

UNIVERSIDADE FUMEC
Programa de Pós-Graduação em Direito

Eudson Justiniano Cardoso da Silva

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DE CONCURSOS
PÚBLICOS**

Belo Horizonte
2015

Eudson Justiniano Cardoso da Silva

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DE CONCURSOS
PÚBLICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FCH, da Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Raphael Frattari Bonito

Belo Horizonte

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S586a Silva, Eudson Justiniano Cardoso da, 1979-
A atuação do poder judiciário na realização de
concursos públicos / Eudson Justiniano Cardoso da Silva.
– Belo Horizonte, 2015.
71 f. ; 29,5 cm

Orientador: Raphael Frattari Bonito
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2015.

1. Poder judiciário - Brasil. 2. Serviço público -
Concursos - Brasil. 3. Administração pública - Brasil. I.
Título. II. Frattari, Raphael. III. Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 35.082.1



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS
HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Raphael Frattari Bonito

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

Prof. Dr. Érico Andrade

MESTRANDO: EUDSON JUSTINIANO CARDOSO DA SILVA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“A FISCALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DE
CONCURSOS PÚBLICOS”**

NOTA: (70)

ASSINATURA ORIENTADOR:

DATA DA DEFESA: 31/07/2015

Dedico este trabalho à minha família.

À minha esposa Thayse Rosane Araujo de Oliveira.

À minha filha Maria Alice de Oliveira Silva.

À minha mãe Maria Edna de Souza Silva e ao meu pai, José Eustáquio da Silva, que hoje não se encontra mais entre nós de corpo, mas sim de espírito. Às minhas irmãs Aline Michele e Maria Cecília.

Finalmente, aos meus sobrinhos Kaique e Kauã.

Todos, cada um a seu modo e tempo, me deram apoio incondicional em minha vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que sempre esteve comigo nos momentos mais difíceis desta caminhada.

Agradeço também e em especial ao professor e orientador Dr. Raphael Frattari Bonito e a todos os professores que compartilharam seus conhecimentos comigo no intuito de me ajudar a trilhar o caminho do mundo jurídico.

E aos meus familiares, que me ajudaram e apoiaram durante todo o meu curso de mestrado em Direito, especialmente na realização deste trabalho.

RESUMO

O objetivo geral desta pesquisa foi analisar a possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário na realização de concursos públicos. Assim, procurou tecer breves considerações ao Poder Judiciário e sua efetividade; avaliar a Administração Pública na realização de concursos públicos; discorrer sobre a evolução do concurso público nas Constituições brasileiras; analisar a atuação do Poder Judiciário no concurso público. A metodologia aplicada teve como base a pesquisa bibliográfica, e utilizou como dados a jurisprudência, a doutrina e alguns casos práticos. As fundamentações tiveram suas bases em livros, artigos, publicações periódicas e textos jurídicos. Como resultado da pesquisa, foi possível concluir que tem havido certa flexibilização na questão dos limites do Judiciário frente aos concursos públicos, tendo em vista que irregularidades praticadas por bancas examinadoras, por exemplo, vêm sendo corrigidas pelos magistrados, que atuam quando provocados no sentido de garantir os direitos daqueles que prestam concursos e se sentem desprotegidos. Várias decisões sinalizam a tendência do Poder Judiciário em modificar posições arbitrárias praticadas pelos órgãos responsáveis pela realização dos concursos. O Poder Judiciário também tem se posicionado no sentido de reformar qualquer espécie de ato viciado no âmbito dos concursos públicos, pois sanar tais vícios constitui uma finalidade precípua, que deve estar voltada para assegurar ao jurisdicionado seus direitos constitucionais frente a atos ilegais, garantindo a efetividade dos processos seletivos.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Concurso Público. Administração Pública.

ABSTRACT

The overall objective of this research was to analyze the possibility of control by the judiciary in carrying out public contracts. So sought brief considerations to the courts and their effectiveness; evaluate the Public Administration in conducting public procurement; discuss the evolution of the public tender in Brazilian Constitutions; analyze the performance of the judiciary in the public tender. The methodology used was based on the literature, and used as data jurisprudence, doctrine and some case studies. The foundations had their bases in books, articles, periodicals and legal texts. As a result of the research, it was concluded that there has been some flexibility on the issue of judicial boundaries across public procurement, given that irregularities by examination boards, for example, have been corrected by the judges, who act when provoked towards guarantee the rights of those who provide contests and feel unprotected. Several decisions signal the trend of the judiciary to modify arbitrary positions practiced by the agencies responsible for conducting the contests. The judiciary also has positioned itself to reform any kind of addicted act under public procurement because remedy such defects is a primary aim, which should be directed to ensure the claimants their constitutional rights against illegal acts, ensuring the effectiveness of selection processes.

Keywords: Judiciary. Public Tender. Public Administration.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 O CONCURSO PÚBLICO E O INTERESSE PÚBLICO | 12 |
| 2.1 Da fundamentação democrática do concurso..... | 15 |
| 2.2 Os princípios e o concurso público | 16 |
| 2.2.1 Princípios constitucionais inerentes aos concursos públicos..... | 17 |
| 2.2.1.1 Princípio da igualdade..... | 18 |
| 2.2.1.2 Princípio da vinculação ao edital..... | 19 |
| 2.2.1.3 Princípio da moralidade e da legalidade | 21 |
| 2.2.1.4 Princípio da impessoalidade..... | 23 |
| 2.3 Da importância do concurso público | 24 |
| 2.4 A Administração Pública e o concurso público | 24 |
| 3 O CONCURSO PÚBLICO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO..... | 27 |
| 3.1 Conceito e objeto | 27 |
| 3.2 Aplicabilidade dos concursos públicos..... | 29 |
| 3.3 Etapas do concurso público | 30 |
| 3.3.1 Do edital do concurso público..... | 30 |
| 3.3.1.1 Discricionariedade na elaboração do edital..... | 31 |
| 3.3.1.2 Alteração do edital..... | 32 |
| 3.3.1.3 Motivação..... | 32 |
| 3.3.1.4 Ampla divulgação..... | 32 |
| 3.3.1.5 Irretroatividade | 32 |
| 3.3.1.6 Anterioridade..... | 33 |
| 3.3.2 Inscrição e aprovação | 33 |
| 3.3.3 Validade | 34 |
| 3.3.4 Precedência na convocação..... | 34 |
| 3.3.5 Nomeação e posse | 35 |
| 3.3.6 Sanção | 36 |
| 3.3.7 Estágio probatório..... | 36 |
| 3.4 Da inexigibilidade de concurso público..... | 38 |
| 3.5 Da exigibilidade e do alcance do concurso público | 38 |
| 4 CONTROLE DO CONCURSO PÚBLICO POR PARTE | |
| DO PODER JUDICIÁRIO | 45 |

