente, se dentro do número de vagas, não possuía direito subjetivo a nomeação, mas, mera expectativa de direito, pois a nomeação ou não do aprovado ficaria no âmbito da discricionariedade da Administração Pública (ANDRADE DE MELO, 2009, p. 53).

O STJ resumiu bem este pensamento, no Recurso em Mandado de Segurança nº 1.174-0-SP, 2ª Turma, Relator Ministro José de Jesus Filho, julgado em 22/04/1992: “Concurso Público – Expectativa – Direito à nomeação. A aprovação e classificação em concursos públicos conferem ao candidato apenas expectativa de direito à nomeação.”

A doutrina, acerca desse entendimento, identificava a posição majoritária dos tribunais, de mera expectativa de direito, porém, já aludiam a uma ampliação dos

direitos dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. Conforme Hely Lopes Meirelles (2010, p. 464), para quem:

Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado, mas a Administração deve demonstrar, de forma consistente, o motivo da conveniência administrativa da não-nomeação daquele que está dentro do número de vagas previsto no concurso.

Porém, os Tribunais só admitiam que a expectativa de direito a nomeação se convolasse a direito subjetivo do candidato aprovado, em algumas hipóteses específicas. Conforme passamos a tratar adiante.

5.1.1 Quebra da ordem classificatória

Segundo nos informa Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2007, p. 206), o direito a nomeação conforme a ordem de classificação está a muito pacificada na jurisprudência e decorre dos princípios da moralidade e da impessoalidade, natureza obrigatória do próprio concurso público, cujo fundamento mais amplo é a indisponibilidade do interesse público.

A própria Constituição da República de 1988 garante ao candidato aprovado em concurso público o direito de ser convocado com prioridade sobre novos concursados. Conforme o art. 37, inciso IV:

In verbis:

[...] durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Esta exceção ao pensamento tradicional encontra-se consagrada na Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal (STF), aprovada em 13/12/1963: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.”

O professor Hely Lopes (2010, p. 464) afirma que se a Administração se dispuser a nomear, pelo menos, o primeiro colocado já terá direito subjetivo de preferência, não podendo ser nomeado outro candidato, inicialmente, que não seja ele. Devido, logicamente, a obediência da ordem de classificação final do certame.

Contudo, como bem observa Cristina Andrade Melo (2009, p. 56), na hipótese da Administração realizar a nomeação em obediência a decisão judicial, a jurisprudência ressalva que não há quebra da ordem de classificação.

Nesse sentido, o agravo regimental, no agravo de instrumento n. 373054, relatado pela Ministra Ellen Gracie:

O despacho agravado mostra-se em consonância com jurisprudência desta Corte, ao apontar que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à investidura no cargo pleiteado e que não há preterição quando a administração realiza nomeações em observância a decisão judicial. Precedentes: RMS 23.227 e RMS 23.056. Agravo regimental desprovido (BRASIL. STJ, 2002).

O concurso público, por ser um procedimento especial, além dos princípios gerais da Administração, se sujeita a princípios próprios, e um deles é, justamente, o princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação dos aprovados. Cabendo a Administração zelar pelo seu fiel cumprimento.

5.1.2 Necessidade de preenchimento de vaga pela Administração Pública

Quando a Administração Pública manifesta, de qualquer forma, o inequívoco interesse de prover o cargo, o candidato aprovado no concurso público passa a ter direito subjetivo à nomeação, e não só a mera expectativa de direito (MAIA;QUEIROZ, 2007, p. 225).

Conforme, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21308 / MG, relator Min. Paulo Medina:

A Administração não pode deixar de prover as vagas, nomeando os candidatos remanescentes, depois da prática de atos que caracterizam, de modo inequívoco, a necessidade de preenchimento de vagas. Recurso provido (BRASIL. STJ, 2006).

A Administração quando nomeia candidato aprovado em concurso público, está demonstrando inequivocamente, a intenção de prover o cargo vago. Caso o nomeado não tome posse, o próximo colocado, independentemente se está classificado dentro do número de vagas ou não, passa a ter direito subjetivo a nomeação.

A caracterização do interesse e da necessidade do preenchimento de vagas, também se encontra no caso da contratação a título precário, como especificaremos adiante.

5.1.3 Contratação a título precário

A contratação a título precário significa uma contratação sem caráter efetivo, temporária, frágil. Como exemplo, podemos citar a contratação de servidores temporários para exercer as funções que foram as ofertadas em concurso público com prazo de validade ainda em vigor.

O STJ e o STF são categóricos ao assegurar o direito subjetivo ao candidato aprovado quando ocorrerem contratações a título precário em detrimento dos candidatos aprovados. Conforme se extrai do acórdão do RMS 29227/RJ, Ministro Felix Fisher:

A jurisprudência desta e. Corte Superior é assente no sentido de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função (BRASIL. STJ, 2009).

