



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA**

RAFAEL MARCONI DOS SANTOS

**CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL:
procedimento de efetivação de direitos fundamentais**

CAMPINA GRANDE – PB
2014

RAFAEL MARCONI DOS SANTOS

**CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL:
procedimento de efetivação de direitos fundamentais**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direitos Fundamentais e Democracia da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Orientadora: Prof.^a Msc. Edneusa Lucena Barbosa

CAMPINA GRANDE – PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S237c Santos, Rafael Marconi dos
Concurso público no Brasil [manuscrito] : procedimento de
efetivação de direitos fundamentais / Rafael Marconi dos Santos. -
2014.
36 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Direitos Fundamentais e
Democracia) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de
Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Profa. Ma. Edneusa Lucena Barbosa, Pró-
Reitoria de Pós-Graduação".

1. Direitos Humanos. 2. Direito fundamental. 3. Igualdade.
4. Democracia. I. Título.

21. ed. CDD 341.481

RAFAEL MARCONI DOS SANTOS

**CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL: PROCEDIMENTO DE
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Especialização
em Direitos Fundamentais e Democracia
da Universidade Estadual da Paraíba, em
cumprimento à exigência para obtenção
do grau de especialista.

Orientador(a): Prof^ª. Ma. Maria Edneusa
Lucena Barbosa

Aprovada, em: 28/08/2014
Nota: 10,0(dez vírgula zero)

BANCA EXAMINADORA

Maria Edneusa Lucena Barbosa

Prof^ª. Ma. Maria Edneusa Lucena Barbosa
(Orientadora)

Paulo Esdras Marques Ramos

Prof. Me. Paulo Esdras Marques Ramos
(1ºAvaliador)

Ghislaine A. Barbosa

Prof^ª. Ma. Ghislaine Alves Barbosa
(2ºAvaliador)

DEDICATÓRIA

A minha esposa, Maria Manuela Lucena Rodrigues, pela dedicação, companheirismo e amizade, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

À Maria Cezilene Araújo de Moraes, coordenadora do curso de Especialização, por seu empenho.

À professora Ma Edneusa Lucena Barbosa pelas leituras sugeridas ao longo dessa orientação e pela dedicação.

A minha mãe Maria Salete Araújo Santos, a meus irmãos e tios, pela compreensão por minha ausência nas reuniões familiares.

Aos meus filhos, Rafael Pehan e Eva Lucena, por sua inspiração e alegria.

A meu pai, Rafael Marconi (*in memoriam*), e minha avó, Maria Bonfim (*in memoriam*), embora fisicamente ausentes, sentia suas presenças ao meu lado, dando-me força.

Aos professores do Curso de Especialização da UEPB, em especial, Luciano Nascimento e Fábio Henrique, que contribuíram ao longo dos meses, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos funcionários da UEPB, em especial, Heriberto Melo, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

RESUMO

Com a promulgação da Constituição de 1988, o instituto do concurso público tornou-se uma exigência para investidura aos cargos e empregos públicos permanentes no Brasil. Entendido como uma conquista, este procedimento efetiva o direito fundamental de livre acesso aos cargos públicos e possibilita que qualquer cidadão concorra em igualdade de condições as oportunidades oferecidas pela Administração Pública brasileira. O direito a acessibilidade a cargos e empregos públicos é princípio fundamental inserido na primeira dimensão dos direitos humanos. O presente texto analisa as diversas posições sobre o tema e conclui que o mais consentâneo com a principiologia fundamental do direito, a ordem constitucional e legal vigente, é o reconhecimento da importância do concurso público como instrumento eficaz de efetivação de direitos fundamentais.

PALAVRAS CHAVE: Concurso público. Direito fundamental. Igualdade. Democracia.

ABSTRACT

With the promulgation of the 1988 Constitution, the institution of public competition has become a requirement for endowment and permanent positions to government jobs in Brazil. Understood as an achievement, effective this procedure the fundamental right of free access to public positions and allows any citizen to compete on equal terms the opportunities offered by the Brazilian Public Administration. The right to access to public offices and positions is inserted into the first fundamental principle of human rights dimension. This paper examines the various positions on the issue and concluded that the most consistent with the fundamental of principles of law, constitutional and legal order in force, is the recognition of the importance of the public tender as an effective tool for enforcement of fundamental rights.

KEYWORDS: Public Competition. Fundamental Right. Equality. Democracy.

SUMÁRIO

1	A EVOLUÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO	10
1.1	O ESTADO ATRAVÉS DO AGENTE PÚBLICO.....	11
1.2	SELEÇÕES PARA AGENTES PÚBLICOS AO LONGO DA HISTÓRIA.....	12
1.3	EVOLUÇÕES DO CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL.....	13
1.3.1	O concurso público na constituição de 1988	15
1.4	CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FONTES.....	17
1.5	PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO CONCURSO PÚBLICO.....	18
2	A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	19
2.1	A IDEIA DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	20
2.2	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	21
2.2.1	Direitos humanos fundamentais de 1ª dimensão	22
2.2.2	Direitos humanos fundamentais de 2ª dimensão	23
2.2.3	Direitos humanos fundamentais de 3ª dimensão	22
2.3	DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.....	24
3	CONCURSO PÚBLICO: PROCEDIMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
3.1	O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS COMO LIBERDADE POSITIVA.....	26
3.2	O CONCURSO PÚBLICO COMO PRINCÍPIO ESPECIAL.....	27
3.3	O CONCURSO PÚBLICO COMO PROCEDIMENTO ESPECIAL.....	28
3.4	AMEAÇAS AO CONCURSO PÚBLICO.....	29
	CONCLUSÃO	31
	REFERÊNCIAS	33

INTRODUÇÃO

O Estado é uma noção abstrata que, para poder existir no mundo real, necessita de pessoas, agentes públicos, para atuarem em seu nome e assim poder desenvolver as atividades de sua competência visando a promoção do bem comum.