| | |
|--|-----------|
| 4.1 Limites da atuação do Poder Judiciário na realização dos concursos públicos | 45 |
| 4.1.1 <i>Apreciação judicial da discricionariedade administrativa</i> | 50 |
| 4.2 Vínculo de efetividade no concurso público | 54 |
| 4.3 A tutela jurisdicional | 57 |
| 5 CADASTRO DE RESERVA..... | 59 |
| 6 CONCLUSÃO | 63 |
| REFERÊNCIAS..... | 66 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a influência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos demais tribunais pátrios frente à atuação dos concursos públicos, e o papel que tais órgãos exercem sobre as convocações dos possíveis aprovados nesses certames.

O Poder Judiciário atua na análise da legalidade dos concursos públicos, visando proibir atos ilegais que porventura sejam praticados pelos mais variados entes públicos. Levando em conta essa atuação, a Administração Pública deve cumprir a decisão judicial que determina a anulação do concurso público se verificada a ocorrência de tais ilegalidades, sejam elas decorrentes de vício, doloso ou não, no procedimento em si, ou sejam ilicitudes a ele externas, tais como conluíus entre candidatos e banca, e fraudes de diversas espécies.

A hipótese é de que cabe à Administração Pública exercer este controle interno, através da autotutela, anulando seus próprios atos, se ilegais, visando garantir a transparência de sua atuação. Caso não o faça, o Poder Judiciário pode ser acionado para interferir e fazer cumprir a legalidade sobre todos os atos e procedimentos administrativos.

Diante das situações mencionadas, o Poder Judiciário tem se manifestado ora exarando decisões no sentido de interferir, ora no sentido de se abster do julgamento de mérito. Nesse sentido, cite-se a importante decisão de mérito do Recurso Extraordinário nº 192.568, relatado pelo eminente Ministro Marco Aurélio de Mello Farias, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinando que, se a autoridade administrativa recusasse o pedido de prorrogação da validade do concurso público para o provimento de cargos de magistrado, estaria ofendendo o princípio da razoabilidade, ordenando, por conseguinte, que fosse prorrogada a validade do certame, para fins de admissão dos candidatos aprovados.

Concurso Público. Vagas-Nomeação. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade

de concurso anterior para nomear os aprovados em períodos subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia a letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias (MELLO, 1990, p. 56).

A legalidade do concurso realizado pela Fundação Ezequiel Dias (FUNED) foi objeto de discussão em juízo, sob o fundamento de suspeita de fraude e desvio de vagas dentro da instituição. Em virtude dessa suspeita, a Administração Pública decidiu anular o certame e realizar outro, porém os candidatos aprovados, diante de tal situação e da lesão que sofreram, tais como gastos em cursinhos e horas de estudo e dedicação, visando buscar seu direito à nomeação em tal certame, impetraram ação em juízo.

RESOLUÇÃO CONJUNTA SEPLAG/FUNED nº 01/2013.

EMENTA: Revoga o Edital SEPLAG/FUNED nº 01/2012 e dá outras providências.

A SECRETÁRIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições conferidas pelos incisos I e III do § 1º do artigo 93 da Constituição do Estado de Minas Gerais, e o PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO EZEQUIEL DIAS, no uso das atribuições que lhe conferem o Decreto nº 45.712/2011, com fulcro no art. 64 da Lei Estadual nº 14.184, de 31 de janeiro de 2002, RESOLVEM:

Art. 1º - Fica REVOGADO o Concurso Público regido pelo Edital SEPLAG/FUNED nº. 01/2012, que será substituído pelo Concurso Público regido pelo Edital SEPLAG/FUNED nº. 01/2013.

Art. 2º - Em conformidade com o disposto na Lei Estadual nº 13.801, de 26 dezembro de 2000 e com o item 5.2.10 do Edital SEPLAG/FUNED nº 01/2012, os candidatos pagantes que efetivaram suas inscrições no período previsto para concorrer às vagas disponibilizadas no concurso supramencionado terão restituído o valor de inscrição pago.

I – A restituição do valor de inscrição será de responsabilidade exclusiva da Fundação Ezequiel Dias – FUNED, que publicará no Diário Oficial dos Poderes do Estado – Minas Gerais e disponibilizará em seu site Nota de Esclarecimento contendo todas as instruções para a devolução do valor pago a título de inscrição.

II – Será facultado ao candidato o aproveitamento do valor da inscrição para se inscrever no Concurso Público regido pelo Edital SEPLAG/FUNED nº. 01/2013, que substituirá o concurso regido pelo Edital SEPLAG/FUNED nº. 01/2012, revogado neste ato. A FUNED publicará no Diário Oficial dos Poderes do Estado – Minas Gerais e disponibilizará em seu site Nota de Esclarecimento contendo todas as instruções para a viabilização do procedimento. Art. 3º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2013.

RENATA MARIA PAES DE VILHENA Secretária de Estado de Planejamento e Gestão

AUGUSTO MONTEIRO GUIMARÃES Presidente da FUNED. (FUNDAÇÃO EZEQUIEL DIAS, 2013).

