

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

MARIA JOSÉ BARBOSA LIMEIRA CAMPOS

**DIREITO A NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO:
EXPECTATIVA DE DIREITO OU DIREITO ADQUIRIDO?**

Campina Grande - PB

2012

MARIA JOSÉ BARBOSA LIMEIRA CAMPOS

**DIREITO A NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO:
EXPECTATIVA DE DIREITO OU DIREITO ADQUIRIDO?**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado a Coordenação do Curso de Direito do Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador: Prof.^a Renata Sobral

Campina Grande – PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

C198d

Campos, Maria José Barbosa Limeira.

Direito a nomeação dos aprovados em concurso público: expectativa de direito
direito adquirido? / Maria José Barbosa Limeira Campos. – Campina Grande, 2012.
55 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Cen
de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientadora: Profa. Ma. Renata Sobral.

1. Direito Administrativo. 2. Concurso Público – Nomeação. 3. Concurso
Público – Direito Adquirido. I. Título.

CDU 342(04

MARIA JOSÉ BARBOSA LIMEIRA CAMPOS

**DIREITO A NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO:
EXPECTATIVA DE DIREITO OU DIREITO ADQUIRIDO?**

APROVADO EM _____ DE _____ DE _____.

BANCA EXAMINADORA

R4350prol

Prof.^a. Esp. Renata Sobral
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
Presidente – Orientador

Rodrigo Araújo Reul

Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
1º Examinador

Vyrna Lopes Torres

Prof.^a. Esp. Vyrna Lopes Torres
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
2º Examinador

Maria do Carmo de Carvalho Melo

Prof.^a. ~~Melo~~ Maria do Carmo Carvalho Melo
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
3º Examinador

Aos meus pais, pela educação e valores que me passaram e por toda ajuda que me deram dentro das suas possibilidades para a realização desse Sonho. A meu esposo, Daniel Campos, por sua contribuição a mim dada e por ser tão especial comigo e a nossa filha, Amanda Campos, que está a caminho para colher junto conosco frutos dessa vitória.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vitória ao final dessa caminhada, e por ter permitido a realização desse sonho, que não pertence só a mim, mas á várias pessoas que tiveram comigo de mãos dadas, enfrentando e superando durante esses cinco anos todas as dificuldades encontradas.

A meus amados pais, Anchieta e Lindalva, exemplos de fé, garra e perseverança, e à minha querida irmã Raqueliana, por terem entendido e ajudado quando possível, nos momentos nos quais tive que me ausentar para me dedicar ao curso e ao crescimento pessoal.

A David Coqueiro, sua esposa Aleksandra Freitas, que sem dúvida foram as pessoas que mais contribuíram com essa vitória, pessoas especiais que me deram oportunidade e condições, desde a prestação do vestibular até este momento de conclusão. E a seus dois filhos, minha querida e amada Mariana Coqueiro e ao meu afilhado Rafael Coqueiro, pelo amor que nos une.

A minha Professora de Direito Administrativo Marília, profissional exemplar, de reconhecida competência na área jurídica, que construiu uma carreira sólida, pautada em valores éticos, pela segurança e conhecimento a mim repassados e pelo auxílio incondicional na elaboração desse estudo científico.

A minha professora e orientadora Renata Sobral, por toda colaboração e apoio essenciais para elaboração deste trabalho.

Ao meu esposo Daniel Campos, por ter me compreendido sempre, inclusive nas angústias vividas por mim no decorrer desta monografia e sua colaboração no decorrer do curso, vividos dia a dia em sala de aula.

Aos meus queridos colegas de classe, em especial a Clécia Almeida, Ana Karla e Edilza Cavalcante, pessoas que levarei comigo através da amizade que foi construída.

A todos os professores que lecionaram para mim, por terem contribuído para a minha formação profissional.

E, por fim, a todos que, de alguma forma, prestaram auxílio a mim ao longo do curso ou ao longo da minha vida.

“A leitura é uma fonte inesgotável de prazer, mas por incrível que pareça, a quase totalidade, não sente esta sede”. Carlos Drummond de Andrade.

RESUMO

A monografia tem como tema principal o estudo do direito a nomeação do aprovado em concurso público: expectativa de direito ou direito adquirido? No cenário atual este tema causa extensa discussão, por ser o concurso público o meio utilizado para investidura em cargo, emprego ou função pública, para quem almeja um bom salário e a desejada estabilidade profissional. Inicialmente será analisado o conceito de concurso público e as implicações jurídicas advindas da não observância da regra constitucional da obrigatoriedade de realização de processo seletivo impessoal de agentes públicos. Em seguida, analisa-se a importância dos princípios que são a base do direito e devem também ser observados em todo e qualquer ato administrativo, haja vista que, a infringência aos mesmos pode gerar nulidade do ato. E por fim, verifica-se a visão doutrinária e jurisprudencial, demonstrando as decisões tradicionalmente reconhecidas que já caíram em desuso em confronto com entendimentos atuais e diferentes, com objetivo de tornar o tema mais familiar e demonstrar o verdadeiro direito dos candidatos que obtiveram a aprovação no certame público dentro do número de vagas previsto no edital de abertura. A metodologia utilizada na presente pesquisa foi quanto ao objeto, bibliográfica e documental através da consulta de livros doutrinários e sites jurídicos, bem como leis infraconstitucionais, sendo assim um trabalho exploratório que visa maior familiaridade com o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público. Nomeação. Expectativa. Direito Adquirido. Direito Administrativo.

ABSTRACT

The monograph has as its main theme the study of law in the appointment of the approved tender: expectation of rights or acquired right? In the current scenario this theme cause extensive discussion, the public tender for being the medium used for investiture in office, employment or public office, who craves a good salary and desired professional stability. Initially, will be an analysis of the concept tender and the legal implications, arising from the non-observance of the constitutional rules to carry out the selection process impersonal public official obligation. Then we analyze the importance of the principles that are the basis of law and should also be observed in any administrative act, given that the infraction can generate the same nullity of the act. And finally, there is the doctrinal and jurisprudential vision, demonstrating the traditionally recognized that decisions have already fallen into disuse in comparison with current understandings and different, aiming to make the theme more familiar and demonstrate the true right of the candidates who have obtained approval on public exhibition in the number of places, provided in the tender opening. The methodology used in this study was about the object, bibliographic and documents by consulting doctrinal books and legal sites, as well as infra-laws, so an exploratory work that seeks greater familiarity with the subject.

KEYWORDS: Tender. Appointment. Expectation. Acquired right. Administrative Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONCURSO PÚBLICO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
2.1 CONCEITO DE CONCURSO PÚBLICO E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DE SUA INOBSERVÂNCIA	13
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICO - CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO	18
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	22
4.1 CONCEITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-ADMINISTRATIVOS	23
4.1.1 Princípio da Legalidade	23
4.1.2 Princípio da Impessoalidade	24
4.1.3 Princípio da Moralidade	26
4.1.4 Princípio da Publicidade	26
4.1.5 Princípio da Eficiência	27
4.2 PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS RECONHECIDOS	28
4.2.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público	28
4.2.2 Princípio da Autotutela	29
4.2.3 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos	31
4.2.4 Princípio da Segurança Jurídica	32
4.2.5 Princípio da Proporcionalidade	32
4.2.6 Princípio da Obrigatória de Motivação	33
4.2.7 Princípio da Razoabilidade	34
4.2.8 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público	35
4.2.9 Princípio da Finalidade	36
4.3 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS REFERENTES AO CONCURSO PÚBLICO	37

4.3.1 Princípio da Obrigatoriedade de Realização de Concurso Público.....	37
4.3.2 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório (edital)	38
4.3.3 Princípio da Isonomia	39
4.3.4 Princípio Proibitivo da Quebra de Ordem de Classificação	40
5 DIREITO A NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO: EXPECTATIVA DE DIREITO OU DIREITO ADQUIRIDO?	41
5.1 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	41
5.2 ENTENDIMENTO TRADICIONAL	42
5.3 POSICIONAMENTO ATUAL DA DOCTRINA E JURISPRUDENCIA	44
METODOLOGIA	50
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a análise dos principais direitos que o candidato aprovado em concurso público possui visto à luz da Constituição Federal de 1988.

Em primeiro lugar, buscaremos estudar a importância do concurso público para assegurar que a Administração Pública atue pautada nos princípios da isonomia e da eficiência, na medida em que apenas os mais preparados serão selecionados para ocupar os cargos públicos.

O acesso aos cargos e empregos públicos é permitido a todos os brasileiros que preencham os requisitos legais, bem como aos estrangeiros na forma da lei, sendo realizado através do processo seletivo impessoal dos agentes públicos que pode ser de provas ou de provas e títulos, mede-se o conhecimento e experiência, constituindo-se como a forma mais isonômica de escolha dentre os candidatos que almejam a um posto nos quadros da Administração.

Destacaremos, ainda, a exigência do processo seletivo impessoal dos agentes públicos corrobora, ao mesmo tempo, com os ideais de moralidade e igualdade, na medida em que os participantes disputarão as vagas em condições iguais, efetivando o tratamento igualitário que deve ser dado aos concursados.

Melhor meio de seleção para o serviço público que o concurso não há, uma vez que permite que a escolha de pessoas mais capazes e eficientes, selecionadas da forma mais igualitária e democrática possível, garantindo a supremacia do interesse coletivo e retirando a imagem de que o funcionalismo público está repleto de pessoas incompetentes e preguiçosas.

Desenvolvemos o estudo do tema proposto a partir da reflexão do conceito de concurso público e dos direitos que os candidatos aprovados no certame têm. Refletimos sobre a importância do concurso público e sua abordagem constitucional, além de discorrermos sobre os princípios específicos inerentes ao certame e, por fim, analisamos os direitos decorrentes da aprovação em concursos públicos.

O estudo proposto se dividirá em três capítulos. O primeiro abordará o conceito do concurso público adotado por doutrinadores e as implicações jurídicas quando as normas constitucionais impostas a esse não forem observadas.

O concurso acontece como forma de competição, este é tido constitucionalmente como regra geral, para a investidura em cargos, empregos e funções públicas, porém excepcionalmente a própria constituição traz exceções para esta regra, como por exemplo as

funções de confiança e os cargos em comissão destinados aos cargos de direção, chefia e assessoramento, obedecendo as condições e os percentuais previstos em lei.