Nos dias atuais, há um aumento significativo na oferta de vagas nos cargos públicos permanentes 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 prestarem concursos públicos em todo o Brasil. Todos, em maior ou menor proporção, acreditando na lisura e seriedade destes procedimentos, buscam o sonho desejado fazendo sacrifícios pessoais, de tempo e de dinheiro, para realizarem uma boa preparação visando à aprovação nos certames super concorridos.

Ocorre que, ao constatarmos este fenômeno, atual e disseminado em todo o país, que acaba por promover dignidade aos indivíduos, concretamente deflagrado após a Constituição de 1988, muitos desconhecem como este instrumento do Concurso Público evoluiu ao ponto de ser crucial para o fortalecimento da democracia brasileira, ao assegurar direitos fundamentais como os da igualdade a toda sociedade.

Assim, o presente estudo tem por objeto identificar e analisar o instituto do concurso público, entendido como uma conquista, como procedimento que efetiva o direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, aos cargos e empregos públicos permanentes no Brasil.

Realizaremos uma análise do tema utilizando uma abordagem do ordenamento jurídico, da doutrina e da jurisprudência, buscando identificar os alicerces que indiquem os embasamentos que fazem do concurso público um instituto eficiente para a efetivação dos direitos fundamentais.

Portanto, este estudo revela sua importância na medida em que procura identificar as razões que fazem do concurso público um instrumento eficaz para proporcionar ao Estado um meio de escolha dos seus agentes de maneira democrática. Homenageando, com esta análise, os esforços para evitar-se possíveis arbitrariedades dos administradores públicos.

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 e a doutrina referentes ao assunto, a fim de que, a partir dessas premissas gerais, chegue-se ao

entendimento prevalente a respeito da relação do concurso público com os direitos fundamentais.

A pesquisa será desenvolvida através da monografia de compilação, com o estudo exaustivo do tema, através de pesquisa bibliográfica, identificando as divergências e semelhanças de entendimentos entre os seus principais autores.

Desta forma, no primeiro capítulo tratar-se-á da evolução do concurso público, da importância do agente público, das formas de seleção existentes ao longo da história, da evolução constitucional do instituto no Brasil, seu conceito, sua natureza jurídica, suas fontes e seus princípios específicos.

No segundo capítulo, identificar-se-á a ideia conceitual de direitos humanos/fundamentais, sua evolução histórica, sua classificação em dimensões/gerações de direitos e sua inserção nos ordenamentos jurídico-formais, incluindo-se a nossa Constituição Federal de 1988, que por ter um caráter expansionista dos direitos ficou conhecida como a Constituição Cidadã.

No terceiro capítulo, por fim, proceder-se-á à análise do objeto geral deste estudo, fornecendo elementos hábeis ao reconhecimento, no sistema constitucional brasileiro, que o direito fundamental de concorrer, em condição de igualdade, aos cargos efetivos e empregos públicos, é melhor assegurado através do concurso público.

Identificamos ainda, expedientes que estão sendo empregados nas diversas esferas governamentais que se configuram como verdadeiras ameaças ao concurso público, uma vez que abrem espaço para a discricionariedade indiscriminada dos gestores para recrutar pessoas sem o devido respeito ao princípio fundamental da igualdade.

Este trabalho tem conteúdo educativo, orientador e informativo. Pretende provocar uma discussão em torno da problemática do concurso público como instrumento de democratização do acesso ao serviço público através de um processo seletivo aberto teoricamente a todos a partir de critérios estabelecidos. Destina-se aos estudiosos do direito, acadêmicos, candidatos e aprovados em concursos, bem como, aos gestores públicos.

1 A EVOLUÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO

O Estado, da forma como se encontra hoje, é uma criação do homem, consequência da organização de uma sociedade evoluída, sendo uma noção abstrata que, para poder existir no mundo real, necessita de pessoas, agentes públicos, para atuarem em seu nome para que possam ser desenvolvidas as atribuições inerentes a sua finalidade, qual seja, a busca do interesse público (AZAMBUJA, 2001, p. 108-109).

O interesse público é entendido como a procura do bem estar social, da promoção da justiça social. Este pensamento decorre das teorias contratualistas, as quais buscam explicar que o surgimento do Estado é consequência da necessidade dos homens, quando do estado de natureza, de possuírem uma organização que lhes garantissem segurança contra a condição de vulnerabilidade em que viviam. Seus principais teóricos foram Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau.

Para Hobbes, antes do Estado ninguém se sentia tranquilo tendo que viver no confronto, na insegurança. Havia o desejo de sair dessa vida de guerra, de todos contra todos, e de ter uma vida mais tranquila, sendo o único caminho a instituição de um poder comum, ou seja, um Estado forte, dotado de poder para obrigar os homens ao respeito. Haveria uma passagem do estado de natureza ao estado de sociedade através de um acordo de vontades (HOBBS, 1999, p. 141).

Rousseau, no entanto, acredita que o homem deveria redescobrir o estado natural, tornando-se um novo homem, num processo de reaprender, sem a necessidade de passagem para um estado novo. Em sua obra, o Contrato Social, considera que todo o sistema de legislação, deve conter dois objetivos fundamentais: a liberdade e a igualdade. Para ele, uma sociedade baseada nesses dois princípios sempre procurará o bem público (ROUSSEAU, 1974, p. 127).