Diante de tantas controvérsias, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre se orientou precisamente no sentido da ineficácia judicial do mérito do ato

administrativo. Antes do advento da Constituição de 1988, era afirmação corrente da Corte Suprema que, “sendo legal o ato, não há como intervir o Judiciário no mérito do mesmo”. Após sua entrada em vigor, o STF passou a exercer papel de maior relevância na atuação que envolve os concursos públicos.

A problemática está relacionada à discussão sobre a discricionariedade da Administração Pública para nomear os aprovados em concursos públicos, sempre se utilizando da razoabilidade e da proporcionalidade, cabendo ao Poder Judiciário, quando provocado, através de decisões jurisprudenciais do STF e dos demais tribunais pátrios, buscar a justa aplicação da lei.

Trata-se, de fato, de investigar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em todos os atos praticados pela Administração Pública, respeitando os princípios constitucionais, e de minorar as constantes lesões infligidas aos candidatos.

Diante desse cenário, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a atuação do Poder Judiciário na realização dos concursos públicos.

Os objetivos específicos consistem em: tecer breves considerações sobre o Poder Judiciário e sua efetividade; avaliar a atuação da Administração Pública na realização de concursos públicos; analisar a atuação que o Poder Judiciário pode desempenhar na realização desses concursos; no controle das nomeações e nas discussões sobre o cadastro de reserva.

A metodologia aplicada parte da pesquisa bibliográfica e utiliza como dados a jurisprudência, a doutrina e alguns casos práticos; as fundamentações têm suas bases nas seguintes fontes: livros, artigos, publicações periódicas e textos jurídicos.

2 O CONCURSO PÚBLICO E O INTERESSE PÚBLICO

A Administração Pública brasileira, em seus primórdios, já almejava realizar processos adequados para selecionar as pessoas que trabalhariam nos serviços a serem por ela prestados. Dentre eles, conforme José Cretella Júnior (2002), estão o sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, nomeação, eleição e concurso.

O instituto do concurso público originou-se no século XIX, tendo surgido de uma “reação contra a hereditariedade e venalidade dos cargos públicos e da afirmação do princípio de acesso aos cargos públicos segundo a capacidade dos indivíduos e sem outra distinção que não fossem as virtudes e talentos do indivíduo” (AGLANTZAKIS, 2003).

De acordo com José Cretella Júnior (2002), as formas mais usuais de seleção de pessoal administrativo na época, algumas das quais ainda permanecem, consistiam desde o sorteio até a compra e venda de cargos públicos pelo Estado, que era seu legítimo dono, uma vez que não se levava em conta qualquer critério de capacidade ou aptidão para o exercício das funções:

[...] eram as leis do acaso que prestigiavam este ou aquele interessado. Sorteava-se conforme a necessidade um ou vários nomes de pessoas que a tanto demonstravam interesse, dentre os escritos em uma espécie de tábua que os romanos chamavam de sors, sortis. Eram duas as espécies: sorteio simples e sorteio condicionado. Simples era o sorteio que se aplicava indistintamente às pessoas que antes passavam por um processo seletivo. Condicionado era o aplicado a pessoas que reuniam determinadas condições, apreciáveis dentre os que poderiam ser escolhidos para o preenchimento dos cargos públicos [...] (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 352).

Segundo Gasparini (2007a), a compra e venda de cargos públicos teve origem na França, sendo frequente seu uso como fonte de receita. Tal prática transformou o cargo público em objeto comerciável.

Outra forma de ingresso, tornada ultrapassada pela atual Administração Pública, era pelo sistema de transmissão de cargos públicos por herança. Por ocorrer mediante sucessão hereditária, a transmissão gerava certo inconveniente, tendo em vista que, por diversas vezes, o herdeiro que recebia o cargo não se encontrava devidamente preparado para assumi-lo, e, por isso, o delegava a terceiros (MAIA; QUEIROZ, 2007).

Em outras situações, os cargos da Administração Pública eram atribuídos a particulares pelo Poder Público, mediante o pagamento de uma contraprestação.

Denominada arrendamento, nessa forma o Estado locava seus cargos públicos a terceiros para que estes prestassem os serviços que a ele cabiam (GASPARINI, 2007a).

Mais tarde, implementou-se o sistema de livre nomeação, que poderia ser absoluta ou relativa. Nesta, o agente indicado para ocupar o cargo público devia se submeter a outro Poder, enquanto que, naquela, não havia interferência de qualquer outro Poder, sendo a nomeação do ocupante pelo cargo promovida de modo exclusivo pela autoridade da Administração Pública (MAIA; QUEIROZ, 2007).

O sistema atual de seleção de pessoal para laborar no serviço público teve sua origem na França, depois de vários conflitos e lutas travadas com aqueles beneficiados pela aplicação de outros métodos (GASPARINI, 2007a).

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 (BRASIL, 1824) e a de 1891 (BRASIL, 1891) não mencionavam nada a respeito do acesso a cargos públicos através de concurso público.

A primeira Constituição a dispor sobre o tema foi a de 1934, em seus arts. 168 e 169, que assim determinavam:

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

Art. 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937 e a de 1946 não alteraram o texto sobre concurso público disposto na Constituição de 1934. Contudo a Constituição Federal de 1946 suprimiu a estabilidade em relação aos cargos de confiança, bem como àqueles de livre nomeação e exoneração.

Já na Constituição de 1967 foram inseridas e modificadas algumas normas a respeito do tema, definindo-se, para a nomeação em cargos em comissão – considerados aqueles de livre nomeação e exoneração –, a necessidade de aprovação em concurso público:

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 à nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1967).