Existem implicações jurídicas que serão imputadas a administração e aos atos por ela praticado em caso de não observância das regras constitucionais relacionadas ao certame, tais como nulidade do ato e punição dos responsáveis nos termos da lei, assim prevê a constituição.

Neste mesmo capítulo também será observada na evolução histórica constitucional do concurso as evoluções e retrocessos trazidas pelas constituições, desde a época do império, passando pelas constituições dos anos de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, até as regras utilizadas com o advento da nossa atual carta magna de 1988.

No segundo capítulo estudaremos os princípios aos quais estão submetidos o concurso público, desta forma os candidatos e os administradores públicos ficam sujeitos as direções trazidas por cada princípio.

Os princípios no nosso ordenamento jurídico são considerados meios norteadores, e dentro do instituto do concurso devem reger os procedimentos estatais para pratica de atividades administrativas visto que através destes se alcançará o bem comum.

Deste modo, o concurso público está submetido aos princípios gerais do direito, da administração pública e ainda princípios específicos, garantindo a legalidade dos atos administrativos.

No terceiro capítulo trataremos da problemática que se trata pois do direito a nomeação dos aprovados em concurso público: expectativa de direito ou direito adquirido.

O presente trabalho se justifica, pois concurso público é o meio utilizado pela administração para garantir, de forma eficiente e isonômica, o desenvolvimento de serviços essenciais para a população de forma eficiente, uma vez que se trata do meio democrático de escolher os candidatos mais qualificados para integrarem os quadros da Administração Pública.

No que se refere ao direito de nomeação dos aprovados em concurso publico, anteriormente havia o entendimento de que a administração pública tinha o poder discricionário de nomear os aprovados quando fosse conveniente e oportuno. Hodiernamente, há o entendimento pacífico na jurisprudência de que o direito do concursado em ser nomeado é líquido e certo desde que aprovados dentro das vagas.

Diante disso, o objetivo geral do trabalho será a análise jurisprudencial e doutrinária no tocante os direitos que os aprovados em concurso público têm, bem como a proteção jurídica que lhes é dada.

Como objetivos específicos que abordará verificação dos posicionamentos do STJ e STF a cerca dos direitos inerentes aos aprovados em concurso publico e a sua contratação quando aprovados dentro do número de vagas estipulado pelo edital; identificar até que ponto pode ser considerado o poder discricionário da administração pública no tocante à contratação do concursado aprovado; verificar se ocorrer abuso de direito por parte da administração pública quando não admitir o concursado aprovado dentro do número de vagas previstas no edital.

O concurso público constitui a forma de recuperar a moralidade, impessoalidade e publicidade que devem estar presentes nos atos do Poder Público, salientando que o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse particular, todavia, os direitos dos candidatos aprovados em concursos públicos devem ser reconhecidos como forma de se concretizar a cidadania, por isso a importância deste estudo sendo um meio de esclarecer e mostrar os direitos que cercam este instituto.

2 CONCURSO PÚBLICO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A constituição de 1988 estabelece em seu art. 37, II, que para a investidura em cargo, função ou emprego público é obrigatório a aprovação em concurso público de provas e/ou provas e títulos, levando-se em conta a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, excetuando-se apenas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

2.1 CONCEITO DE CONCURSO PÚBLICO E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DE SUA INOBSERVÂNCIA.

O concurso público é um procedimento administrativo que tem como finalidade aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos, funções e empregos públicos dentro dos quadros funcionais da Administração. Consiste em um procedimento pelo fato de possuir diversas fases, cronologicamente, dividido em etapas, como por exemplo: escolha de servidores que comporão a comissão do concurso, publicação do edital, homologação de inscrições, realização de provas, dentre outros, sendo, portanto, considerado um ato administrativo complexo.

CARVALHO FILHO (2010, p. 572) define o processo seletivo impessoal para agentes públicos da seguinte maneira, *in verbis*:

Concurso Público como 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.

A nova carta magna de 88 trouxe em seu texto várias novidades, dentre elas, no art. 5º que elenca os direitos e garantias fundamentais, assim como elenca os dispositivos existentes no seu art 37, no tocante à forma de atuação que a Administração Pública deve pautar-se. Baseando-se nesses artigos pode se observar que o Poder Público deve pautar sua atuação, acompanhando os princípios constitucionais-administrativos e, em especial, o da isonomia que preceitua não poder haver diferenças entre os administrado

O objetivo de manter de forma clara e direta as ações do poder público, de forma eficiente é através do concurso público.

Na visão de ROCHA (2006, p. 53), o concurso público:

Trata-se de procedimento técnico que deve garantir a moralidade, impessoalidade e igualdade de oportunidades no acesso aos cargos públicos. Essa, no entanto, não é a sua única finalidade. O provimento de cargos por meio de concurso presta-se, ainda, para propiciar a profissionalização da burocracia na medida em que se contratam apenas candidatos que preencham as necessidades da Administração. Consequentemente, aumenta-se a estabilidade da Administração Pública, reduzindo-se a sensibilidade da máquina à alternância de governos.

O poder da administração pública, através da aplicação do concurso público, deve selecionar as pessoas mais capacitadas para cada cargo, garantindo dessa forma o desenvolvimento mais eficiente das atividades dos serviços essenciais à população e garantindo dessa forma a democracia e cidadania. Deste modo as vagas devem ser disputadas de forma igualitária para todos os participantes do certame.

Desta forma, expressa o art. 37, “caput” e incisos I, II, III, IV e V da Carta Magna que:

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 e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - 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;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. (BRASIL, Constituição (1988), 2009).

Aos brasileiros bem como aos estrangeiros na forma em que a lei estabeleça, são garantidos constitucionalmente a participação na competição do concurso público, para investidura nos cargos, empregos e funções públicas, esta garantia trazida pela constituição federal através do princípio da ampla acessibilidade.

Sobre a acessibilidade aos cargos e empregos públicos, CARVALHO FILHO (2010, p. 589) acrescenta que:

A acessibilidade é o conjunto de normas e princípios que regulam o ingresso de pessoas interessadas no serviço público. Os parâmetros que regem o acesso ao serviço público acarretam vinculação para os órgãos administrativos, de modo que não pode a Administração criar dificuldade maiores nem abrir ensanchas de facilidades fora das regras que compõem o sistema. (CARVALHO, 2010, p. 589).

A investidura em cargo ou emprego público tem como exigência, salvo as exceções legais, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, caracterizado como forma democrática de escolha dos pretensos agentes públicos. O alcance de tal exigência deve ser o mais amplo possível, considerando-se que a exigência da aprovação se configura como regra geral.

Com relação às funções de confiança, não se exige a realização de concurso, uma vez que são exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo, somente sendo possíveis nas atribuições de direção, chefia e assessoramento, como bem aduz a Constituição Federal de 1988 em seu art. 37 inciso, V:

As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. (BRASIL. Constituição (1988), 2009).

Situações excepcionais de inexigibilidade do concurso público podem ser percebidas tanto nos cargos vitalícios quanto nos cargos efetivos. No primeiro serve como exemplo a dispensa do concurso para a investidura dos integrantes do quinto constitucional dos tribunais judiciários (Art. 94, CF/88); no segundo, tem-se a dispensa aos ex-combatentes que participaram de forma efetiva das operações bélicas durante a segunda guerra mundial (Art. 53, I, do ADCT da CF/88).

Outra hipótese importante de dispensa do concurso público está prevista na emenda constitucional nº. 51/2006, que alterou o disposto no art. 198, § 4º, no qual elenca a hipóteses de contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, estabelecendo uma nova forma de contratação por parte da administração pública, qual seja: o chamado processo seletivo simplificado de contratação temporária nos casos de excepcional necessidade pública, como uma forma de reduzir a burocracia inerente aos certames públicos, uma vez que a situação excepcional exige medidas urgentes que não condizem com as demoras próprias da Administração Pública e os cargos em questão serem de provimento urgente.

No concurso público se realiza um processo competitivo, no qual as vagas são disputadas por aqueles que preenchem as condições legais e concorrem em igualdade de

condições, sendo os mais aptos selecionados, afastando-se a antiga ideia de que o funcionalismo público está repleto de incompetentes e que a prestação do serviço público é de péssima qualidade, garantindo, dessa forma, a eficiência do serviço público, que na sua maioria são essenciais para população, através de agentes competentes e eficientes.

O autor, LOPES (2005, p.410) em seu conceito sobre concurso público afirma que:

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

Com o advento do concurso buscou-se dar efetividade aos princípios da moralidade e impessoalidade aos atos do Poder público, bem como assegurar a igualdade entre os participantes do certame, garantindo o interesse público, na medida em que as atividades serão exercidas pelos mais capazes e com maior eficiência. É o método mais indicado para o ingresso nos quadros da Administração por constituir-se na seleção do melhor dentre os pretensos candidatos a servidores.

Em relação à contratação de pessoas sem respeitar a exigência de prévia seleção por concurso público, temos que o ato de contratação e seus efeitos são nulos, além de que os responsáveis estão passíveis de punição na forma da lei, conforme aduz o art.37,§ 2º da Constituição Federal abaixo transcrito:

(...) § 2º- A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

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;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

O concurso público deve ser realizado obedecendo às regras estabelecidas na Constituição Federal, que traça todas as linhas a serem seguidas pelos candidatos para o preenchimento das vagas dentro da Administração Pública, devendo o administrador público deixar claro, nos termos do edital, as exigências que precisarão ser cumpridas pelos candidatos, não podendo haver distinção de raça, sexo, idade religião, respeitando sempre o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Hoje existem pessoas que vivem boa parte do tempo lutando para conseguir a tão sonhada aprovação e classificação em um concurso público, busca que será recompensada pela estabilidade profissional e financeira, e o certame público, por ser objetivo e medir conhecimentos técnicos, é a melhor forma para essa seleção.

Nesse diapasão, o STF editou a súmula nº 685 com o seguinte texto: “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”.

No que diz respeito à investidura em cargo diferente para o qual foi aprovado no concurso público, CARVALHO FILHO (2010) afirma que se configura como ato ilegítimo, uma vez que constitui uma burla ao processo seletivo impessoal dos agentes públicos, gerando, dessa forma, a possibilidade de anulação tanto pelo judiciário como pela própria Administração.

Por ser tão almejado e motivo de grandes disputas, a ocupação de cargos, funções e empregos públicos necessita ser realizado através de concurso público, devido à previsão constitucional, utilizando-se a avaliação através das provas e/ou de provas e títulos para que esta disputa seja em igualdade de condições entre os candidatos, respeitando também a complexidade do cargo a ser ocupado.