Em decisão mais recente, no Agravo Regimental Nos Embargos de Declaração No Recurso Especial nº 1161956/RN, Ministro Jorge Mussi:

[...]

4. A contratação precária para a realização das mesmas tarefas, pela Administração Pública, durante o prazo de validade do certame, demonstra a conveniência e a oportunidade de provimento dos cargos vagos, permitindo a nomeação dos servidores aprovados em concurso.
5. Agravo regimental improvido (BRASIL. STJ, 2010).

Na mesma linha tem decidido o STF conforme o julgamento do AI 684518 AgR/SP, Ministro Eros Grau:

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que, comprovada a necessidade de contratação de pessoal, deve-se nomear os candidatos aprovados no certame em vigor em detrimento da renovação de contrato temporário. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, STF, 2009).

A Administração Pública utiliza muito este tipo de contratação, porém, quando preenche o cargo vago, com terceiros, concursados ou não, durante o prazo de validade de concurso público com candidatos aprovados e não nomeados, incorre em erro, pois, se há necessidade de contratação para aquele cargo já ofertado em concurso que se nomeie o candidato aprovado no respectivo certame.

5.1.4 Aprovação em concurso anterior com prazo de validade em vigência

Conforme analisa Alexandre de Moraes e Vicente Paulo (2007, p. 205), a despeito da lógica, “a Constituição de 1988 não veda a realização, pela mesma Administração, de um novo concurso para o cargo, enquanto ainda válido um concurso anteriormente efetuado, mesmo que ainda haja candidatos aprovados neste concurso anterior”.

A seguir, decisão do Superior Tribunal de Justiça que demonstra o reconhecimento do direito à nomeação para o candidato aprovado em concurso anterior, ainda em validade, ao novo iniciado para as mesmas vagas. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 9060/GO, Ministro José Arnaldo da Fonseca:

[...]

- Nasce o direito à nomeação, se dentro do prazo de validade do concurso para o provimento de vagas destinadas ao mesmo cargo, ocorre preterição dos habilitados, em benefício de outros candidatos aprovados em certame posterior (BRASIL, STJ, 2009).

O mesmo raciocínio é seguido nas decisões onde a Administração Pública se recusa em prorrogar o concurso público pelo prazo permitido, imotivadamente, e, logo em seguida, lança novo concurso para preenchimento das mesmas vagas oferecidas anteriormente.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no RE 419013, Ministro Carlos Velloso:

I. - A aprovação em concurso público não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso, se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado (Súmula 15-STF) ou se, indeferido pedido de prorrogação do prazo do concurso, em decisão desmotivada, for reaberto, em seguida, novo concurso para preenchimento de vagas oferecida no concurso anterior cuja prorrogação fora indeferida em decisão desmotivada (BRASIL. STF, 2009).

Também, neste caso, o candidato aprovado no concurso anterior terá o direito subjetivo à nomeação, pois, a Administração deve agir com moralidade e eficiência. Se já há uma lista de candidatos aptos para os cargos e há a necessidade de preenchimento das vagas, que se nomeiem aqueles aprovados e, por conseguinte, se economize o dispêndio de um novo procedimento.

Cabe salientar que na esfera federal a Lei 8112/1990, através do seu parágrafo segundo, proíbe a realização de novo concurso enquanto ainda válido concurso anterior, em que haja candidatos aprovados, para o mesmo cargo, nos seguintes termos: “Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.”

5.2 NOVO ENTENDIMENTO

Em uma interpretação mais ampla sobre os direitos dos aprovados em concursos públicos, José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 603), já vislumbrava uma possível evolução de entendimento e defendia o direito subjetivo aos classificados dentro do número de vagas previstas em edital:

[...] a aprovação em concurso não cria, para o aprovado, direito a nomeação. Trata-se como já decidido pelo STF, de mera expectativa de direito.

[...] Em nosso entendimento, contudo, os tempos atuais estão a reclamar a inversão desse postulado. Se o edital do concurso previu determinado número de vagas, a Administração fica vinculada a seu provimento, em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções. Assim, deve assegurar-se a todos os aprovados dentro do referido número de vagas direito subjetivo à nomeação.

5.2.1 Aprovação dentro do número de vagas publicadas no edital

No momento em que a Administração publica o edital de abertura do concurso público, convocando a sociedade para nele participar, vincula-se a seus termos, bem como à necessidade de concluir o concurso e nomear os candidatos (MAIA;QUEIROZ, 2007, p. 227).