Frente à evolução da sociedade, fez-se necessário modificar o texto constitucional, a fim de que fossem ampliados os direitos e garantias da população. Levando em conta este objetivo, foi promulgada a nova Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, com a incumbência de resguardar e ampliar o acesso aos cargos públicos por meio de concurso público. Esta Constituição foi a que mais inovou sobre o assunto, pois passou a exigir, em seu art. 37, I e II, que para a investidura nos cargos e empregos públicos seria necessária a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Mas, como nenhum direito é absoluto, existem determinadas exceções, *in verbis*:

a) ingresso nos cargos em comissão (art. 37, II) ou nas funções de confiança (inciso V do art. 37), desde que seja servidor ocupante de cargo efetivo;

b) nomeação dos membros dos Tribunais (art. 73 § 2º, 94, 101, 104, parágrafo único, II, 107, 111, § 2º, 119, II, 120, III e 123);

c) aproveitamento de ex-combatentes da segunda guerra mundial (ADCT art. 93, I);

d) aos servidores contratados temporariamente com base no art. 37, IX, CF (CERQUEIRA, 2013).

Sobre o art. 37, I e II, da CF/88, José Cretella Júnior (2007) entende que o acesso aos cargos públicos por meio de concurso é a melhor forma de seleção e recrutamento de agentes públicos. Segundo o autor, o concurso público não é isento de erros e falhas irreparáveis, e pode desviar pessoas mais capazes que, por modéstia ou timidez, não querem colocar em risco a reputação de que usufruem perante comissões nem sempre totalmente idôneas.

Sendo assim, analisando a evolução das Constituições até o tempo atual, pode-se afirmar que a melhor forma de seleção utilizada pelo Poder Público é através de concurso público, assumindo importância por oportunizar, de modo igualitário, a cidadãos que satisfaçam os requisitos previstos na normal legal, o direito de acesso aos cargos públicos ofertados pela Administração Pública.

Assim, atualmente, levando em conta os ditames constitucionais, a única maneira de ingressar no serviço público se dá através de “concurso público de

provas ou de provas e títulos”, procedimento seletivo que difere do mero processo seletivo, no sentido de que este é exigido em casos de exceção, tal como a contratação temporária para desempenho de função pública.

2.1 Da fundamentação democrática do concurso

O regime democrático do concurso público é marcado pela titularidade do poder conferida aos cidadãos, sendo tal assertiva decorrente do direito de participar ativamente do exercício e do controle das funções estatais. Por outro lado, o princípio isonômico determina igualdade de tratamento aos cidadãos, de acordo com sua situação pessoal, não havendo amparo para tratamento injustificadamente privilegiado ou desfavorecido por parte do Estado. Também não se pode olvidar que, analogamente ao que ocorre com o princípio da "vantajosidade" encontrado no procedimento licitatório, o concurso deve objetivar selecionar os mais aptos para titularizar as posições estatais, em atendimento ao princípio da eficiência administrativa. Conclui-se que o acesso aos cargos e empregos públicos deve ser amplo e democrático, precedido de procedimento impessoal em que se assegure igualdade de oportunidades a todos os interessados em concorrer aos cargos oferecidos pelo Estado, a quem incumbirá identificar e selecionar os mais adequados mediante critérios objetivos.

O instituto do concurso público possui princípios, sendo estes imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, independentes de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos. São eles: o princípio democrático, com base na premissa de que todos têm direito de concorrer para ocupar as posições estatais; o princípio da isonomia, consistente na garantia de igualdade de tratamento e vedação de privilégios e discriminações injustificadas; e o princípio da eficiência, que impõe à Administração a seleção transparente e objetiva daqueles que mais atributos – méritos, qualificações, aptidões – possuem ao necessário oferecimento de um serviço eficiente.

2.2 Os princípios e o concurso público

O legislador constituinte elencou, no art. 5º da CF/88, inúmeros princípios que foram elevados à condição de fundamentais, ou seja, foram instituídos como cláusulas pétreas, conforme disposição do art. 60, § 4º, IV:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Paulo Bonavides destaca que a função precípua do princípio é a concretização da preservação da liberdade no âmbito dos direitos fundamentais, tendo a doutrina especializada consolidado a ideia de que o princípio é “regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição” (BONAVIDES, 2006, p. 360).

Adriana Zagurski (2011) ressalta que: “Sendo direitos que expressam valores igualmente importantes, sua simultânea proteção gera antinomias por ocasião da aplicação ao caso concreto”.

Leis ordinárias que dispõem sobre direitos fundamentais têm por intuito regular a aplicação dos ditames constitucionais visando melhor definir os parâmetros dos direitos dos cidadãos. Portanto, o legislador não pode avançar além de sua competência material, pois a mesma está limitada ao princípio da proporcionalidade, “porque existe um núcleo essencial dos direitos fundamentais que não pode ser violado” (CANOTILHO, 2001, p. 448). Caso contrário, tais normas serão declaradas inconstitucionais.

Os direitos fundamentais são mandamentos que visam a melhorias, daí não se poder evitar que “entrem em conflito no caso concreto já que existem direitos fundamentais antagônicos que encontram limites em outro direito fundamental, como ocorre com o direito à liberdade de imprensa e à proteção da intimidade” (SILVA, 2002, p. 43).

Os princípios constitucionais são indispensáveis e exercem função crucial no ordenamento jurídico pátrio, pois contribuem para a harmonização do sistema constitucional.

A imposição de tais princípios na realização de concurso público para investidura em cargo ou emprego público tem por finalidade garantir o princípio da moralidade, um dos mais importantes princípios norteadores do Direito pátrio. Portanto, os princípios impõem ao administrador público a não dispensa dos preceitos éticos, que devem fazer parte de sua conduta.

É interesse da Administração Pública que sejam atendidos os valores e princípios determinados pela Constituição Federal, de forma que, se for realizado ato contrário ao interesse público, este, por consequência, irá violar o princípio da moralidade, por exemplo.

O princípio da eficiência, inserido no caput do art. 37 da CF/88, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, teve por finalidade garantir à Administração Pública uma gestão eficiente, mediante da otimização dos resultados, traduzida em melhor qualidade do serviço prestado.

Vale observar que a razoabilidade é conduta administrativa baseada na justiça e amparada em uma necessidade real, de forma que, nos concursos públicos, não poderá ser exigido dos candidatos “conhecimentos não necessários para o exercício do cargo ou emprego, capacitação física incompatível com a função, limite de idade, sexo, altura inadequada para o cargo do certame” (MARIANO JÚNIOR, 2012).