Assim, a imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público indica que os candidatos devem ter o seus conhecimentos medidos pelas provas a que se submeterem. Por esse motivo é que são comumente denominadas de provas de conhecimento. Já no tocante a prova de título os pontos atribuídos só podem refletir-se na classificação dos candidatos e, não na sua aprovação ou reprovação, devendo aqui a administração respeitar o princípio da proporcionalidade. (CARVALHO, 2010, p. 573)

Diante da análise desses aspectos, constatamos que o concurso é o instrumento democrático de escolha e respeito à cidadania, tendo a Administração Pública o dever de agir de acordo com os preceitos insculpidos na Constituição Federal, garantindo, de forma especificamente, relacionada ao concurso público, a igualdade de todos os participantes, com o objetivo de efetivar o princípio da isonomia.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICO - CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO

Na época do Império os serviços e funções públicas eram realizadas por delegação do Imperador, possibilitando a discricionariedade deste em admitir ou exonerar funcionários públicos quando melhor lhe conviesse.

Todavia, a Constituição do Império, já assegurava, em seu art. 179, XIV, que: “todo o cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes.”

Na Constituição de 1891, o provimento dos cargos públicos era relegado à legislação infraconstitucional, no entanto, dispunha em seu art. 73, que: “os cargos públicos, civis ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.”

Foi somente na Constituição de 1934 que se observou pela primeira vez a exigência de realização de concurso público de provas ou títulos e exame de sanidade mental para a investidura nos quadros do funcionalismo público.

No art 170, parágrafo 2º do diploma constitucional acima referido, afirma-se, in verbis que: “A primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos”.

Contudo, essa regra só era válida para o provimento no cargo inicial da carreira, visto que para as demais vagas existentes o provimento dava-se através de sucessivas promoções. A Constituição de 1937 manteve o preceito elencado na Carta anterior.

Em seguida, a Constituição de 1946 continuou com a mesma regra em relação à primeira investidura em cargo público que se efetuaria através de concurso. Acrescentou, todavia, a inspeção de saúde como requisito essencial, como dispõe o Art. 186. A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo-se de inspeção de saúde.

Foi somente com a Constituição de 1967 que se observou mudança na seara do provimento dos cargos e empregos públicos, afirmando serem estes acessíveis a todos os brasileiros e tornando obrigatória, para o ingresso nos quadros da Administração, a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Além disso, extirpou do texto legal a expressão “primeira investidura”, tornou o concurso regra obrigatória para o ingresso em qualquer carreira, evitando assim, que o

servidor seja aprovado para um cargo, por vezes de maior facilidade e exerça outra atividade recebendo remuneração diversa do cargo para o qual passou.

Uma outra modificação ocorreu com a promulgação da Carta de 1967. Pela primeira vez, o texto constitucional, ao se referir às nomeações para cargos em comissão, fez exceção à regra do concurso público, quando em seu art. 95 elenca as seguintes normas:

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.

Contudo, na Constituição de 1969, houve um retrocesso e se restabeleceu a regra de que somente se exigia concurso público para a primeira investidura nos quadros da Administração. A questão retornou ao modelo anterior no qual só se exigia a necessidade de concurso para os cargos públicos em relação à primeira investidura, isto é, dispensando claramente o concurso público em relação aos provimentos derivados.

A atual Carta Política de 1988 determinou a abolição definitiva do termo “primeira investidura”, tornando o concurso público obrigatório para qualquer carreira e estabeleceu a acessibilidade aos cargos e empregos públicos a todos os brasileiros; todavia, silenciou sobre a participação de estrangeiros no processo seletivo impessoal de agentes públicos.

Em 1998, com a edição da emenda constitucional nº19, a participação de estrangeiros em concursos públicos foi possível, desde que aqueles preenchessem os requisitos e especificações legais. Embora essa regra tenha sido criada, vale ressaltar que constitui um dispositivo que não é auto-aplicável, dependendo, portanto, de lei que estabeleça as condições e requisitos do ingresso de estrangeiro.

Mesmo antes da edição da Emenda nº19, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado, esclarecendo que a prática de não se utilizar a via constitucional do concurso público era uma afronta à sociedade, uma vez que permitia o ingresso de servidores ocupantes de determinados cargos para outros constantes de carreiras diversas para qual não tinha sido aprovado.

Nesse sentido, transcreve-se o julgado do STF:

EMENTA: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.[...] Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o

servidor público ingressou por concurso”. (STF. Tribunal Pleno. ADI-231 / RJ. Rel. Min. Moreira Alves. DJ. 13.11.92).

Outra observação importante que encontramos na Constituição de 1988 refere-se à exclusão definitiva da realização de certames públicos avaliando-se apenas os títulos dos candidatos. O preceito elencado no art 37, II é taxativo ao afirmar que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, retirando a possibilidade de vícios e preterições entre os concorrentes, estando em harmonia com o princípio da igualdade.

Embora o texto constitucional não seja expresso em afirmar a obrigatoriedade de concurso público para toda a Administração Pública, seja direta ou indireta, não há como negar que a intenção do legislador foi abranger a Administração centralizada e descentralizada, incluindo as autarquias, fundações e empresas públicas, bem como as sociedades de economia mista.

Nesse sentido, o ministro Homero Santos confirma essa posição:

É que, pelo novo regime jurídico-constitucional, inúmeras medidas foram adotadas, com vistas a um efetivo, moralizador e rigoroso controle dos gastos e admissões de pessoal na administração pública, direta e indireta, inclusive nas chamadas estatais”, tais como:

- a) exigência de prévia dotação orçamentária suficiente para concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta (art. 169, I);
 - b) proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, inclusive nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público (art. 37 – XVI e XVII);
 - c) fixação de limite máximo e relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores, observados, como parâmetro, no âmbito do Poder Executivo, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, pelo Ministro de Estado (art. 37 - XI);
 - d) investidura em cargo ou emprego mediante aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37 - II). É que, pelo novo regime jurídico-constitucional, inúmeras medidas foram adotadas, com vistas a um efetivo, moralizador e rigoroso controle dos gastos e admissões de pessoal na administração pública, direta e indireta, inclusive nas chamadas “estatais”, tais como:
- a) exigência de prévia dotação orçamentária suficiente para concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta (art. 169, I);
 - b) proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, inclusive nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público (art. 37 – XVI e XVII);
 - c) fixação de limite máximo e relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores, observados, como parâmetro, no âmbito do Poder Executivo, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, pelo Ministro de Estado (art. 37 - XI)
 - d) investidura em cargo ou emprego mediante aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37 - II).

Com o mesmo posicionamento, CARVALHO FILHO (2010, p. 574) aduz que o concurso público deve ser exigido quer para a administração direta, quer para a administração indireta, sejam as públicas, como as autarquias e fundações autárquicas, sejam as pessoas privadas, como as sociedades de economia mistas e as empresas públicas.

Para ROCHA (2006, p. 51) e para MELLO (2008, p. 76), a acessibilidade aos cargos e empregos públicos através de concurso público é considerado direito fundamental dos cidadãos e, sendo assim, cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV, da CF/88.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quanto aos princípios administrativos, sobre estes, CARVALHO FILHO (2010, p. 17) ensina que: “são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representa cânones pré-normativos, norteando a conduta do estado quando o exercício no exercício de atividades Administrativas”.

O art 37, caput da Constituição Federal elenca os princípios, dentre outros, que devem nortear a atuação da Administração Pública. O concurso público, como ato administrativo complexo que é, também se submete a esses princípios. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que serão, sem o escopo de exaurir o assunto, abordados a seguir:

4.1 CONCEITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-ADMINISTRATIVOS

Os princípios, objeto de estudo deste capítulo, e de relevância inenarrável para administração pública são definidos pelo autor MELLO (2009, p.52) como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se erradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critérios para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe conferi a tônica e lhe dar sentido harmônico.

A Constituição Federal traz no texto de seu art. 37, os chamados princípios constitucionais-administrativos expressos, menção feita por estarem no texto constitucional, com objetivo de que todos os entes administrativos observasse cada um deles.

Assim, CARVALHO FILHO (2010, p.18) afirma que os princípios revelam as diretrizes fundamentais da administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta se estiver compatível com eles. Acrescenta, ainda, que os princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo modo de agir da administração pública.

Os princípios devem sempre ser considerados em todos os momentos nos quais a Administração atue, uma vez que é através deles que o administrador público alcançará o bem comum.

A importância dos princípios é de relevância extrema e devem ser observados em todos os atos administrativos, como observa o autor GASPARINI (2009, p.56):

Devem estar sempre presentes, pois servem de pauta, de fundamento da atividade administrativa. Se relegados ou desvirtuados, quando da gestão dos negócios públicos, farão fenecer, por ilegítima, a atividade administrativa. Devem nortear, portanto, toda a atividade administrativa. A própria CF (art. 37, caput) encarrega-se de elencar alguns como de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados-Membros, dos Municípios e do Distrito Federal no desempenho da atividade ou função administrativa.

Os princípios constitucionais-administrativos, elencados pelo art 37, caput, da Constituição Federal são: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, em conjunto com os chamados princípios contidos no texto da lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, quais sejam: finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, da ampla defesa e contraditório, autotutela, hierarquia, presunção de legitimidade ou veracidade, continuidade, interesse público, e o princípio da segurança jurídica, bem como os demais princípios implícitos encontrados ao longo do texto constitucional, constituem uma das facetas do regime jurídico administrativo, na medida em que são os parâmetros a serem seguidos pelo administrador no exercício de seu múnus público.

Ressaltando que, aglutinando os princípios expressos e os implícitos, constroem-se as bases de uma administração sólida e pautada na legalidade, verdadeiro parâmetro a ser seguido pelo Poder Público, devendo este, pois, operar dentro da lei evitando abuso de poder e ilegalidades.

Quanto à violação de qualquer um dos princípios MELLO (2009, P. 53) aduz:

Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

É o com base nos princípios que o ordenamento jurídico deve se basear, em especial, os agentes públicos que devem seguir estritamente o que impõe a lei.

4.1.1 Princípio da Legalidade

Segundo o autor GASPARINI (2008, p.6) o princípio da legalidade significa estar a Administração pública em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Qualquer ação estatal sem correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.

Portanto, a lei impõe e a Administração Pública deve seguir, sem deixar qualquer dúvida na sua atuação, pois seus atos devem estar pautados no que a lei estritamente expressa, sem espaço para discricionariedades, no intuito de coibir a prática de atos viciados em desconformidade com a lei.