Assim, para o Estado promover o bem comum buscando seus objetivos fundamentais de liberdade e igualdade é necessário um meio de seleção de pessoas para serem seus agentes públicos que corresponda a esses princípios. No decorrer da História muitas formas de recrutamento foram utilizadas mas nenhuma atente de maneira satisfatória a estes requisitos como faz o procedimento do concurso público, como poderemos observar mais adiante.

1.1 O ESTADO ATRAVÉS DO AGENTE PÚBLICO

Quando ocorreram 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 saberes do monarca. Prevalciam entre os súditos as ideias de que “o que agrada ao príncipe tem vigor de lei”, “o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”, ou ainda: “o rei não pode errar” (MELLO, 2010, p. 47).

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. A Declaração dos Direitos dos Homens marcou o fim do regime feudal e o início de uma nova era (BOBBIO, 2004, p. 123).

O Estado de Direito 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 (MELLO, 2010, p. 48).

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, pois, o agir e o querer do Estado em última instância é o agir e o querer das pessoas, dos agentes públicos que manifestam essas vontades através dos cargos que

ocupam (MELLO, 2010, p. 9).

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.

1.2 SELEÇÕES PARA AGENTES PÚBLICOS AO LONGO DA HISTÓRIA

Neste tópico apresentamos, de forma breve, os mais conhecidos meios de seleção aplicados no decorrer da História, pois, desde a Antiguidade os governos procuraram encontrar o melhor critério de seleção dos cidadãos que deveriam ocupar os cargos públicos (CRETELLA JUNIOR, 2006, p. 301).

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 (CRETELLA JUNIOR, 2006, p. 301).

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 JUNIOR 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 JUNIOR 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, p. 4-5).

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 (ROCHA, 2006, p. 49).

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).

Os europeus quando do contato com os chineses levaram esta cultura de seleção para a Europa. 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, p. 5).

O concurso público se sobressai porque não é aleatório como o sorteio; não comercializa o cargo, como o arrendamento, a compra e venda e a herança; e não escolhe o agente público por razões político-econômicas, como a livre nomeação e a eleição (GASPARINI, 2007, p. 6).

Este instituto “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 (CARVALHO FILHO, 2008, p. 597).

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 preenchem as condições mínimas ao exercício da função estatal.

1.3 EVOLUÇÕES DO CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL

Para podermos compreender, de forma lógica, o concurso público no Brasil faz-se

necessário o estudo de sua evolução constitucional. O instituto em si, será analisado mais adiante onde abordaremos seu conceito, suas fontes e seus princípios específicos.

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.

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

No Brasil Império, 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 (MAIA; QUEIROZ, p. 6-7).

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, a Carta Magna já contemplar o princípio da ampla acessibilidade entre as normas de direitos fundamentais: “Art. 179. [...] XIV. Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes” (MOTTA, 2010, p. 69).

Na 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 o texto constitucional, em seu artigo 73 que: “Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas” (MOTTA, 2010, p. 69).

A Constituição de 1934, considerada um marco para o instituto do concurso público, trazia dispositivo semelhante às anteriores, mas alojado em título próprio, intitulado Funcionários públicos e estabelecia em seu artigo Art. 168 que: “Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir” (MOTTA, 2010, p. 69).

Além de que comandava no art. 170, parágrafo 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”. O acesso através de concurso público foi alçado como princípio constitucional expreso, meio imparcial para o provimento de cargos públicos (MAIA; QUEIROZ, p. 8).

Posição confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº. 21.322, de 3-12-1992, onde afirmou que "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 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 de 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.

As Constituições de 1937 e de 1946 não inovaram na matéria, praticamente, reproduzindo o sistema anterior. Foi com a Carta de 1967 que se iniciou a sistemática mais próxima do regramento atual ao estabelecer, no art. 195, § 1º, a exigência de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para nomeação de cargo público: "A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos" (MOTTA, 2010, p. 69).

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, no art. 195, § 2º, a exceção aos cargos em comissão e declarados em lei de livre nomeação: "Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração". Este parágrafo foi inserido quando da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

1.3.1 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:

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. (BRASIL, 1988).

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 (CARVALHO FILHO, 2008, p. 598).

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” (STF, 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 (BRASIL, 1998).

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 à 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). Porém, cabe anotar que o inciso V, do art. 37, 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 (FORTINI; VIEIRA, 2010, p. 58).

Portanto, 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).

1.4 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FONTES

A definição do conceito de concurso público é encontrada em várias doutrinas, cada uma com diferentes enfoques que podem ser abordados sobre o instituto: procedimento técnico para o professor Meirelles (2010, p. 461-462); procedimento legal, por Moreira Neto (2005, p. 202-203); procedimento subjetivo, para Carvalho Filho (2008, p. 595-596); e procedimento especial, para Maia e Queiroz (2007, p. 15).

Portanto, a partir das observações dos estudiosos sobre o tema, podemos perceber a grande importância do instituto do concurso público como um procedimento: 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, impedindo assim casuísmos; subjetivo no sentido de poder aferir aptidões pessoas, capacidades intelectuais, físicas e psíquicas dos candidatos; e especial, na medida em que é um procedimento voltado a um determinado fim, o recrutamento de pessoas capacitadas para cargos e empregos públicos, com regras e princípios específicos. Consagrando assim, objetivos da administração pública como: moralidade, eficiência, impessoalidade e legalidade no serviço público.