2.2.1 Princípios constitucionais inerentes aos concursos públicos

No que se refere ao concurso público, espera-se que a Administração Pública, ao lançar o edital para seleção de candidatos aptos à investidura nos cargos públicos, observe os princípios expressos no art. 37, “caput” da CF/88. Essa observância constitui dever da Administração Pública e direito dos administrados.

De acordo com esses princípios, Juarez Freitas enumera algumas das características que a Administração Pública deve possuir:

[...] eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à

participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas (FREITAS, 2007, p. 20).

2.2.1.1 Princípio da igualdade

O princípio constitucional da igualdade encontra-se no rol das garantias fundamentais, no caput do art. 5º, da Constituição da Federal de 1988:

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, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988).

Sendo que este importante princípio compõe o Estado Democrático de Direito, deve ser observado pela Administração Pública, que deve aplicá-lo em todos os seus atos.

Dessa forma, há garantia de que os administrados não serão sujeitos passivos de tratamento diferenciado, exceto quando houver previsão legal, sendo este o fundamento do princípio da igualdade. No que diz respeito a exceções, José Joaquim Calmon de Passos entende que as ações afirmativas consistem no tratamento desigual dado pelo Estado a determinados cidadãos, legitimado apenas quando se obtiver igualdade em termos substanciais, conforme afirma o autor:

O princípio da igualdade, portanto, consiste na procura e definição de fatores externos mediante os quais se pode ter uma definição de fatores externos mediante os quais se pode ter uma “moeda” política que permita igualar os homens essencialmente diferentes, sob inúmeros aspectos, tanto biológica, quanto psicologicamente, tanto em termos materiais quanto em dimensão cultural (PASSOS, 2007, p. 6).

A questão da igualdade substancial é bastante delicada, pois corre-se risco de cometer injustiças na avaliação e valoração do *discrimen*. De acordo com Fabrício Motta, é preciso uma associação lógica para se afirmar a desigualdade das pessoas e, mesmo assim, não se pode violar os comandos da Constituição Federal:

Os concursos públicos não podem desigualar pessoas sem que o fator de discriminação possua correlação lógica com a desigualdade de tratamento e, mais ainda, esteja de acordo com os interesses constitucionalmente prestigiados (MOTTA, 2004, p. 33).

A jurisprudência pátria assim se manifesta a respeito do princípio da igualdade:

RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. IMPEDIMENTO DE ACESSO DO CANDIDATO A PROVAS ESCRITAS DO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE ASSESSOR JURÍDICO. AUSÊNCIA DE PROVA DA NEGATIVA DE FORNECIMENTO DELAS POR PARTE DO IMPETRADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO. REABERTURA DO PRAZO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. Tratando-se de mandado de segurança, necessária a verificação do atendimento dos requisitos de violação ou ameaça a direito líquido e certo, nos termos do art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal. Para a concessão da segurança é imprescindível a comprovação de direito líquido e certo, ou seja, resultante de fato certo, capaz de ser comprovado de plano por documento inequívoco, independentemente de exame técnico. A cognição no mandado de segurança é plena e exauriente de acordo com a prova produzida (*secundum eventum probationis*) que, por sua vez, é limitada: somente é admitida prova documental. Ainda que a candidata detenha, em tese, direito líquido e certo a entrega de cópia das provas realizadas, não demonstrou ameaça ou lesão a este direito, limitando-se a meras alegações na inicial do mandado de segurança. Descabido o pedido de reabertura do prazo recursal, sob pena de violação ao princípio da igualdade. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Portanto, a observância do princípio da igualdade vai ao encontro dos comandos da CF/88, cuja finalidade precípua é o bem-estar social, sem preconceitos referentes à raça, sexo, idade ou outras formas de discriminação. Sendo assim, a necessidade de observância do princípio da igualdade é perfeitamente justificável no que se refere aos concursos públicos, pois implica a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social do indivíduo contra qualquer tipo de discriminação.

2.2.1.2 Princípio da vinculação ao edital

Com relação à importância de a Administração Pública emitir regulamentação legal e administrativa no âmbito dos concursos públicos, tais medidas precisam ser amplamente divulgadas, para que aqueles interessados em participar do certame tenham conhecimento sobre os critérios adotados e estejam em igualdade de condições, conforme bem observado por Hely Lopes Meirelles:

[...] os concursos não têm forma ou procedimento estabelecido na Constituição, mas é de toda conveniência que sejam precedidos de uma

regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas. [...] sendo que a Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público (MEIRELLES, 2001, p. 404).

O edital é o instrumento de divulgação oficial que informa o direcionamento de determinados atos administrativos, e tem por objetivo informar aos interessados os requisitos dos processos seletivos para os concursos públicos.

Diógenes Gasparini define edital de concurso como sendo:

[...] instrumento através do qual a Administração Pública interessada na admissão ou contratação de pessoal noticia a abertura de concurso público de ingresso no serviço público, fixa as condições de sua realização e de participação dos candidatos ao preenchimento dos cargos, funções ou empregos públicos postos em disputa (GASPARINI, 2007b, p. 65).

Quanto à vinculação ao edital do concurso público, é necessária sua observância por parte do administrador público para que esteja em consonância com os princípios basilares da Administração Pública, permitindo-se um processo transparente e isonômico, como bem ressalta Fábio Henrique Alves Dias:

O concurso público, entendido como o conjunto de atos administrativos que visa à aferição das aptidões de candidatos ao fito de selecionar os melhores para o provimento dos cargos públicos, por se tratar de procedimento marcado por acirradas disputas entre os candidatos, deve ter suas regras disciplinadoras minuciosamente traçadas no edital que lhe dá publicidade. E isso porque à Administração, em nome da segurança jurídica, não é lícito agir incoerentemente com as diretrizes adotadas, de modo a exigir do candidato determinada postura a que não fez referência no edital, uma vez que suas opções geram na coletividade a expectativa do seu cumprimento, e nunca o contrário (DIAS, F., 2008, p. 49).