Este princípio é considerado um dos mais importantes, visto que diferentemente do particular, a Administração só pode fazer o que profere a lei, neste sentido MEIRELLES (2004, p.88) aduz que: “enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza”.

Por este princípio a lei impõe todos os comandos, dividindo toda a atuação administrativa do Estado dentro da legalidade e de forma objetiva. Tornando os atos administrativos vinculados à lei e ao que a mesma expressa. Portanto, só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.

4.1.2 Princípio da Impessoalidade

Na visão de CARVALHO FILHO (20010, p.18), impessoal é o que não pertence a uma pessoa em especial, ou seja, aquilo que não pode ser voltado especialmente para determinadas pessoas.

Este princípio veda qualquer forma de benefício ou prejuízo a pessoas ou grupo de pessoas por parte do poder público, visto que deste se espera tratamento igualitário para todos que dentro do estado administrado.

O princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios indevidamente dispensados aos particulares no exercício da função administrativa (MAZZA, 2011, p.82).

Todos de forma geral devem ser administrados de forma indistinta, nem devem ser discriminados quando um ato administrativo for praticado na sociedade, para que não haja violação quanto ao princípio da impessoalidade.

Portanto, existe uma vedação quanto a promoção pessoal dos agentes do poder público que atuam junto à sociedade, interessando tão somente ao atendimento de forma geral dos interesses sociais, e para que esses objetivos sejam alcançados a imparcialidade deve ser utilizada para o benefício geral e não de pessoas específicas ou prejuízos a pessoas marcadas e até mesmo promoção pessoal.

É o que se impõe ao poder público, segundo GASPARINI (2008, p.9), in verbis:

A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigidas aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. Não pode ser dirigida com o intuito de beneficiar esta ou aquela pessoa, esta ou aquela empresa. Caso típico de pessoalidade que deve sofrer sanção do Direito Administrativo.

O entendimento jurisprudencial, também está pacificado quanto à imposição da Administração não poder privilegiar, nem fazer diferenças entre os administrados, senão vejamos:

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que "a concessão de tratamento diferenciado, nos casos de alteração psicológica ou fisiológica temporárias, não consignadas previamente em edital de concurso, obsta pretensão concernente à realização de segundo teste de aptidão física, para ingresso em cargo público, sob pena de violação aos princípios da impessoalidade e da isonomia, que regem os concursos públicos" (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2011).

Cabe destacar que diversos institutos e normas específicas de Direito Administrativo revelam uma preocupação com a imparcialidade, especialmente, regras sobre impedimento e suspeição válidas para o processo administrativo, a vedação de promoção pessoal de autoridades públicas, a licitação e o concurso público (MAZZA, 2011, p.83).

Nesse diapasão, a decisão jurisprudencial assentada nos tribunais esclarece que:

EMENTA Publicidade de atos governamentais. Princípio da impessoalidade. Art. 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

1. O caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta.

Os agentes públicos não podem se utilizar de ações praticadas para beneficiar determinados administrados, toda conduta deve se pautar pela isonomia e demais princípios do direito adaptados aos atos administrativos, ficando proibido o beneficiamento ou prejuízo dos administrados de forma direta e pessoal, como forma de favorecimentos ou perseguições políticas.

4.1.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem está presentes em sua conduta, deve-se 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 que é probo do que é ilegal.

O administrador que pauta sua atuação no princípio da moralidade deve ser considerado como um bom administrador, uma vez que age com boa-fé e seus atos lhe garantirão uma eficiente administração com resultados satisfatórios, alcançando, assim, o interesse público.

Neste sentido, CARVALHO FILHO (2010, p.20) ensina que:

Somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que esse princípio será realmente observado. Aliás, o princípio da moralidade estar indissociavelmente ligado a noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa.

A atuação do administrador público deve ser fiscalizada e controlada por toda a sociedade como forma de efetivar o cumprimento do princípio da moralidade.

Desse modo, andou bem a Constituição Federal, ao preceituar que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ficando o autor, salvo comprovado má-fé, isento de custas judiciais e do Ônus de sucumbência (ART.5º, inc. LLXXIII), in verbis:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Isto posto a falta de observância deste princípio também pode causar anulação do ato administrativo que passa a ser ilegal e ilegítimo.

4.1.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade afirma que todos os atos inerentes à Administração Pública devem ter divulgação, para que os administrados tenham acesso às informações que

desejarem, importando também a atuação da administração que deve ser transparente para toda a sociedade.

Nesse sentido, o autor GASPARINI (2008, p.10), assevera que: “é obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela administração pública direta e indireta, para conhecimento da sociedade, controle administrativo, judicial ou popular e início dos seus efeitos”.

Este princípio é de suma importância, visto que deixa ao particular a possibilidade de receber informações que estejam contidas em bancos de dados com informações públicas de interesse pessoal, não podendo o administrador negar estas informações. Tal proibição trazida por esse princípio aduz que nenhum ato da administração pública deve ser sigiloso, salvo as exceções legais.

O que importa, com efeito, é dar a eles maior publicidade, porque só em raríssimas hipóteses se admite o sigilo na administração (CARVALHO FILHO, 2010, P.23). Hipóteses de sigilo como, por exemplo, informações sobre a honra, a imagem e a intimidade das pessoas que devem estar sob a guarda do estado.

É com escopo nesse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou fixados em determinado local das repartições públicas, uma vez que toda a sociedade tem por obrigação tomar conhecimento dos atos que a administração pública realiza.

4.1.5 Princípio da Eficiência

Este princípio exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. O legislador tenta com esse princípio diminuir a impotência da sociedade diante de tanta insatisfação perante os serviços públicos prestados com deficiência a mesma, ficando assim os prestadores obrigados a darem bom resultado dos seus serviços para que se evite prejuízo aos usuários.

Segundo MEIRELLES (2007, p.97), temos que: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

O princípio da eficiência foi instituído pela emenda constitucional nº 19/98, que trouxe alterações e modificou o art 41 da Constituição Federal, sendo uma dessas modificações o direito da população de fiscalizar a atuação da Administração Pública quanto aos resultados obtidos ao final da prestação de serviços, já que, anteriormente, os serviços

prestados pelo Estado, mesmo que não trouxesse satisfação necessária às necessidades populacional, estes por estarem em um patamar muito inferior ao nível estatal, se tornava impossível tentar reclamar qualquer tipo de solução do problema.

Assim, com a inserção do princípio da eficiência no texto constitucional, tornou-se obrigatório a prestação de um serviço público de qualidade, primando pela satisfação do administrado-usuário e tratando-o como verdadeiro consumidor de um serviço de qualidade.

Vale a pena observar ainda que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas (CARVALHO FILHO, 2010, P.26).

Significa dizer que a qualidade total da execução dos serviços deve prevalecer. Para isso os métodos utilizados também devem ser observados e os servidores capacitados para prestar um serviço público de melhor qualidade e de forma mais eficiente.

4.2 PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS RECONHECIDOS

Além dos princípios com redação constitucional, existem outros princípios que não estão no texto da carta magna, mas são citados e aceitos pela doutrina e jurisprudência dos tribunais deste país que, sempre que se deparam com conflitos dentro dos atos administrativos fazem referencia a estes princípios, mostrando, dessa forma, através de direções dadas ao poder público a relevância e a importância de cada um destes princípios.

Os princípios expressos na Constituição acima analisados em conjunto com os chamados princípios reconhecidos contidos no texto da lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que serão analisados a seguir, deverão ser observados pela administração pública quando um concurso público for realizado.

4.2.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Quando a administração pública tiver que decidir entre o bem social e o interesse de um particular, esta deverá observar o princípio da supremacia do interesse público, pois a atividade do estado deve ser voltada para o benefício da coletividade.

Este princípio exclui a possibilidade de benefício destinado diretamente a pessoa determinada, como bem explica o autor CARVALHO FILHO (2010, P. 29):

As atividades são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último da sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

Completando, a doutrina cita exemplos tais com:[...]na desapropriação, em que o interesse público suplanta a do proprietário; ou no poder de polícia do estado, por força da qual se estabelecem alguma restrições às atividades individuais.

Deste modo, os interesses de um particular não podem se sobrepor aos interesses do bem social. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sócias.

Segundo o autor MAZZA (2001, P.72):

(...) também são exemplos de prerrogativas especiais conferidas á administração pública e seus agentes decorrentes da supremacia do interesse público: a possibilidade de transformar compulsoriamente propriedade privada em pública(desapropriação); autorização para usar propriedade privada em situações de eminente perigo público(requisições de bens).exemplo: requisição de veículos particular, pela polícia, para perseguir criminoso; poder de convocar particulares para a execução compulsória de atividades públicas(requisição de serviço).exemplo convocação de mesário para eleição; impenhorabilidade de bens; prazos processuais em dobro para recorrer em quádruplo para recorrer entre outros.

Os exemplos acima citados demonstram a supremacia da Administração, através de suas aptidões exclusivas recebidas da lei para melhor administrar os interesses sociais, devido a tais prerrogativas, o interesse coletivo deve ser sempre resguardado de forma superior a qualquer outro. De certo modo este princípio garante a ordem quando necessário a pratica de atos em que o interesse particular entre em atrito com o interesse social.

4.2.2 Princípio da Autotutela

No Brasil o poder judiciário resolve todas as demandas a ele trazidas, isto por ser considerado e utilizado neste país o sistema de jurisdição único. Todavia, não podemos esquecer o poder de autotutela da administração que consiste na prerrogativa que a mesma tem de controlar seus atos, devido a sua independência funcional e à separação dos poderes.

Através da anulação e da revogação os atos administrativos podem ser controlados pela própria Administração, isto é, consiste no poder-dever que a mesma tem para conseguir manter em ordem os serviços prestados a sociedade, zelando seus interesses e direitos, sem que precise de forma obrigatória recorrer ao poder judiciário. Através desse princípio a Administração estava dispensada de procurar o judiciário para defender essas questões.

Segundo o autor MAZZA (2011, P. 97) o princípio da autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos.

A lei n. 9.784/99 dispõe sobre o princípio da autotutela em seu art. 53, quando afirma que: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitado os direitos adquiridos”.

Muitos creem que por ser hierarquicamente superior a Administração Pública não comete erros e ainda se os cometesse não necessitaria consertá-los, pensamentos errôneos estes, visto que quando se trata de interesse coletivo os atos administrativos não podem repousar em ilegalidades.