A natureza jurídica do concurso público é de um procedimento administrativo externo, ampliativo e de índole concorrencial (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 23).

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

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 ao pessoal é matéria inerente a autonomia assegurada a cada ente da federação (FORTINI; VIEIRA, 2010, p. 58).

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.

1.5 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO CONCURSO PÚBLICO

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 de acordo com Maia e Queiroz (2007, p. 23):

- a) 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. Este princípio guarda relação íntima com o princípio básico da legalidade, pois, informa que a seleção é uma obrigação e não uma faculdade;
- b) 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; VICENTE, 2007, p. 201);
- c) 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 (GASPARINI, 2003, p. 405);
- d) 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. 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 (MEIRELLES, 2010, p. 464).

A presente análise buscou adquirir o conhecimento sobre o concurso público. Procuramos analisar neste capítulo as diversas feições do instituto que se apresenta como o mais eficaz na escolha de pessoas para determinadas atividades, garantindo uma forma mais eficiente e justa de acesso aos cargos públicos.

O concurso público atende a uma necessidade criada pela a Constituição Federal de 1988 que ao ampliar os direitos fundamentais a sociedade, especificamente, o direito fundamental de possibilidade de acesso a seus quadros por qualquer cidadão que tenha os pré-requisitos para o cargo, que o façam através de um procedimento que garanta a concorrência em condições de igualdade e a eficiência na Administração Pública.

2 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo utilizaremos a expressão “direitos humanos fundamentais” como gênero dos direitos próprios aos seres humanos, dos quais são espécies os direitos humanos e os direitos fundamentais.

O estudo dos direitos humanos fundamentais é um tema extraordinário e abrangente que, facilmente, justificaria a produção de uma obra inteira ou de diversas monografias.

Contudo, nesse estudo o objetivo é mais modesto e, por isso, apresentaremos apenas os principais marcos históricos que geraram o surgimento de tais direitos e analisaremos o tema utilizando-se da classificação acadêmica em gerações/dimensões¹ na medida que foram sendo construídas ao longo dos tempos através de lutas por novas liberdades contra velhos poderes (BOBBIO, 2004, p. 25).

Realizamos o estudo através de um “corte histórico” no seu desenvolvimento em dois períodos distintos. Um primeiro que antecede a Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, marcado por uma “relativa cegueira” em relação aos direitos humanos fundamentais (CANOTILHO, 2006, p. 380).

O segundo período, posterior a essas declarações, considerado a origem aos direitos fundamentais e o conseqüente fenômeno da constitucionalização e irradiação desses direitos pelos países, seu reconhecimento internacional e, por fim, seu reconhecimento no Brasil.

¹ Existe uma corrente dominante que prefere a classificação dos direitos humanos em dimensões por entenderem que assim não passam a ideia de que uma dimensão se sobrepõem a anterior, mas que se complementam e ampliam-se. Utilizaremos neste estudo dimensões e gerações de direitos como sinônimos.

2.1 A IDEIA DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A definição do conceito dos direitos humanos fundamentais não é uma tarefa fácil, pois, trata-se de um termo que possui vários significados que variam de acordo com a época, cultura e valores de cada sociedade. No entanto, podemos encontrar no direito, na sociologia e na filosofia diversos entendimentos que remetem à noção de direitos humanos fundamentais como o respeito a pessoa humana, a sua integridade física e a sua dignidade. Direitos como à vida, à liberdade, à segurança, a igualdade e à propriedade (EUFRÁSIO, 2005, p. 51).

Esses direitos passaram por diferentes etapas históricas até serem reconhecidos como imprescindíveis universalmente, consagrados como garantias de todos indistintamente.

No âmbito internacional são reconhecidos como “Direitos Humanos” e, quando recepcionados formalmente no ordenamento jurídico interno de cada país recebem, geralmente, a denominação de “Direitos Fundamentais”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, outorgada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, proclamou o princípio da dignidade da pessoa humana em seu artigo primeiro que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos.”

O princípio entende o homem como espécie, onde cada ser tem sua individualidade, é insubstituível, não tem equivalente e não pode ser trocado por coisa alguma. O ser humano é o único ser capaz realizar suas ações de maneira livre e racional. O ser humano “é, sobretudo, o único ser cuja existência, em si mesma, constitui um valor absoluto, isto é, um fim em si e nunca um meio para a consecução de outros fins.” (COMPARATO, 2005, p. 60).

Podemos observar que nossa Constituição Federal recepcionou a dignidade da pessoa humana ao afirmar que este princípio é um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III), bem como, em seu art. 5º, caput, ao disciplinar que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País [...]” (BRASIL, 1988).

Logo, podemos perceber que, a proteção à dignidade da pessoa humana representa o fundamento irradiador dos demais princípios e direitos fundamentais. Tanto na esfera internacional quanto no ordenamento jurídico interno dos países, incluindo, o brasileiro.

Assim, os direitos humanos fundamentais são o conjunto de valores e normas que visam assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, sua vida, sua liberdade, sua igualdade, dentre outros direitos, além das garantias que lhes deem efetividade.

2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A construção dos direitos humanos fundamentais se faz através de um processo histórico, com transformações estruturais, sendo as garantias convencionadas em normas escritas, declarações, constituições e leis, um passo significativo na consolidação e proteção destes direitos essenciais.

Assim, apresentamos, neste tópico, de forma breve, os acontecimentos históricos considerados mais relevantes para a formação inaugural dos direitos humanos fundamentais no decorrer da História.