Por considerar que, a Administração Pública, ao anunciar em edital a necessidade do preenchimento de cargos ou empregos públicos, há uma presunção de que tenha examinado as suas reais necessidades de pessoal e tenha efetivamente constatado que as atividades administrativas estejam a exigir incremento de mão de obra, a teor da determinação extraída do art. 169, §1º, da Constituição Federal. É legítimo e razoável esperar que os aprovados para as vagas em disputa venham a ser nomeados, salvo modificação da situação fática que ensejou o concurso (ARAÚJO, 2010, p. 95).

Nesse sentido, a partir de setembro de 2008, o STJ, passou a firmar o novo entendimento, como se segue na decisão do RMS 27311/AM, Ministro Jorge Mussi:

1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação.
2. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória. Precedentes.
3. A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar.
4. Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência

constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF).

5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança (BRASIL, STJ, 2009).

Percebe-se que o não provimento de cargos veiculados no edital aos candidatos aprovados fere princípios gerais da Administração e princípios específicos do concurso público. Não se pode dar à administração pública a possibilidade de, simplesmente, deixar transcorrer o prazo de validade, sem nomear os aprovados para as vagas disputadas.

Assim, conforme o Superior Tribunal de Justiça, a divulgação das vagas é promessa que obriga a Administração, mandado de segurança nº 10381/DF, Ministro Nilson Naves:

1. O concurso representa uma promessa do Estado, mas promessa que o obriga – o Estado se obriga ao aproveitamento de acordo com o número de vagas.

2. O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, como na hipótese, possui não simples expectativa, e sim direito mesmo e completo, a saber, direito à nomeação e à posse. Precedentes.

3. Segurança concedida (BRASIL, STJ, 2009).

Portanto, não resta dúvida de que o entendimento atualmente sedimentado no Superior Tribunal de Justiça é que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito subjetivo de ser nomeado e empossado no prazo de validade do certame.

No Supremo Tribunal Federal foi dado um primeiro passo para a evolução do novo entendimento, com a análise do RE 227480/RJ, Ministra Carmem Lúcia:

1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.

2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento (BRASIL. STF, 2009).

Cabe fazer uma ressalva, pois, a decisão tomada versava sobre a concessão de direito subjetivo tendo em vista que foi aberto concurso apenas quinze dias depois de encerrado o prazo de validade do certame em questão. A questão foi

decidida, basicamente, pela não observância do princípio da moralidade administrativa da Administração no ato. Porém, a ementa já deixava clara a disposição da corte em rever seu entendimento tradicional.

A Ilustre Ministra Carmen Lúcia, Relatora do RE 227480/RJ, nas discussões que acompanham a votação da matéria, já ressaltava em seu pronunciamento que: “Eu não falo em direito adquirido, eu falo em direito subjetivo à nomeação, porque o direito subjetivo pode ser afrontado por uma nova circunstância da Administração que o impeça e, então, não haveria um ilícito da Administração.”

No exame do recurso extraordinário nº 598099/MS, Ministro Menezes Direito, foi admitida a repercussão geral da matéria. O Ministro Marco Aurélio, remeteu a decisão sobre o mérito para o Pleno, conforme se expõe:

Muito embora haja pronunciamento do Tribunal no sentido do acórdão proferido na origem, revela-se a necessidade de sedimentação da jurisprudência. O Pleno deve manifestar-se sobre a existência, ou não, do direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público quando, no edital do certame, anunciam-se vagas de forma específico e, com isso, arregimentam-se cidadãos para a elas concorrerem (BRASIL. STF, 2009).

Pelo exposto faz-se crer que o Tribunal caminha, a exemplo do STJ, a confirmar o novo entendimento.

Portanto, a correta posição é a que aponta para a obrigatoriedade, em princípio, de nomeação dos aprovados dentro do número de vagas, a qual deixará de existir caso a administração pública venha a demonstrar com fundamentos adequados e suficientes, através de ato motivado, a ocorrência de novas circunstâncias que justifiquem a decisão de não nomear (ARAÚJO, 2001, p. 96).

A regra passa a ser a nomeação do aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. A não nomeação, passa a ser hipótese de exceção. O ônus de provar a causa excepcional para não nomear, agora, é da Administração Pública.

Contudo, aguardemos confiantes, pela decisão final da nossa Suprema Corte que, seguramente, vai adotar a tese mais adequada, no nosso entender, e já pacificada no STJ, garantindo o direito de nomeação dos aprovados nos concursos públicos dentro do número de vagas previstas no edital.

CONCLUSÃO

Inicialmente, constatamos que o agente público é indispensável para que o Estado possa exercer suas atividades no mundo natural, e que o concurso público é o melhor meio de seleção frente às exigências dos princípios surgidos com a instalação do Estado de Direito.

Verificamos que houve uma evolução gradativa do instituto do concurso público nas Constituições brasileiras. Cada Constituição acrescentou uma garantia à matéria, até que, com a Constituição de 1988, o concurso público foi consagrado como princípio constitucional, direito fundamental de todos os cidadãos. A Constituição atual democratizou e moralizou o procedimento concorrencial por meio da garantia da ampla acessibilidade aos cargos e aos empregos públicos no Brasil.