No entanto, o autor CARVALHO FILHO (2010, P. 31) ensina que:

A Administração Pública comete equívocos exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista as múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de irregularidade não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.

Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos. Pode fazê-lo de ofício, aliás, não lhe compete apenas sanar as irregularidades; é necessário também que as previna, evitando reflexos prejudiciais aos administrados ou ao próprio Estado CARVALHO FILHO (2010, P.30).

Além de ter preceito jurídico com previsão infraconstitucional na lei 9.784/99, para ênfase superior este princípio tem redação nas sumulas 356 e 473 do STF abaixo expostas:

Sumula 356 diz: a Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Sumula 473: a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os torna ilegais, por que deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitando os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Diante do exposto, podemos observar a importância do princípio da autotutela, pois o mesmo garante a prerrogativa de controle dos atos administrativos diretamente pela Administração Pública.

4.2.3 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos

O princípio da continuidade dos serviços públicos veda a interrupção da prestação dos mesmos à comunidade. Aplica-se, por isso, somente no âmbito do estado prestador (atuações ampliadas da esfera privada de interesses), não valendo para outros domínios, como o poder de polícia, a atividade econômica, o fomento, as atuações políticas e as funções legislativas e jurisdicionais MAZZA (2011, P. 110).

Deste modo, não pode haver uma interrupção na prestação dos serviços públicos, haja vista que estes são essenciais e necessários no âmbito social, por isso é necessária a identificação dos dispositivos no qual se encontra expresso o presente princípio.

Segundo o autor MAZZA (2011, P. 110) está expressamente previsto no art.6º, parágrafo 1º, da lei n.8.987/95 e seu fundamento reside no fato de a prestação de serviços públicos ser um dever constitucionalmente estabelecido (art.175 da CF), localizando-se, portanto, acima da vontade da administração pública, que não tem escolha entre realizar ou não a prestação.

A lei 8.987/95 trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, em específico, o capítulo II, traz expresso diretrizes sobre o serviço adequado e demonstra casos em que não se considera descontinuidade do serviço público, como demonstrado nas linhas subsequentes:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Isto posto, verifica-se que todas as necessidades sociais tentam ser completadas através de um serviço público eficiente, visto que os clamores sociais são na sua maioria relevantes, de modo que não podem deixar de ser atendidos visando como resultado o bem comum.

4.2.4 Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica é um fundamento geral aplicável a todo o ordenamento do direito. Seu conteúdo volta-se para garantir a estabilidade e previsibilidade das atuações estatais, alinha-se à finalidade primeira de toda a ordem jurídica que é propiciar segurança para o convívio social (MAZZA, 2011, P. 108).

A Administração Pública tem o poder-dever de anular ou revogar seus atos quando esses tiverem sido praticados equivocadamente e/ou com vício de legalidade, tal prerrogativa é dada a mesma pela supremacia do Estado através do princípio da autotutela. Não é necessário, para tanto, a Administração buscar o judiciário.

Nesses termos, MAZZA (2011, P. 109) afirma que o principal emprego deste princípio no direito administrativo está na proibição de aplicação retroativa da norma de novas interpretações de dispositivos legais e normas administrativas.

A lei n.9.784/99 demonstra os critérios relacionados ao princípio da segurança jurídica que serão observados:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação [...].

A relação de constantes atritos entre os administrados e o Estado requer condutas cada vez mais específicas e eficazes. Se, de um lado, não se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidos na lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo tempo de forma instável, o que, conseqüentemente, provoca incertezas entre os indivíduos, o que prejudica a segurança jurídica que deve ser inerente ao Estado Democrático de direito.

4.2.5 Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade é um aspecto da razoabilidade voltado à aferição da justa medida da reação administrativa diante da situação concreta. Em outras palavras, constitui proibição de exageros no exercício da função administrativa, MAZZA (2011, P. 106).

Este princípio tem previsão normativa na lei n.9.784/99 no art.2º, parágrafo único, VI que expressa:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Esse princípio, embora constitucionalmente implícito, tem por escopo a adequação das medidas ao caso concreto, tentando evitar resultados injustos.

Concretizando esse pensamento o autor CARVALHO FILHO (2010, P. 38) prescreve que:

O grande fundamento do princípio da Proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas aos objetivos colimados pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sobre seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

Vale ressaltar que a proporcionalidade está direcionada à Administração Pública quando se trata do modo de aplicação da lei, visto que esse deve respeitar o que a lei, limitando-se a julgar o caso concreto dentro da sua proporção, não devendo confundir-se com a proporcionalidade à qual o legislador se vincula que a forma de como se cria a lei, pois este deve elaborar penas proporcionais as condutas a serem reprimidas.

A proporcionalidade impõe-se ao administrador público, que deverá evitar exageros no modo de aplicação da lei ao caso concreto. A proporcionalidade na lei constitui exigência aplicável ao legislador, no momento de criação da lei, a estabelecer penas adequadas à gravidade dos comportamentos a serem reprimidos (MAZZA, 2011, P.108).

A proporcionalidade é observada desde o momento da criação da lei, impondo ao legislador o dever de analisar este princípio, para que não elabore leis com sanções desproporcionais às infrações cometidas.

4.2.6 Princípio da Obrigatória de Motivação

O princípio da motivação impõe à administração Pública o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a prática do ato (art.2º, parágrafo único,

VII, da lei n. 9.784/99). Assim, a validade do ato administrativo está condicionada à apresentação por escrito dos fundamentos fáticos e jurídicos justificadores da decisão adotada MAZZA (2011, p. 98).

Desta forma, com a motivação vincula a Administração na prática dos seus atos, tendo a mesma que expressar os fatos que levaram a aplicação do dispositivo legal, que também deverá estar exposto por escrito na devida motivação.

O capítulo XII, da lei 9.784/99 que trata da motivação em seu art.50 deixa expresso quais os casos em que se dá a motivação de forma devida:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Os atos administrativos discricionários e vinculados devem ser motivados, mesmo os atos praticados de forma discricionária quando oportuno e conveniente não poderão deixar de observar esse princípio, pois, de toda forma, estes atos também devem passar pelo crivo legal.

A corrente majoritária defende que a motivação é obrigatória tanto nos atos vinculados quanto nos atos. O texto da lei não faz qualquer diferenciação quanto ao ato ser vinculado ou discricionário.

4.2.7 Princípio da Razoabilidade

No direito administrativo o princípio da razoabilidade impõe a obrigação de os agentes públicos realizarem suas funções com equilíbrio, coerência e bom senso. Não basta

atender à finalidade pública predefinida em lei, importa também saber como o bem público deve ser atendido MAZZA (2011, p. 106).

Os limites dentro da atuação do poder público quando se pratica um ato não devem conter demasias fora do limite, que todos considerem normal e não titulem como ilegal, visto que a razoabilidade é o comedimento que deve ser respeitado para que o ato não seja reflexos de ilicitudes.

Dentro do perturbado convívio social, o princípio da razoabilidade serve como meio de coibir as interpretações arbitrárias de leis, por parte da Administração Pública, que causam danos à sociedade, de modo que sejam trabalhadas no sentido de justiça dentro da aplicação do direito do indivíduo que vive na sociedade e depende do poder superior do Estado para que seus direitos sejam respeitados.

O princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração Pública na medida em que sua conduta se apresenta dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal, CARVALHO FILHO (2010, P.36).

Visto isso, quando o critério utilizado pela administração for o que se acoberte os atos administrativo conforme a lei, estes não estarão violando o princípio da razoabilidade, serão considerados lícitos, portanto todos aceitarão.

É por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo direito. A razoabilidade vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência FIGUEIREDO (2003, P.50).

4.2.8 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

O interesse público é indisponível, ou seja, a Administração não pode negociar os bens públicos da maneira que desejar como se dono fosse. Cabe aos agentes públicos apenas guardar tanto os direito como os bens pertencentes a sociedade, a quem realmente são pertencentes.

Nesse sentido ensina MAZZA (2011, p. 73) que:

O supraprincípio da indisponibilidade do interesse público enuncia que os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendido. Assim, no exercício da sua função administrativa os agentes públicos estão obrigados a atuar, não, segundo sua própria vontade, mas do modo determinado pela legislação. Como decorrência dessa indisponibilidade, não se admite tampouco que os agentes renunciem aos direitos legalmente conferidos ou que transacione em juízo.

Com efeito, a consequência da supremacia do interesse público é a indisponibilidade. Decorre, daí, que, mesmo ao delegar o exercício de determinadas funções públicas a outrem, a Administração delas não poderá dispor FIGUEIREDO (2003, P. 66).

Segundo o autor MAZZA (2011, P. 73) hodiernamente, este princípio pode ser considerado relativo, devido a possibilidade de agentes públicos poderem tomar decisões, que antes não podiam vejam nas linhas subseqüentes:

art. 23-a. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (incluído pela lei nº 11.196, de 2005).

Sabendo que o administrador só poderá ceder os bens públicos na forma da lei, com essa nova possibilidade também transcrita na norma posta, poderá também, neste caso, buscar construções particulares para que se obtenha o melhor resultado para sociedade.

O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade CARVALHO FILHO (2010, p.31).

4.2.9 Princípio da Finalidade

Seu conteúdo obriga a Administração Pública a sempre agir, visando a defesa do interesse primário. Em outras palavras, o princípio da finalidade proíbe o manejo das prerrogativas da função administrativa para alcançar um objetivo diferente daquele definido na legislação MAZZA (2011, P. 102).

Este princípio está expresso no art. 2º, parágrafo único, II, da lei 9.784/99 que aduz:

Art. 2o. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

Quando não há observação deste princípio por parte do administrador público, e o ato administrativo é praticado, tendo em vista fins diversos daqueles previstos, explícita ou implicitamente é considerado o ato nulo, por desvio de finalidade.

Segundo os exemplos citados pelo autor MAZZA (2011, p.103), são abundantes no cotidiano da vida política brasileira: remoção de servidor público usada como forma de

punição; estradas construídas apenas para valorizar fazendas do governador, dentre outros. Tais exemplos demonstram que o desvio de poder é constante e que nem sempre a discricionariedade do poder público é utilizada para os fins definidos em lei.