Para alguns autores, a origem dos direitos humanos fundamentais pode ser encontrada na Antiguidade, pois, já haveria a presença de alguns mecanismos de proteção individual em face do Estado (FRANCO, 2010, p. 192). Para outros não há como permitir a ideia desses direitos diante da escravidão (CANOTILHO, 2006, p. 380-381). Bem como, na Grécia e em Roma não havia a ideia de Estado e de direito público no sentido moderno (DIMOULIS, 2007, p. 127).

Para os primeiros, as ideias iniciais dos direitos humanos podem ser identificadas desde o antigo Egito, durante o terceiro milênio a.C., passando pela Mesopotâmia (1690 a.C), com o Código de Hamurabi, que foi a primeira codificação a consagrar direitos comuns. Na Índia houve a influência filosófico-religiosa das ideias de Buda (500 a.C.) e na Grécia surgiu um modelo mais próximo do atual através da participação política dos cidadãos, democracia direta de Péricles (FERREIRA FILHO, 2008, p. 9). Enfim no Direito Romano, com as Leis das Doze Tábuas (MORAES, 1998, p. 25).

Na Idade média, ocorreu a supremacia de dogmas religiosos que acabaram de fomentar a teoria do direito divino, em que o poder dos reis era sagrado e dado por Deus. Entretanto, a partir do século XVII, desenvolve-se o jusnaturalismo, com a ideia, de que o Estado é o resultado de uma convenção dos indivíduos, que manifestam suas vontades de forma racional (DORNELLES, 1989, p. 18).

Assim, a razão passa a ser o fundamento dos direitos e não o poder divino. Este pensamento fez surgir a teoria do estado natural do homem (Hobbes), da liberdade natural do ser humano (John Locke) e mais adiante o conceito de pacto social, que seria a verdadeira origem do Estado, o qual seria o responsável por garantir direitos elementares (Rousseau). Teorias que são explicitadas nas declarações de direitos a partir do século XVIII, na Europa e na América, com características reformadoras de cunho republicano, democrático e burguês.

Ideias que são o fomento para a deflagração das revoluções que se seguiram.

Nesse sentido, os direitos humanos serão investigados mais adiante, a partir deste cenário, com o enfoque nas gerações/dimensões de direitos, pois, segundo entendimento dominante, é a partir deste ponto que surgem os contornos teóricos que definem os direitos humanos fundamentais como entendemos atualmente.

Seguiremos a classificação dos direitos humanos fundamentais em quatro categorias: 1ª dimensão/geração (séculos XVIII e XIX) direitos civis e políticos; 2ª dimensão/geração (século XX) direitos sociais, econômicos e culturais; 3ª dimensão/geração (século XX) direitos dos povos e da solidariedade. Além dos novos direitos, representados pela 4ª Geração de Direitos Humanos (Século XX e XXI) que trata da preservação da biosfera, da ecologia e das gerações futuras que ainda não nasceram.

2.2.1 Direitos humanos fundamentais de 1ª dimensão

O modelo jusnaturalista moderno afirmou que o indivíduo tem direitos naturais que são anteriores a formação do Estado. São os direitos à vida, à propriedade, à liberdade, à segurança e à igualdade, pois, são da condição primitiva do homem. O Estado, formado pelo pacto social, deve proteger e garantir a efetiva realização destes direitos, os quais foram batizados como direitos civis e políticos (EUFRÁSIO, 2005, p. 63-64).

A Declaração de Virgínia (1776) e a Declaração Francesa (1789) são marcos históricos na afirmação desses direitos e são declarações de direitos humanos de primeira geração, pois, são fundamentadas no contratualismo de inspiração individualista (LAFER, 1988, p. 126).

Note-se que as Constituições Americana (1787) e Francesa (1791) são posteriores a essas declarações. Primeiro vieram documentos escritos declarando direitos, o que representaria o pacto social, com os direitos naturais e seus limites. Em um segundo momento, formalizaram-se documentos (Constituições) com as garantias desses direitos, o pacto político. Somente mais adiante, na era do constitucionalismo, por economia de tempo e trabalho, que se passou a estabelecer, num mesmo documento, a Declaração de Direitos e a Constituição (FERREIRA FILHO, 2008, p. 5-6).

Portanto, os direitos humanos de 1ª geração têm como fundamento os direitos individuais, ou seja, os direitos à liberdade, à propriedade e à segurança. Esses direitos são

inerentes à condição humana e necessitam de uma proteção jurídica para que sejam respeitados e reconhecidos na sociedade.

2.2.2 Direitos humanos fundamentais de 2ª dimensão

A partir do século XIX, surgiram lutas e esforços para que fossem alcançados direitos coletivos frente às condições degradantes impostas a população mais pobre, principalmente a classe trabalhadora, pela nova realidade trazida pela Revolução Industrial.

Foram elaboradas teorias socialistas em resposta a essa situação, tendo, como principais expoentes, Karl Marx e Friedrich Engels, cujas ideias foram a base para a revolução comunista na Rússia em 1918 (EUFRÁSIO, 2005, p. 67-68).

Todavia, as primeiras Constituições a adotá-los foram a do México (1917), após a revolução zapatista, e a da Alemanha (1919), com o texto constitucional de Weimar.

Os direitos de 2ª geração nasceram como reivindicações dos desprivilegiados a direitos coletivos, tais como: direito ao trabalho; a organização sindical; a previdência social, à greve; à saúde; à educação, à remuneração digna, a férias; a estabilidade no emprego; a segurança no trabalho; a serviços de atendimento público, a moradia, à cultura, ao lazer etc.