Sendo assim, o candidato que aderir às normas contidas no edital do concurso público se sujeita às exigências das mesmas, não sendo possível pretender posteriormente receber tratamento diferenciado em relação ao disposto na lei interna à qual está obrigado.

De acordo com o princípio da vinculação ao edital, todos os atos que norteiam o concurso público devem seguir os comandos contidos nele, que trata da convocação dos candidatos para o certame e informa sobre as regras que irão nortear o concurso, válidas tanto para a Administração quanto para os candidatos.

2.2.1.3 Princípio da moralidade e da legalidade

A Constituição Federal de 1988, em vários pontos, refere-se ao princípio da moralidade. Como exemplo, citam-se o art. 5º, LXXIII, que dispõe sobre a ação popular a ser proposta contra ato lesivo à moralidade administrativa; o art. 14, § 9º, que trata da probidade e moralidade no exercício de mandato; e o art. 37, § 4º, que determina punição rigorosa à imoralidade instituída pela improbidade que impõe à União, Estados e Municípios observância ao princípio da moralidade em suas atuações.

É possível afirmar que a atual Administração Pública vem se preocupando com a concretização desse princípio, tendo investido consideravelmente na capacitação de seus agentes públicos, seja através de reciclagem ou de aperfeiçoamento, para que possam atuar dentro dos princípios éticos e que atendam ao interesse social. A nova gestão pública visa disponibilizar ao cidadão instrumentos eficazes à fiscalização dos serviços prestados, bem como das decisões tomadas pelos governantes. Nesse sentido, a sociedade tem tido mais facilidade de acesso a informações sobre a má gestão administrativa de alguns agentes públicos improbos.

A não nomeação de candidato classificado no limite das vagas oferecidas pelo edital, ao qual a Administração Pública está vinculada, suscita a suspeita de ato imoral ou ilegal, possibilitando discussão sobre eventual ofensa aos princípios da moralidade e da legalidade.

Vale citar a posição jurisprudencial quanto ao princípio da legalidade em determinadas situações, tais como a acima citada:

CONCURSO PÚBLICO – PROVA PRÁTICA – EXAME – EFICÁCIA. Sob o ângulo da prova prática, prevalece o documento elaborado pelos examinadores, descabendo o exame de fundo. CONCURSO PÚBLICO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – ETAPAS – EDITAL – PREVALÊNCIA. Mostra-se impróprio levar às últimas consequências a alusão, contida no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ao princípio da legalidade, podendo o edital de concurso, presente o objetivo da lei de regência, prever etapas do processo seletivo. Precedente: Mandado de Segurança nº 30.177, julgado pela Primeira Turma em 24 de abril de 2012, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 17 de maio seguinte (BRASIL, 2013).

Maria Sylvia Di Pietro discorre sobre os princípios da legalidade e da moralidade distinguindo-os do princípio da moralidade administrativa, quando afirma que:

[...] antiga é a distinção entre moral e direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo que o maior corresponde à moral e, o menor, ao direito. Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non ommeliced honestum est* (nem tudo o que é legal é moral) (DI PIETRO, 2006, p. 66).

Conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da moralidade impõe à Administração Pública o dever de atuar de acordo com seus princípios éticos, quanto às nomeações em concurso público. Segundo o autor, ainda que determinadas decisões sejam legais, podem não estar em conformidade com a moral, a exemplo de órgãos públicos quando não nomeiam candidatos aprovados nos limites das vagas oferecidas pelo edital. Nesse sentido são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que a sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (MELLO, 2008, p. 119-120).

Inocência Mártires Coelho, ao discorrer sobre o princípio da moralidade, informa que o mesmo direciona todos os atos do administrador público, portanto, não deve ser adaptado somente às normas jurídicas, mas sim a todas as normas de conduta:

[...] pode-se dizer que a reverência que o direito positivo presta ao princípio da moralidade decorre da necessidade de pôr em destaque que, em determinados setores da vida social, não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável. Sendo o direito o mínimo ético indispensável à convivência humana, a obediência ao princípio da moralidade, em relação a determinados atos, significa que eles só serão considerados válidos se forem duplamente considerados à eticidade, ou seja, se forem adequados não apenas às exigências jurídicas, mas também às de natureza moral (COELHO, 2009 apud PINHEIRO, 2012, p. 1).

2.2.1.4 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade está inserido no direito de nomeação em concurso público. Norteia os critérios pessoais, não permitindo que a Administração Pública, por laços de afeição ou desafeição, pratique discriminação beneficiando alguns em detrimento de outros. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior informam que tal princípio:

[...] possui outro significado, qual seja, o de que a Administração Pública não deve conter a marca pessoal do administrador. Em outras palavras, ela não pode ficar vinculada pela atuação do agente público. Quando uma atividade administrativa é efetivada, a Administração que a desempenha o faz a título impessoal (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2004, p. 234).

Odete Medauar observa que o princípio da impessoalidade pode ser aplicado com o “intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos sejam os verdadeiros móveis e fins das atividades administrativas” (MEDAUAR, 2012, p. 152).

“O princípio em causa traduz a ideia de que a Administração tem que tratar todos os seus administrados sem discriminações, favoritismos, simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas” (MELLO, 2008, p. 114), uma vez que a atuação da Administração Pública deve estar voltada para sobrepor o interesse público ao interesse privado.

No caput do art. 37 da CF/88, encontra-se o princípio da impessoalidade, “que completa a ideia de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo à manifestação do interesse estatal” (MORAES, 2004, p. 328).

Há diversas opiniões doutrinárias a respeito do fundamento do princípio da impessoalidade.

José Afonso da Silva, citado por Diógenes Gasparini, observa que:

[...] o princípio ou regra da impessoalidade significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário (SILVA apud GASPARINI, 2004, p. 9).