Ainda em relação ao desvio de poder não pode ficar pautado os atos administrativos, visto que indivíduos serão beneficiados em detrimento de direito de outros, através de poderes entregues em mãos erradas, que acabam violando o bem social. Por isso, este princípio deve ser usado na interpretação de casos que se manifestem nesse sentido, como base para uma punição a altura. Não pode o cidadão que confia na proteção estatal ter seus direitos usurpados.

4.3 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS REFERENTES AO CONCURSO PÚBLICO

O concurso público é considerado hoje de grande importância, uma ato no qual gera grandes disputas, e exige dos administradores eficiência e poucos erros, desde a elaboração do edital do certame até o momento da nomeação dos aprovados.

Por isso, a Administração Pública com o passar do tempo evoluiu, e para acompanhar esse processo houve a importância de seguir de forma cada vez mais extrema um direcionamento menos errôneo.

Deste modo institutos como os princípios específicos do concurso se tornaram postulados que, facilitam a aplicação de normas pelo administrador, quanto os deveres e direitos dos cidadãos que decidem esse caminho árduo para ingressar na carreira pública, como será exposto a seguir.

4.3.1 Princípio da Obrigatoriedade de Realização de Concurso Público

O artigo 37, II, da Constituição Federal faz a exigência de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo, função ou emprego público, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Dessa forma, a Carta Maior impõe a observância de realização de processo seletivo impessoal dos agentes públicos como forma de investidura legítima nos cargos e empregos públicos.

Essa questão foi devidamente pacificada, chegando a ser sumulada pelo STF nos seguintes termos: “Súmula de nº 585 é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

A aprovação em concurso público é requisito para quem deseja investir-se na carreira pública e ter um emprego estável, constituindo meio garantidor de isonomia e cidadania perante a Administração Pública.

O concurso público deve ser exigido quer para Administração direta, quer para as pessoas da Administração indireta, tanto nas de natureza pública, como nas autarquias e fundações, quanto nas de personalidade jurídica de direito privado, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

No que toca ao regime estatutário, o requisito é também indispensável, como regra, para a investidura em cargo vitalício e efetivo (CARVALHO FILHO, 2010, p.574).

4.3.2 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório (edital)

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o comumente chamado edital, tem como fundamento condicionar a atuação da administração pública, vinculando administrado e poder público. Dessa maneira, entendendo-se o edital como “a lei do concurso” observamos que a administração não pode se afastar das regras elencadas no edital d abertura do processo seletivo, sob pena de está agindo ao arrepio da lei, cometendo, portanto, ilegalidade.

Portanto, a observância desse princípio é de suma importância, uma vez que impede que a administração pública mude as regras previstas no edital de abertura do concurso público, vinculando a atuação do poder público e do administrado às regras imposta pelo edital previamente publicado.

Liberdade em abstrato outorga à administração poder para estabelecer as diretrizes do concurso publico, uma vez exercido esse múnus, transmudam-se em regras concretas e vinculantes, insuscetíveis, assim, de serem solapadas a posteriori pela banca (MAIA E QUEIROZ, 2007, P.29).

Desse modo, a Administração tem liberdade e discricionariedade de produzir todas as normas que vão ser seguidas por todos que participarão do concurso, sendo que a própria administração também tem o dever de cumprir o regulamento editado.

Apesar da Administração estar vinculada ao edital pode a mesma alterar o seu teor, quando houver motivo superveniente de interesse público, dando novamente a oportunidade de conhecimento por toda a sociedade das regras que agora irão vigor.

Destaca GASPARINI (2008, P.20), in verbis: “Apesar da Administração estar estritamente vinculada ao instrumento convocatório pode a mesma alterar o seu teor, quando houver motivo superveniente de interesse público”.

Neste contexto, os concorrentes devem conhecer bem as regras do edital, pois estas são as normas a serem seguidas no decorrer do certame e, portanto, vinculam a administração e os administrados, sujeitando ambos aos seus comandos a partir da publicação do edital.

4.3.3 Princípio da Isonomia

Segundo o autor MAZZA (2011, p. 112), o princípio da isonomia é um preceito fundamental do ordenamento jurídico que impõe ao legislador e à administração pública o dever de dispensar o tratamento igual a administrados que se encontrem em situação equivalente. Exige desse modo a igualdade na lei e perante a lei.

Deste modo fica o legislador proibido de tratar os administrados com distinção, pois este é um princípio com garantia constitucional, fundamentado no art. 5º, caput da CF/88 que aduz: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Quando se afirma que o legislador não pode usar de distinção para atuar no poder público, neste caso no concurso público, não quer dizer que não exista limitações para os participantes, pois a igualdade deve ser considerada na sua medida, em certos momentos as providências a serem tomadas devem usar de diferenciação, estas até mesmo recomendadas pelo princípio da isonomia.

Neste sentido ensina o renomado autor MAZZA (2011, P. 113), não caracterizam violação a isonomia as diferenciações realizadas pela lei e pela Administração Pública quando houver coerência entre a distinção e o tratamento diferenciado decorrente, como exemplo, um edital do concurso para delegado de polícia fixar a necessidade de aprovação em exame de condicionamento físico, vai ser pertinente ao cargo esta exigência.

4.3.4 Princípio Proibitivo da Quebra de Ordem de Classificação

Este princípio é garantido constitucionalmente e está previsto no inciso I, do art. 93 da Constituição Federal de 1988, que aduz:

Art. 93. Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

O instituto do concurso público, por vezes, necessita de regulamentação constante, que no caso deste princípio, resultou na edição da súmula de número 15 do Superior Tribunal Federal que diz: dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Geralmente só se observará esse princípio quando passada todas as fases do concurso, que será o momento de que devidamente será divulgada uma lista com o nome dos aprovados no concurso, só a partir desse momento é que deverá seguir a ordem de classificação que ali se encontra e seguir a mesma para que se evite a quebra da ordem de classificação.

O procedimento do concurso público, em face de seu caráter competitivo e seletivo, ao final de cada fase, culmina na confecção de uma lista geral, escalonada de acordo com a rigorosa ordem de classificação. (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 40).

MAZZA (2011, P.69) afirma que: “o direito Administrativo não é codificado. Por isso, as funções sistematizadora e unificadora de leis, em outros ramos desempenhadas por códigos, no direito Administrativo cabem aos princípios”.

Portanto, pode-se afirmar que os princípios são de grande relevância no direito brasileiro e de essencial importância no direito administrativo, visto que o mesmo não é codificado, como outros ramos do direito, realizando a função de garantir a aplicabilidade das normas administrativas.

5 DIREITO A NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO: EXPECTATIVA DE DIREITO OU DIREITO ADQUIRIDO?

Por muito tempo considerava-se o direito à nomeação dos aprovados em concurso público, mera expectativa de direito, ficando a critério da Administração Pública a contratação dos concursados quando oportuno e conveniente, num livre exercício do poder discricionário que lhe é próprio.

Com o avanço doutrinário a jurisprudencial evolui-se também o entendimento, passando a surgir novos posicionamentos quanto a essa questão, alargando-se os estudos para se chegar à conclusão que, se o Poder Público realiza o certame e quantifica o número de vagas de que precisa, está afirmando que existem cargos e/ou empregos vagos, portanto, necessária à contratação de concursados. Essa nova abordagem, objeto deste estudo, será analisada nesse tópico.

5.1 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Para dar início a este tópico é de grande importância sabermos o conceito de atos vinculados e discricionários da administração pública, no primeiro a Administração age de acordo com o que a lei impõe sem ter nenhuma liberdade de escolha, além do fato de não poder ser anulados a qualquer tempo, mas apenas quando houver vício de legalidade (MAZZA, 2011, p. 202) *in verbis*:

Atos vinculados são aqueles praticados pela administração sem margem alguma de liberdade, pois a lei define de antemão todos os aspectos da conduta. exemplos: aposentadoria compulsória do servidor que completa 70 anos de idade. Atos vinculados não podem ser revogados porque não possuem mérito, que é o juízo de conveniência e oportunidade relacionado a pratica do ato. Entretanto, podem ser anulados por vicio de legalidade.

Os atos vinculados impedem que o Estado hierarquicamente superior, pratique atos de forma arbitrária e abusiva, visto que deve obedecer ao princípio da legalidade estrita, que só permite à Administração fazer o que está disposto em lei.

Neste sentido, DI PIETRO (2009, p. 212) explica:

O poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a correção judicial.

Concluindo, a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece uma única solução possível diante de determinada situação de fato (DI PIETRO, 2009, p.212).

Já quanto aos atos discricionários, nestes a Administração tem uma parcela independência quando da sua prática, uma vez que existe uma margem de liberdade para que o agente público decida, diante do caso concreto, qual a melhor maneira de atingir o interesse público.

Atos discricionários são caracterizados pela existência de um juízo de conveniência e oportunidade para sua realização. Por isso podem ser anulados na hipótese de vício de legalidade ou revogados por razões de conveniência e oportunidade.

Assim, os atos discricionários deixam a Administração Pública livre, dentro das margens legais, para escolher quando oportuno e conveniente, praticar ou não determinado ato administrativo.

Deste modo, aduz DI PIETRO (2009, p. 212) que:

O poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação mesmo administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial, a competência, a forma, e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados na lei.

Partindo desse ponto de vista, a doutrina e a jurisprudência travaram uma discussão sobre se o direito à nomeação do candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas no concurso público seria exercício do poder discricionário ou estaria o poder público obrigado a contratar para preencher as vagas existentes e expostas no edital do certame.

5.2 ENTENDIMENTO TRADICIONAL

Por muito tempo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tinham o mesmo entendimento quanto ao direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas no concurso público, tratava-se de mera expectativa de direito, ou seja, caso a administração pública considerasse oportuno e conveniente contrataria o concursado, mesmo este ultrapassando todas as etapas de um concurso e se tornando apto para assumir o cargo para o qual foi selecionado.

A aprovação no certame, portanto, não garantia aos concursados o direito adquirido de ocupar o cargo para os quais tinham sido aprovados, uma vez que se tratava de poder discricionário da Administração Pública convocar o aprovado, no momento oportuno e conveniente.

Neste sentido ensina MAZZA (2011, p.430):

Tradicionalmente a doutrina pátria sempre sustentou que a aprovação em concurso público gera ao candidato somente expectativa de direito, e não direito adquirido á posse no cargo. Tal expectativa de direito transforma-se em verdadeiro direito a posse somente nas hipóteses de preterições da ordem classificatória ou de contratação temporária de pessoal em cargo para provimento que ainda haja candidato aprovado.