Para a eficácia destes direitos é exigido do Estado uma atuação ativa para sua promoção. Enquanto os direitos de primeira dimensão, basicamente, tratavam-se do Estado respeitá-los, os de segunda dimensão exigem que o Estado os promovam.

Os titulares desses direitos continuam sendo, como nos direitos de primeira dimensão, o homem na sua individualidade, pois, todos os indivíduos têm o direito de participar de uma sociedade justa. São direitos de crédito do indivíduo com a sociedade (LAFER, 1988, p.127).

2.2.3 Direitos humanos fundamentais de 3ª dimensão

Após os direitos individuais (revoluções burguesas) e dos direitos coletivos (após a Revolução Industrial), a evolução dos direitos humanos passou para a afirmação dos direitos de 3ª geração. Estes versam sobre valores individuais e coletivos de caráter Universal, de interesse de toda humanidade.

Os direitos de 3ª dimensão foram formulados após o término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), quando foi constatado que somente em um contexto de paz se torna possível o exercício das liberdades e direitos considerados fundamentais (DORNELLES, 1989, p. 35-36).

Foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) e proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), documento que teve papel preponderante para consagração dos novos direitos de solidariedade, tais como: o desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, a solidariedade entre os povos.

Além das três gerações de direitos anteriormente mencionadas, há doutrinadores que sugerem que alguns novos direitos sejam classificados em uma nova quarta ou, até, em uma quinta dimensão.

A 4ª dimensão de direitos humanos, trata dos direitos das gerações futuras, direitos decorrentes da engenharia genética, tecnológicos, informação, etc.

A quinta dimensão, diz respeito a Paz e, tem como principal defensor o professor Paulo Bonavidez. Esta dimensão não está com aceitação uniforme, pois, entendem alguns autores que este direito já estaria contemplado na terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais.

2.3 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Os direitos humanos fundamentais no Brasil estão intimamente ligados à história das Constituições brasileiras, caracterizadas por avanços e retrocessos.

Observa-se que desde a primeira Constituição de 1824, já havia uma preocupação com a inviolabilidade dos direitos fundamentais, elencando direitos civis e políticos, semelhante aos encontrados nas Constituições dos Estados Unidos e da França (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 36).

Os direitos fundamentais estiveram presentes nas Cartas que se seguiram, incorporando os direitos das demais dimensões, vezes com maior efetividade e por outras sofrendo restrições.

Finalmente, após a luta do povo brasileiro pelo fim da ditadura militar e pela volta da Democracia, com a Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, uma das mais avançadas do mundo neste sentido, é que pode se falar, realmente, em efetiva proteção aos direitos fundamentais no Brasil (CASTRO, 2013).

Foi a primeira vez que uma Constituição brasileira especificou os objetivos fundamentais do Estado brasileiro que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social, e cultural a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana (SILVA, 1997, p. 93).

A Constituição brasileira ao garantir os direitos fundamentais e suas prerrogativas o faz ao longo de todo o texto constitucional e, por isso, deve ser interpretada através de um conceito materialmente aberto. Os direitos fundamentais existem, mesmo que formalmente fora do local do texto definidor como dos direitos fundamentais, por que são decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição (art. 5º, § 2º) (SARLET, 2003, p. 86).

A partir do estabelecimento das normas constitucionais que tutelam os direitos humanos fundamentais em nossa sociedade, o povo brasileiro pode exigir o efetivo cumprimento destes direitos e das suas garantias fundamentais em suas respectivas dimensões (direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, solidários, ecológicos etc), pois, o seu desrespeito implica em afronta ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, este modelo de Estado precisa se sobrepor através do processo de participação da sociedade civil, juntamente com os poderes públicos constituídos, para garantir as condições necessárias ao desenvolvimento da democracia e da promoção da dignidade humana.

3 CONCURSO PÚBLICO: PROCEDIMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os sistemas democráticos têm a característica de formular promessas para as suas respectivas sociedades. O respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana com todos os direitos e garantias fundamentais inerentes esta condição torna-se compromisso e dever do Estado e devem, efetivamente, serem viabilizados (BOBBIO, 1986, p. 22).

Os Estados têm obrigação de criar condições viáveis, através de seu ordenamento jurídico e de sua organização estatal, que deem efetividade a suas promessas de modo que

elas possam ser refletidas.

No presente, estudamos a promessa, a obrigação do Estado em garantir o direito fundamental de acesso aos cargos públicos de forma igualitária a seus indivíduos.

Nesse sentido, o concurso público se mostra o meio mais racional, justo e eficaz de se alcançar este objeto.

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS COMO LIBERDADE POSITIVA

Atualmente, a relevância da concretização dos direitos fundamentais cresce consideravelmente em razão de uma mudança de enfoque.

No início, no Estado de Direito, originado do Estado Liberal, os direitos fundamentais tinham características negativista e subjetiva, onde buscava-se limitar a atuação do Estado para garantir a liberdade individual.

Posteriormente, com o advento do Estado Social, os direitos fundamentais deixam de ser limites negativos ao exercício do poder político para direcionarem e condicionarem as ações positivas do Estado, passando a incidir, inclusive, nas relações entre particulares (ANDRADE, 2006, p. 45).

Os direitos fundamentais agora têm uma dupla dimensão: no plano jurídico-objetivo, constituindo normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo as interferências destes na esfera jurídica individual; e no plano jurídico-subjetivo, consistindo no poder de exercer positivamente direitos (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões a direitos por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2006, p. 408).