A aplicação desse princípio impede a satisfação de interesses de caráter pessoal, a partir da obtenção de vantagens e/ou da concessão de benefícios. Assim, o princípio da impessoalidade requer tratamento igualitário entre os indivíduos, devendo a atuação da Administração Pública estar direcionada

essencialmente para o interesse público, sem que haja qualquer tipo de subjetividade. Como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 68): “Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie”.

Esse princípio expressa a ideia de que o administrador é o executor do ato, que transmite a vontade estatal; portanto, as consequências dos atos administrativo-governamentais não se referem ao agente político, mas à entidade pública pela qual ele atuou.

2.3 Da importância do concurso público

A finalidade do concurso público é selecionar o candidato mais qualificado para que possa prestar o serviço que está sendo oferecido pela Administração Pública. Nesse sentido, o candidato deve ser submetido a diversos exames, tais como: prova objetiva, exame físico, exame psicológico e prova oral, variando os tipos de acordo com a profissão requerida para o cargo. Há concursos públicos para várias áreas profissionais, como Ministério Público, magistratura, Defensoria Pública, saúde, gestão, administração e outros.

A procura por cargos públicos está crescendo a cada dia que passa, pois muitos candidatos estão em busca de estabilidade financeira. Esse crescimento tem tornado os concursos públicos cada vez mais concorridos; sendo cada vez mais difícil alcançar a tão sonhada estabilidade; conseqüentemente, só atingem seu objetivo aqueles que se dedicam ao máximo aos estudos.

2.4 A Administração Pública e o concurso público

A ordem normativa determina a nulidade do negócio jurídico quando este for celebrado em desacordo com norma de ordem pública de conteúdo cogente. Caio Mário da Silva Pereira, seguindo essa linha de pensamento, observa que, na construção da teoria da nulidade, o legislador pátrio se inspirou “no princípio do respeito à ordem pública, assentando as regras definidoras da nulidade na infração de leis que têm este caráter” (PEREIRA, 2005, p. 632).

Imagine-se que o edital preveja que a convocação para as provas seja realizada mediante publicação na imprensa nacional e em jornal de circulação local e a entidade publique tal convocação apenas na imprensa nacional, deixando de publicar no jornal local. Tal circunstância é o suficiente para invalidar o concurso, já que deixou de respeitar a forma prevista no edital de abertura de concurso público.

É certo que a exigência da solenidade como requisito de determinado negócio faz com que sua celebração seja morosa. Sendo assim, visando à celeridade das relações sociais e econômicas, comumente fundadas na celebração de negócios jurídicos, a tendência do legislador é simplificar as negociações, eliminando do ordenamento jurídico as solenidades desnecessárias. Isso ocorre nas relações de emprego, que, via de regra, não exigem forma especial para seu nascimento.

A jurisprudência assim se manifesta:

DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU MÁ-FÉ - RECURSO DESPROVIDO. Apesar de demonstrada a prática de ato em desacordo com os princípios norteadores da Administração Pública, consistente na contratação de servidores sem a realização de concurso público, a imposição das penalidades previstas no artigo 12 da lei federal 8.429/92 depende da ocorrência de dano ao erário, enriquecimento ilícito e/ou má-fé do agente público; o que, se não for comprovado, leva à improcedência da ação (MINAS GERAIS, 2009).

Contudo, atualmente ainda subsiste a imposição de determinadas formalidades nas situações em que o negócio jurídico trata de interesses que, devido a sua importância social, requerem maior segurança e proteção da ordem normativa.

Ari Pedro Lorenzetti ressalta que:

[...] é a especial relevância jurídica do ato ou o grau de sua repercussão social ou na esfera das pessoas envolvidas que leva o legislador a submetê-lo a formalidades específicas, revestindo-o, assim, de maior solenidade, a fim de evitar, o quanto possível, as dúvidas a respeito (LORENZETTI, 2008, p. 217-218).

Tal posição do legislador ocorre na seara do Direito do Trabalho, com relação à celebração do vínculo de emprego com os entes da Administração Pública. O art. 37, II, da CF/88, assim determina:

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:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a aprovação prévia no processo seletivo através do concurso público consiste na solenidade exigida para que o aprovado possa prestar o serviço exigido pela Administração Pública.

3 O CONCURSO PÚBLICO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

3.1 Conceito e objeto

O concurso público é, pois, a competição de provas ou provas e títulos destinada à contratação de servidores e empregadores públicos, em igualdade de condições, direcionada ao preenchimento de cargos e empregos públicos. É a forma escolhida pelo constituinte para garantir a igualdade de oportunidades no provimento dos cargos públicos. Como bem aponta o Ministro Sepúlveda Pertence,

A exigência constitucional do concurso público não traduz mera opção pelo procedimento técnico de seleção de servidores capazes fundada no interesse exclusivo da administração pública. Um dos objetivos do sistema de concurso público, acentuou Seabra Fagundes, é 'democratizar o acesso aos cargos públicos: igualdade de oportunidades para todos, acima e além de influências pessoais' (BRASIL, 2001).

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 sua única finalidade. O provimento de cargos por meio de concurso público presta-se, ainda, à profissionalização da burocracia, porque se contratam apenas candidatos que preenchem as necessidades da Administração.

O concurso público é, portanto, procedimento que visa a dupla finalidade: a) garantir aos cidadãos o acesso a cargos públicos à luz do princípio da igualdade de oportunidades, selecionando os que demonstrarem maior merecimento; e b) garantir que apenas sejam contratados candidatos que preencham as necessidades da Administração, selecionando-se entre estes os que melhor poderão exercer as funções relativas ao cargo.

Na verdade, o concurso constitui um procedimento misto de habilitação e seleção. Selecionam-se os melhores candidatos entre aqueles habilitados, ou seja, entre os que atendem às necessidades da Administração.

Adilson Abreu Dallari conceitua o instituto do concurso público, como sendo:

É um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados (DALLARI, 2006, p. 36).