Demonstramos que o concurso público é um procedimento especial, que permite a seleção dos candidatos pelo próprio mérito, a partir da melhor classificação em provas ou provas e títulos, com regras e princípios próprios, que devem ser rigorosamente observados pela Administração Pública.

Identificamos que compete a cada ente federativo, (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em seus respectivos territórios, a elaboração de normas regulamentando a matéria concurso público. O que, exceto poucas iniciativas, a grande maioria dos entes federados ainda não fez.

Na análise da Administração Pública comprovamos que o instituto do concurso público esta em conformidade com todos os seus princípios, e que os atos administrativos praticados por seus agentes devem obedecer ao dispositivo, sob pena de responsabilização pelas infrações cometidas e anulação dos respectivos atos, controle este exercido pelo Poder Judiciário quando demandado.

Com o auxílio de acórdãos e sumulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, identificamos, como proposto, as exceções que admitiam a convocação da expectativa de direito, defendida tradicionalmente, em direito subjetivo a nomeação. São elas: quebra da ordem classificatória, necessidade de preenchimento de vaga pela Administração Pública, contratação a título precário e contratação em concurso posterior, em prejuízo ao certame que possui prazo de validade vigente para o mesmo cargo.

Demonstramos, ainda, a grande importância do novo posicionamento jurisprudencial, já defendido doutrinariamente, de garantir o direito subjetivo a nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos dentro do número de vagas oferecidas no edital. Para o qual, independe haver ou não preterição do candidato, pois, uma vez que a disponibilização dessas vagas depende de prévia autorização orçamentária, a Administração já confessa a necessidade de pessoal, de preenchimento das vagas no serviço público ao publicá-las em edital. Não há o que se falar em expectativa de direito, em discricionariedade administrativa para nomear, e sim, em direito subjetivo do administrado.

Comprovamos, assim, que tanto na doutrina quanto na jurisprudência, há uma evolução de pensamento, um progresso democrático. De um entendimento tradicional, que considerava o aprovado em concurso público, em regra, como detentor de mera expectativa de direito à nomeação, o que gerava insegurança jurídica, para um entendimento novo, que garante em regra, invertendo a lógica anterior, o direito subjetivo do candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas à nomeação até o término do prazo de validade do certame.

Por fim, ao término do trabalho, chegamos à confirmação da grande importância conferida ao concurso público pela doutrina e pela jurisprudência, haja vista, que ambas avançam para entendimentos cada vez mais harmônicos com os princípios do Direito, garantindo assim, o objetivo do Estado, a persecução real do interesse coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**, 14ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, 42ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos**, 3ª reimpressão, Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 11740/SP. Relator: Min. José de Jesus Filho. Julgado em 22/04/1992. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100144568&dt_publicacao=25/05/1992>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 373054/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em 03/09/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28373054.NUME.+OU+373054.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 21308/MG. Relator: Min. Paulo Medina. Julgado em 05/09/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2637678&sReg=200600220710&sData=20061002&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 29227/RJ. Relator: Min. Félix Fischer. Julgado em 16/06/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5563224&sReg=200900594840&sData=20090803&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial nº 11161956/RN. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 28/09/2010. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12101510&sReg=200902048983&sData=20101025&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 9060/GO. Relator: Min. José Arnaldo Da Fonseca . Julgado em 06/08/1998. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=+PR+ETERICAO+E+CANDIDATO+E+CONCURSO+E+PUBLICO&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=180#DOC1>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 27311/AM. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 04/08/2009. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=CO+NCURSO+APROVADO+DENTRO+VAGAS&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#DOC5>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança nº 10.381/DF. Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em 05/12/2008. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=CO+NCURSO+APROVADO+DENTRO+VAGAS&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#DOC9>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 684518/SP. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em 28/04/2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28684518.NUME.+OU+684518.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 419013 Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em 01/06/2004. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE%20419013&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23. out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Menezes Direito, Relatora para acórdão: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 16/09/2008. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE%20227480%20&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Menezes Direito, Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 23/04/2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28598099.NUME.+OU+598099.PRCR.%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 23 out. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FORTINI, Cristiana e VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. **Ponderações sobre a prova de títulos nos concursos públicos**. Edição especial. Minas Gerais: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Cristina Andrade. **Direito subjetivo a nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas: análise da evolução jurisprudencial desde o Enunciado nº 15 da Súmula do STF, v. 6. DIREITO PÚBLICO: REVISTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, Belo Horizonte: Jan./Dez., 2009.

MOTTA, Fabrício. **Direitos fundamentais e concurso público**. Edição especial. Minas Gerais: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2010.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006.