Outra observação que deve-se ter em conta diz respeito a eficácia desses direitos. Enquanto os de liberdade negativa não exigiam maiores ações por parte do Estado, pois, basicamente bastava o respeito, a não interferência nas liberdades individuais, os de liberdade positiva, por sua vez, exigem ações efetivas do Estado para que surtam seus efeitos.

Podemos observar que para dar efetividade ao princípio da igualdade (art. 5º, caput) na escolha dos indivíduos que farão parte da Administração do Estado é necessário que este promova um meio de fazê-lo com critérios balizados na principiologia fundamental constitucional.

Assim, como já abordado em capítulo anterior, as experiências históricas apontam para o procedimento do concurso público (CF/88, art. 37, II) como o meio mais adequado para a realização da tarefa de recrutamento de pessoal para compor a Administração Pública pois, é baseado nos princípios fundamentais insculpidos na nossa Constituição Federal.

3.2 O CONCURSO PÚBLICO COMO PRINCÍPIO ESPECIAL

O Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito pautado pela centralidade da Constituição e por sua força normativa.

Neste sistema constitucional de princípios e regras, há um escalonamento das normas constitucionais, levando-se em conta os diferentes graus de concretização ou densidade normativa existentes entre eles (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 20-21).

Primeiro, os princípios estruturantes, que são constitutivos e indicativos das ideias básicas de toda a ordem constitucional. Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, densificam-se ou concretizam-se ainda mais pelos princípios constitucionais especiais (CANOTILHO, 1992, p. 180-182).

Assim, contidos na Constituição estão os princípios estruturantes, os princípios constitucionais gerais, os princípios constitucionais especiais, além das regras constitucionais. Este conjunto forma um sistema interno constitucional.

Veja-se que o postulado fundamental do Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º) é um princípio constitucional estruturante. Este é densificado pelo princípio da igualdade (art. 5º, caput), que ostenta o status de princípio constitucional geral. Por sua vez, é concretizado pelo princípio constitucional especial do concurso público (CF/88, art. 37, II). Realmente, “pelo concurso concretiza-se o princípio da igualdade” (GASPARINI, 2003, p. 160).

Portanto, é necessário garantir a eficácia do direito fundamental à acessibilidade aos cargos e empregos públicos através do concurso público, de modo que essa norma não seja esvaziada em seus efeitos para benefício dos detentores do poder.

3.3 O CONCURSO PÚBLICO COMO PROCEDIMENTO ESPECIAL

O direito fundamental, que se efetivará com a realização do procedimento administrativo denominado concurso público, é derivado do direito fundamental à igualdade, pois tem a função de impedir a discriminação injustificada dos cidadãos aptos à disputa de cargos e empregos públicos (MOTA, 2010, p. 73).

Como visto, o enfoque na relação de liberdade objetiva deste direito, impõe reconhecer a existência de um direito fundamental à organização e ao procedimento, pois para poder cumprir sua função, direitos fundamentais requerem, regulações de organização e de procedimento. Criá-las é tarefa do Estado que não pode restringir-se a normatizações materiais (HESSE, 1998, p. 288).

Utiliza-se a expressão direito fundamental à organização e ao procedimento para nomear todos aqueles direitos fundamentais que dependem, para a sua realização, de ações estatais como a criação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a efetivação de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa) (MENDES, 2004, p. 8).

Assim, o cumprimento do dever de proteger a sociedade de ingerências na Administração Pública, dos particulares e de outros Estados, pode exigir a criação de organizações estatais e também de procedimentos.

Para alcançar a eficácia desejada, o direito fundamental em análise precisa de organização jurídica das condições, meios e procedimentos aptos a realizá-los. Dessa forma, fica clara a importância do concurso público, enquanto procedimento administrativo indispensável à eficácia do direito fundamental de disputar, em igualdade de condições, os cargos e empregos públicos. (MOTA, 2010, p. 74).

O concurso público é o procedimento de operacionalização do direito fundamental de livre acesso aos cargos e empregos públicos.

O direito fundamental estabelece não somente um direito objetivo de se disputar certames, mas determina a existência de um dever público de realizá-los, de forma isonômica, sempre que o interesse público o exigir.

3.4 AMEAÇAS AO CONCURSO PÚBLICO

A coletividade é sempre a derrotada quando os institutos democráticos, como o concurso público, são enfraquecidos e desvirtuados de suas finalidades.

O concurso público gozou de grande prestígio quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 mas começou a entrar em declínio na década de 1990, encontrando-se em trajetória descendente até os dias de hoje (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 58).

Ao longo deste período, vários mecanismos e expedientes foram positivados mediante atos legislativos que visam iludir o princípio constitucional consignado no art. 37, II, da Lei Maior.

A prática de apadrinhamento e favoritismo na admissão de pessoal no serviço público brasileiro restabelece-se, através da condução política, administrativa e eleitoral, em detrimento dos princípios fundamentais da moralidade administrativa e da isonomia constitucional.

Destacam-se, entre tais expedientes, as terceirizações, as contratações temporárias fraudulentas, a nomeação para cargos em comissão que não se destinam às “atribuições de direção, chefia e assessoramento” (CF/88, art. 37, V, *in fine*), as contratações decorrentes de contrato de gestão, convênios, termos de parcerias e outros vínculos jurídicos com as organizações sociais, entidades de apoio e demais entidades paraestatais, entre outras formas de parcerias.

O expediente mais grave contra o concurso público consiste na aplicação fraudulenta do instituto da contratação temporária previsto no art. 37, IX, da CF/88. A utilização deste instituto pelo Poder Público está tão sistemática que a sua eficácia destrutiva já está comprovada, pois, o país vem substituindo paulatinamente o concurso público pelo processo de seleção pública (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 59).