Deixava-se claro que a convocação dos aprovados se daria apenas quando oportuno e conveniente para a Administração, como aduz CARVALHO FILHO (2010, p. 578):

A aprovação em concurso não cria, para o aprovado, direito á nomeação. Trata-se como já decidido pelo STF, de mera expectativa de direito. A constituição do Rio de Janeiro contemplou o direito à nomeação em favor do candidato aprovado dentro do numero de vagas do edital. O STF considerou o dispositivo inconstitucional porque se tratava de matéria inerente a regime jurídico do servidor público, a qual somente poderia ser disciplinada por lei e, assim mesmo, em projeto de iniciativa do executivo (art.61, parágrafo1º, "c", da CF). Este, todavia, não participa no processo constituinte do estado, de modo que a matéria foi indevidamente tratada na Carta estadual.

Esse também era o posicionamento do STJ, em decisão enfatizava a mera expectativa de direito dos aprovados em concurso público, sem qualquer vinculação da Administração, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - ESCRIVÃO - PRAZO DE VALIDADE ESTABELECIDO EM LEI ESTADUAL - VAGA SURGIDA PELA REMOÇÃO DO PRIMEIRO COLOCADO - EXERCÍCIO PROVISÓRIO DAS FUNÇÕES PELO CANDIDATO SUBSEQÜENTE - NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO - APROVEITAMENTO - EXPECTATIVA CONVOLADA NO DIREITO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO.

I - Apesar do edital que regulou o certame ter sido silente sobre o prazo de validade, a legislação estadual alusiva ao tema (Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná - Lei nº 7.297/80), vigente à época, fixou-o em 2 (dois) anos. Assim, o prazo não se esgotara com a nomeação do candidato aprovado para a vaga oferecida.

II - A doutrina e jurisprudência pátria já consagraram o brocardo de que a "aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito". Com isso, compete à Administração dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições.

III - Entretanto, esta Corte tem se manifestado no sentido de que se constatando a contratação para preenchimento de vagas em caráter precário, dentro do prazo de validade do concurso, bem como a necessidade perene de preenchimento de vaga e a

existência de candidato aprovado em concurso válido, a expectativa se convola em direito líquido e certo.

[...]

V - Recurso provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009g).

No mesmo sentido, o STF entendia que o candidato aprovado em concurso público, mesmo que dentro do número de vagas previstas no edital, tinha apenas mera expectativa de direito e não direito adquirido à nomeação. Pela explanação, a decisão é transcrita abaixo:

Concurso público: direito à nomeação: Súmula 15-STF. Firmou-se o entendimento do STF no sentido de que **o candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, torna-se detentor de mera expectativa de direito, não de direito à nomeação: precedentes**. O termo dos períodos de suspensão das nomeações na esfera da Administração Federal, ainda quando determinado por decretos editados no prazo de validade do concurso, não implica, por si só na prorrogação desse mesmo prazo de validade pelo tempo correspondente à suspensão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009k).

Assim, no que se refere ao direito à nomeação dos aprovados em concurso público dentro do número de vagas, anteriormente havia o entendimento de que a administração pública tinha o poder discricionário de nomeá-los segundo os critérios de conveniência e oportunidade. É o que se pretende desconstruir nos tópicos que se seguem.

5.3 POSICIONAMENTO ATUAL DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

O entendimento atual da doutrina e jurisprudência direciona-se para a vinculação da administração pública quando a quantidade de vagas a serem preenchidas estiver previstas no edital, deixando, de forma presumida que, se existem vagas nos quadros da administração Pública, há também a necessidade do servidor para que os serviços públicos sejam desenvolvidos com eficiência, portanto, vincula-se a contratação do concursado às vagas existentes no edital do certame.

O direito adquirido pelo concursado trata-se de direito subjetivo podendo dele dispor, garantido por lei, mas não se confunde com o direito objetivo que é tudo que a lei manda fazer.

Segundo o renomado autor MAZZA (2011, p. 430) esse entendimento foi firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2008, *in verbis*:

A sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 20.718 de 8-2-2008, firmou o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas anunciadas no edital possui direito subjetivo, líquido e

certo à nomeação. Esse dever de contratar, quando o edital anuncia o número de vagas, é uma imposição dos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé.

Após várias decisões no sentido da discricionariedade da Administração Pública em contratar os aprovados nos concursos públicos, a doutrina começou a evoluir o entendimento e a nova posição é no sentido contrário ao que vinha sendo decidido, os novos tempos e anseios sociais pediam isso.

Nesse diapasão, aduz CARVALHO FILHO (2010, p. 580):

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.

E ainda completa:

Sendo assim, a falta de nomeação é que deve constituir exceção, cabendo ao órgão público comprovar, de forma fundamentada, sua omissão. Somente com tal orientação poderá impedir o arbítrio da Administração, ao mesmo tempo em que com ela poderá respeitar-se, com impessoalidade, a ordem classificatória advinda do concurso público, obstando-se a que os aprovados fique, à mercê dos caprichos e humores dos dirigentes administrativos CARVALHO FILHO (2010, P. 580).

Quando a Administração Pública publica edital para realização de concurso público, é inquestionável a necessidade de novas pessoas aptas para ocupar cargos/empregos nos quadros estatais, visto que esta não poderá utilizar-se do concurso apenas para angariar verbas e, ao final das etapas competitivas do certame, os participantes aprovados dentro do número de vagas existentes, simplesmente não forem convocados, isto seria contrário ao princípio da moralidade e da boa-fé administrativa.

O STF vem se posicionando nesse sentido, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSOPÚBLICO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONSTATA DIREITO LÍQUIDO ECERTO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.

1. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que, "dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas" (RE 598099, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, Repercussão Geral - mérito DJe-189).

2. O Tribunal de origem decidiu que "o disposto no edital vincula a administração, de modo que, havendo previsão de determinado número de vagas, a nomeação daqueles dentre elas classificados torna-se obrigatória".
3. Não há violação do art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem julga a matéria, de forma clara, coerente e fundamentada, pronunciando-se, suficientemente, sobre os pontos que entendeu relevantes para a solução da controvérsia.
4. Agravo regimental não provido.

Este voto está relacionado a um pedido de reconhecimento em que houve violação do art. 535 do CPC, que trata sobre o art. 37 da Constituição Federal e sobre as Súmulas n. 269 e n. 271 do STF. Mas o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral do tema, sedimentou o entendimento de que o direito subjetivo à nomeação só pode ser afastado no caso de a administração estar impossibilitada de nomear os aprovados, conforme motivação suficiente à demonstração dessa impossibilidade.

Quanto à omissão da Administração em relação à contratação dos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, está consolidada a tese de que existe a vinculação, pois o que era mera expectativa de direito quando não previsto no edital de abertura do certame passa a ser direito subjetivo à nomeação. Não podendo o poder público deixar de convocar e nomear os aprovados por mera omissão.

As decisões recentes dos Tribunais vêm ratificando o posicionamento quanto à obrigatoriedade do poder público contratar os aprovados e classificados dentro do número de vagas previstas. Para elucidar o tema, transcreve-se decisão abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL, CONSIDERADAS AS DESISTÊNCIAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES.

1. De acordo com entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, mesmo após expirado o prazo de validade do Concurso Público, há interesse processual do candidato na impetração de mandado de segurança contra ato omissivo consubstanciado na ausência de sua nomeação.

2. Tendo em vista os princípios da lealdade, da boa-fé administrativa e da segurança jurídica, bem como o fato de que a criação de cargos depende de prévia dotação orçamentária, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame, consideradas as desistências dos candidatos melhor classificados, NÃO TEM MERA EXPECTATIVA DE DIREITO, MAS VERDADEIRO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. Precedentes. (grifos nossos)

3. Recurso ordinário provido.

(RMS 21.323/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 21/06/2010).

O princípio da vinculação ao edital deve ser observado e seguido quanto à prática do concurso público, pois este trata- de um princípio específico deste ato, de modo que, o

edital de abertura é a lei na qual se vinculará os atos relacionados ao concurso, visto que a falta de sua observância implicará ilegalidade do ato.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO VERGASTADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS NO CARGO DE SOLDADO DO QUADRO DE PRAÇAS POLICIAIS MILITARES. EDITAL DO CERTAME QUE CONDICIONOU À CONVOCAÇÃO PARA A 3ª ETAPA DO CONCURSO À QUANTIDADE DE VAGAS PREVIAMENTE EXISTENTES. DIREITO DO CANDIDATO CONVOCADO PARTICIPAR DA 4ª ETAPA CONSISTENTE NO CURSO DE FORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. (AI 88111 RN 2009.008811-1. Relatora Maria Zeneide Bezerra (Convocada). Julgamento: 23/04/2010. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Parte(s): Agravante: Romulo Gabriel Barboza da Silva. Agravado: Estado do Rio Grande do Norte).

A maioria dos Tribunais tem decidido no sentido da vinculação da administração às vagas quantificadas no edital de abertura do certame. Vale ressaltar que o Tribunal de Justiça da Paraíba também é assente no mesmo entendimento, veja a decisão:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. EDITAL PREVENDO DUAS MIL VAGAS. DIREITO SUBJETIVO DO CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. JURISPRUDÊNCIA FIRME DO STJ. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é assente em afirmar que é dever da Administração Pública nomear os candidatos aprovados para as vagas oferecidas no edital do concurso. Com a veiculação em edital de que a Administração necessita prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, tornam-se vinculados, gerando, em consequência, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital.

2. Recurso ordinário conhecido e provido a fim de determinar a nomeação dos recorrentes para realização do curso de formação, observada a ordem classificatória e o número de vagas previsto no edital. (Recurso Em Mandado De Segurança Nº 31.652 - PB (2010/0038332-3)). Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP). Recorrente: Abimael Tavares Junior E Outros. Advogado: Paulo Antônio Maia E Silva recorrido: Estado da Paraíba. Procurador: José Edisio S Souto E Outro (S).

Deste modo existe uma ilegalidade por parte da Administração Pública, visto que alguns princípios norteadores do concurso público, em especial, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital), tratando-se, pois, da lei que rege o concurso vinculando totalmente a Administração e o administrado. Bem como o princípio da segurança jurídica

garante a previsibilidade dos atos do poder público, neste caso seria a nomeação o ato esperado e não ocorrido.