O professor Celso Antônio Bandeira de Melo criticando o abuso desta forma de contratação anotou o seguinte:

[...] os contratos para as atividades desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia – SIVAN e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM podem ser prorrogados até completarem o período total de oito anos. **Haja temporariedade nisto!**. (MELO, 2002, p. 254). (Grifos nosso).

Podemos observar, ainda com maior clareza, a utilização indiscriminada da contratação temporária quando ocorrem as trocas de governos, principalmente, nos entes estaduais e municipais, quando verdadeiras multidões de indivíduos são demitidas e outros assumem essas vagas, todos através do contrato temporário. Verdadeiras trocas de pessoas por questões, eminentemente, político-partidárias de interesse do gestor de plantão.

Vimos que a regra para a acessibilidade na Administração Pública é a realização de concurso público e que a Constituição previu, excepcionalmente, algumas formas de sua dispensa, como é o caso da contratação temporária, porém, para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público e não para realizar aparelhamento da máquina estatal com possíveis interesses escusos.

Enfraquecer o instituto do concurso público e demais mecanismos moralizadores, no afã de escapar das restrições do regime publicístico, é uma forma ilegítima e injurídica, de se fazer as vezes do Estado Constitucional, única e verdadeira forma de organização soberana autorizada pelo nosso ordenamento jurídico nacional.

CONCLUSÃO

Inicialmente, constatamos que o agente público é indispensável para que o Estado, organismo formulado para promover a justiça social, possa exercer suas atividades no mundo real, e que o concurso público é o melhor meio de seleção frente às exigências dos princípios surgidos com a instalação do Estado Democrático 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 especial constitucional, garantia 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, todos em sintonia com os direitos humanos fundamentais, 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 dos Direitos Humanos Fundamentais comprovamos que o instituto do concurso público está em conformidade com todos os seus princípios, e que os atos praticados por gestores públicos devem obedecer ao dispositivo concorrencial, sob pena de responsabilização pelas infrações cometidas.

Podemos observar que os direitos humanos evoluíram historicamente através de conquistas paulatinas. Desde a idade antiga, onde podemos encontrar sinalizações remotas de sua presença, até seus marcos maiores. As declarações de Virgínia de 1776 e Francesa de 1789 forjaram o início dos direitos fundamentais de primeira dimensão/geração, direitos de caráter individuais, de proteção frente ao poder do Estado. Depois, as constituições. do México (1917), após a revolução zapatista, e da Alemanha (1919), com o texto constitucional de Weimar, abriram caminho para o fortalecimento da segunda dimensão dos direitos humanos, os direitos sociais, que exigem do Estado ações que garantam direitos a coletividade. Após o término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), constatou-se que

somente em um contexto de paz se tornaria possível o exercício das liberdades e direitos considerados fundamentais surgindo os direitos de terceira dimensão, os quais versam sobre valores individuais e coletivos de caráter Universal, de interesse de toda humanidade.

Devemos ter o cuidado, a atenção, aos expedientes que possam desvirtuar as aplicações dos direitos humanos fundamentais, pois, não é raro ocorrerem retrocessos nas suas positivações. É necessário a implantação de instrumentos que efetivem, garantam os direitos já conquistados e, o concurso público está inserido como uma dessas garantias.

Vimos que os sistemas democráticos têm a característica de formular promessas para as suas respectivas sociedades, sendo o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana, com todos os direitos e garantias fundamentais inerentes a esta condição, uma das mais importantes. Promessa esta que é compromisso e dever do Estado.

Demonstramos, ainda, a grande importância da efetivação do concurso público através da constatação da evolução da concepção de liberdades negativas para liberdades positivas dos princípios fundamentais, com o Estado passando a ser obrigado a promover a organização e a criação das estruturas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais. Bem como, analisamos a classificação constitucional interna que consiste em que os princípios estruturantes são densificados pelos princípios gerais e, estes, por princípios especiais, como o princípio especial do concurso público.

Assim, o Estado é o responsável maior pela implementação de condições jurídico-institucionais que propiciem a efetividade dos direitos fundamentais, mais especificamente, o direito de livre acesso aos cargos públicos de caráter efetivos através do melhor procedimento para escolha dos melhores indivíduos.

Por fim, ao término do trabalho, chegamos a confirmação da grande importância que deve ser conferida ao concurso público, haja vista, tratar-se de um instrumento harmônico com os princípios humanos fundamentais, fortalecedor do Estado Democrático de Direito, na medida que visa protegê-lo e auxiliá-lo na busca do seu objetivo maior, que corresponde ao bem estar social, a promoção da justiça social, através do primado da igualdade.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2006.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 42. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3 ed. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.
- _____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília - DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.
- _____. Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 04 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 14 jul. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTRO, Marcela Baudel de. A proteção aos direitos humanos no direito brasileiro. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 18, n. 3679, jul., 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24138>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. Editora Brasiliense. São Paulo: 1989.

EUFRÁSIO, Marcelo Alves Pereira. **Direitos humanos e abuso sexual intrafamiliar: o Programa Sentinela como instrumento de conquista da cidadania**. 1997. 51f. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar em Ciência da Sociedade). Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

FRANCO, Alberto de Magalhães Filho. A proto-história dos direitos humanos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 7, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Concurso público: imposição constitucional e operacionalização** In: MOTTA, Fabrício (Coord.). Concurso público e constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do brasil, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

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

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social (princípio de direito político)**. Trad. de Antônio de P. Machado. São Paulo: 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.