Não se pode admitir que o candidato aprovado no concurso fique a mercê da arbitrariedade do poder público, deve-se garantir a ele o direito líquido e certo à nomeação com forma de alcançar o interesse coletivo, assim demonstrado na jurisprudência do STF abaixo transcrita:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROCURADOR DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. EDITAL 1/2009, ITEM 2.4. NÚMERO ABERTO DE VAGAS APREENCHER. OFERTA DE 20 VAGAS, ALÉM DAS QUE SURGIREM E VIEREM A SER CRIADAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. CRIAÇÃO DE 100 VAGAS PELA LEI 12.253/2010. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO.

1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração, segundo, ainda, o princípio da legalidade.
2. A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas é direito subjetivo líquido e certo, tutelado na via excepcional do Mandado de Segurança.
3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado.
4. In caso, os impetrantes foram classificados nas 59 a. e 60 a. posições para o cargo de Procurador do Banco Central do Brasil, cujo Edital previu originária e expressamente a existência de 20 vagas, além das que surgirem e vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso (23.4.2012); tendo sido criadas mais 100 vagas para o referido cargo pela Lei 12.253/2010, impõe-se reconhecer o direito líquido e certo dos impetrantes à nomeação e posse no cargo para o qual foram devidamente habilitados dentro do número de vagas oferecidas pela Administração.
5. Ordem concedida para determinar a investidura dos Impetrantes no cargo de Procurador do Banco Central para o qual foram aprovados.

O poder público busca de toda forma utilizar os atos administrativos da forma mais discricionária possível e para isso utiliza-se de diversos artifícios, o mais novo deles é a atitude irresponsável do administrador público lançar um edital sem vagas a serem preenchidas ou mesmo para o preenchimento de cadastro de reserva. Agindo assim, a administração pública tenta se eximir de contratar os concursados, uma vez que afirma não existirem vagas a serem preenchidas. Ora, se não há vagas por que realizar o certame? A resposta para tal questão não é simples e tal atitude deve ser fiscalizada e reprimida pelos órgãos fiscalizadores, em especial, o Ministério Público.

Uma nova tentativa da Administração burlar a obrigatoriedade de nomeação dos concursados é a afirmação de que não possui disponibilidade financeira para contratar novos

funcionários mesmo que aprovados em concurso público, tentando afastar o direito subjetivo à nomeação que o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital possui, o que constitui patente ilegalidade, uma vez que se o poder público abriu seleção e quantificou o número de vagas que precisa, implicitamente já deveria ter orçado as despesas com as contratações consequentes.

O art.333, inc.II, do código de processo civil, diz que cabe ao réu, provar a existência de fatos que impeçam, mude ou extinga o direito do autor, ou seja, cabe a ele ônus da prova, que neste caso acima citado seria a falta de recursos suficientes para a nomeação do candidato, mas para que a o poder público consiga afastar o direito de um aprovado com a falta de dinheiro, este necessita de provas contundentes só afirmar não é suficiente.

Existe no art.169, parágrafo 1º, I e II da Constituição Federal, uma exigência muito importante para que se evitem determinadas fraudes por parte do poder público, prevendo que o orçamento da Administração Pública seja divulgado antes da publicação do edital, ou seja, mais uma forma de coibir ações deste tipo contra os administrados. Tal dispositivo almeja evitar que a alegação da falta de condições financeiras por parte do administrador seja impedimento para a nomeação dos concursados.

O que se observa é uma evolução no entendimento relativo à obrigatoriedade da Administração Pública contratar os aprovados e classificados dentro das vagas do certame, o que constitui um avanço jurídico em prol do interesse coletivo, uma vez que os serviços públicos serão realizados pelas pessoas mais capazes e eficientes.

METODOLOGIA

Metodologia significa o estudo dos caminhos a serem seguidos, incluindo aí os procedimentos escolhidos (GONÇALVES, 2001, P.26).

Segundo Willian Costa Rodrigues (2007) a metodologia é um conjunto de abordagens, técnicas e processo utilizados para formular e resolver problemas de aquisição objetiva do conhecimento, ou seja, é a modalidade escolhida que mais seja adequada para a pesquisa que é escolhida para sua execução e desenvolvimento.

O presente trabalho foi desenvolvido através de uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca do direito do concursado aprovado e classificado ser contratado pela Administração Pública, se tal fato consiste em mera expectativa de direito ou realmente um direito adquirido. Travou-se por muito tempo uma discussão, no que diz respeito ao direito dos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas, à nomeação, sendo, esta pesquisa, desenvolvida através de materiais elaborados, como, doutrinas, jurisprudências, súmulas, revistas científicas, sites jurídicos, leis infraconstitucionais, que colaboraram para a fundamentação desta discussão existente e estudada neste trabalho científico, desta forma caracterizando a presente pesquisa quanto ao objeto como bibliográfica e documental.

O objetivo desta pesquisa é exploratória, busca-se averiguar os direitos inerentes ao candidato aprovado em concurso público, se configura mera expectativa de direito ou direito adquirido? Aperfeiçoando ideias e esclarecendo dúvidas, uma vez que recente mudança no entendimento jurisprudencial vem garantindo ao aprovado o direito líquido e certo à nomeação, diferente da posição anterior que deixava a critério da discricionariedade da Administração nomear os aprovados quando oportuno e conveniente.

O presente trabalho teve como seu objetivo identificar quais as garantias jurídicas oferecidas ao candidato aprovado em concurso público quando classificado dentro do número de vagas existentes no edital de abertura do certame.

O estudo inicialmente desenvolveu uma análise do conceito do concurso público, em seguida sua evolução histórica, analisando como se deu o desenvolvimento deste instituto no âmbito das Constituições Federais Brasileiras. Logo após, foram analisados os princípios essenciais aplicáveis ao concurso público, abordando os princípios da administração pública expressos no texto constitucional e os reconhecidos pela legislação infraconstitucional.

Finalizando o estudo, analisou-se o direito dos aprovados no concurso público à nomeação, se seria mera expectativa de direito ou direito adquirido à nomeação. A análise doutrinária e jurisprudencial tradicional afirmava que consistia em expectativa de direito e o

entendimento atual dos Tribunais superiores é de que seria um direito adquirido à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas, vinculando a Administração ao quantitativo de vagas que ela mesma dispôs no edital de abertura do certame.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal traz expressamente o princípio da isonomia como parâmetro irrefutável do Estado Democrático de Direito. Nesse enfoque afirma ser obrigatório a realização de prévio concurso público de provas e/ou provas e títulos para a investidura nos cargos e empregos públicos, demonstrando respeito à igualdade e à cidadania na medida em que todos os que preenchem os requisitos legais podem participar do certame.

O processo seletivo impessoal dos agentes públicos é uma forma de escolha objetiva e democrática, além de concretizar o princípio da eficiência, na medida em que os melhores e mais aptos são selecionados para desempenharem as atividades públicas.

Os atos de contratação de pessoal sem prévio concurso, salvo as exceções legais, constituem-se afronta aos preceitos elencados na Carta Maior, tendo seus efeitos anulados e as autoridades responsáveis punidas.

Embora a própria Constituição Federal tenha trazido como regra a observância de prévio concurso de provas ou de provas e títulos para a investidura nos cargos e empregos público, elencou exceções a esse preceito nos seguintes casos: nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre exoneração e nomeação e contratações temporárias para atender a necessidade de excepcional interesse público. Além desses casos, a doutrina inclui ainda as designações para as funções de confiança e as nomeações de membros dos Tribunais.

Quanto às nomeações para as funções de confiança, data vênia, não nos parece uma exceção ao concurso público, uma vez que é observada somente para atividades de chefia, direção e assessoramento, sendo preenchidas por servidores de carreira, ou seja, que já se submeteram ao processo seletivo impessoal dos agentes públicos.

De outro lado, a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não precisa da realização de prévio certame por se caracterizar como uma situação de urgência e relevância, na qual não há tempo suficiente para a realização de um processo seletivo demorado como o concurso público.

Faz-se mister ressaltar que, ao estabelecer as regras atinentes ao concurso público o legislador objetivou dá maior transparência e isonomia aos atos administrativos, na medida em que todos os que preencherem os requisitos legais podem participar do certame público.

Nesse diapasão, analisou-se os princípios específicos inerentes ao concurso público como a vinculação ao edital, entendido como o instrumento de vinculação entre administrados e administração, uma vez que constitui a norma de observância obrigatória do concurso.

Quanto ao direito à nomeação inerente aos aprovados e classificados dentro do número de vagas oferecidas no certame, concluímos que não apenas constitui mera expectativa de direito, mas um verdadeiro direito adquirido, uma vez que se a Administração Pública afirma que há necessidade de contratações e que existem vagas, ela mesma está vinculando a realização do certame às contratações.

O edital é a regra a ser seguida tanto pela Administração quanto pelo candidato, caso a norma afirme a existência de determinado número de vagas no certame, não teria fundamento a Administração Pública realizar o concurso e não contratar ninguém. A jurisprudência, num entendimento de vanguarda, vem entendendo que na medida em que o administrador público quantifica o número de vagas a serem preenchidas está transformando o poder discricionário que lhe é próprio para contratar ou não servidor em poder vinculado às normas do edital do certame.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. (AI 88111 RN 2009.008811-1)**. Relatora Maria Zeneide Bezerra (Convocada). Julgamento: 23/04/2010. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Parte(s): Agravante: Romulo Gabriel Barboza da Silva. (Agravado: Estado do Rio Grande do Norte). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp>? Acesso em 17 out 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (**Recurso Em Mandado De Segurança Nº 31.652 - PB (2010/0038332-3)**). Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP). Recorrente: Abimael Tavares Junior E Outros. Advogado: Paulo Antônio Maia E Silva recorrido: Estado da Paraíba. Procurador: José Edisio S Souto E Outro (S). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/cms/verTexto.asp>? Acesso em 17 out 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (**Recurso em MANDADO DE SEGURANÇA**). (RMS 21.323/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 21/06/2010). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/cms/verTexto.asp>? Acesso em 17 out 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 51, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc51.htm> Acesso em 20 out. 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995. **regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 02 nov. 2012.

_____. LEI Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

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

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 15**. Disponível em
<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?
Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100)>. Acesso em: 22 out 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 685**. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?
Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100)>. Acesso em: 22 out 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 269**. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?
Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100)>. Acesso em: 22 out 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 356**. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?
Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100)>. Acesso em: 22 out 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 271**. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?
Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100)>. Acesso em: 22 out 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 589**. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?
Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Serviço=Jurisprudenciasumula&pagina=sumula_001_100)>. Acesso em: 22 out 2012.