Para José dos Santos Carvalho Filho, concurso público é:

Procedimento administrativo que tem por escopo aferir aptidões pessoais e escolher os melhores candidatos de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado analisa a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são selecionados aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, tendo em vista sempre à ordem de classificação. Trata-se na verdade, de um recrutamento de servidores públicos (CARVALHO FILHO, 2001, p. 472).

Moreira Neto, citado por Luciana Costa Aglantzakis, delinea as características do referido instituto, tendo em vista o princípio da legalidade:

O concurso público, formalmente, compreendido, representa o procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura, que se submete as regras de um edital ao qual se prende com o vínculo todos os atos posteriores. O edital não poderá fixar outras condições que não as que se encontram na legislação (MOREIRA NETO apud AGLANTZAKIS, 2003).

Hely Lopes Meirelles esclarece 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, permitir igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos pressupostos da lei, estabelecidos conforme a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o artigo 37, II da Lei Maior (MEIRELLES, 2005, p. 562).

Para Maria Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro Queiroz (2007), o concurso público pode ser compreendido como um procedimento administrativo com peculiaridades especiais, regras e princípios a serem respeitados.

Além disso, possui como objeto material empregos e cargos públicos, que exigem ocupação imediata; e como objeto jurídico, o preenchimento das vagas pelos classificados e habilitados mediante a realização de provas ou de provas e títulos, tendo em vista a observância da ordem classificatória dos candidatos, o que proporciona vínculo entre cidadão e Estado.

Assim, nessa concepção, o concurso público é procedimento administrativo, subordinado a ato administrativo prévio, o edital, que por sua vez subordina-se a todo o ordenamento jurídico preexistente. Destina-se a propiciar a mais perfeita seleção entre os candidatos que preencherem as necessidades da Administração,

garantindo-se igualdade de oportunidades na concretização do direito fundamental ao livre acesso a cargos e empregos públicos.

3.2 Aplicabilidade dos concursos públicos

Por determinação do caput do art. 37 da CF/88, a regra do provimento de cargos e empregos públicos mediante concurso público aplica-se à Administração Pública direta e indireta.

Na realidade, houve, a princípio, certa divergência quanto a estarem incluídas, no conceito de Administração indireta, além das autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Contra esta tese pesava o disposto no § 1º do art. 173, da CF/88, que, até a Emenda Constitucional nº 19/98, dispunha:

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (BRASIL, 1988).

Ainda sobre a vigência deste texto, o Supremo Tribunal Federal veio a entender que tal equiparação tinha como objetivo tão somente impedir tratamentos privilegiados às empresas públicas e sociedades de economia mista que prejudicassem a livre iniciativa e a livre concorrência. Assim, decidiu pela submissão de tais entidades à contratação mediante concurso público:

Cargos e empregos públicos. Administração Pública direta, indireta e fundacional. Acessibilidade. Concurso público.

[...]

Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público.

As autarquias, empresas públicas ou sociedade de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sociedade de Economia Mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio que não colide com o expresso no art. 173, §1º (BRASIL, 2008).

Esse posicionamento ganhou mais argumento quando, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, o § 1º do art. 173 passou a dispor o seguinte:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

III- licitação e contratação de obras e serviços, compras e alienações, observado os princípios da administração pública (BRASIL, 1998).

Assim, se tais entidades sujeitam-se ao processo licitatório na contratação de obras e serviços, compras e alienações e devem observar os princípios da Administração Pública, está claro que se submetem também à exigência de concurso público na contratação de pessoal para seus cargos.

Depois de várias discussões, esta questão acabou sendo pacificada, tanto no Poder Judiciário como no Tribunal de Contas da União, que dispôs o seguinte na Súmula nº 231:

A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada (BRASIL, 1995).

3.3 Etapas do concurso público

3.3.1 Do edital do concurso público

O edital é o ato convocatório que dá ciência à coletividade da existência de cargos a serem preenchidos pela Administração Pública e fixa o procedimento e os critérios que serão obedecidos no seu provimento, dando início ao procedimento do concurso público.

Sua publicação deve atingir todos os possíveis interessados para que possam se inscrever, caso entendam conveniente. Isso porque não basta a realização do concurso, genericamente; é necessário que ele seja público, garantindo a todos os interessados o exercício de seu direito de acesso aos cargos e empregos públicos.

É em especial neste ato que a Administração deve concretizar o princípio da publicidade em toda a sua extensão, exceção feita tão somente aos elementos cujo sigilo seja indispensável para a efetividade dos concursos, como é o caso das provas e testes psicológicos.

Para que os candidatos possam decidir se têm interesse em concorrer às vagas oferecidas, o edital deve conter o(s) cargo(s) ou emprego(s) oferecido(s), o número total de vagas ofertadas, bem como o número de vagas reservadas aos deficientes físicos, a remuneração inicial, o local ou locais em que o serviço deverá ser prestado, as atribuições do cargo ou emprego, e outros dados que possam ser relevantes para a decisão do candidato.

A informação das atribuições do cargo ou emprego no edital define os parâmetros de seleção aplicados aos candidatos – seja a título de requisito de habitação ou critério de mérito –, pois, como se demonstrará a seguir, os parâmetros se vinculam à natureza das atribuições.

O número de vagas ofertadas no momento da abertura do concurso é elemento essencial, nos termos do art. 39, I, do Decreto nº 3.298/99 (BRASIL, 1999), assim como o número de vagas reservadas a pessoas portadoras de deficiência.

3.3.1.1 Discricionariedade na elaboração do edital

Na seleção de servidores públicos, a Administração adentra a esfera da discricionariedade quando determina a forma de procedimento do concurso; as datas em que se realizarão as provas e demais fases; o perfil desejável do servidor a ser contratado; o critério de pontuação das provas e títulos etc. Tanto é que a própria decisão de realizar o concurso público está sujeita à discricionariedade da Administração.

Essa discricionariedade, entretanto, deve circunscrever-se à elaboração do edital, enquanto a vinculação deve reger a realização do concurso.

Sendo assim, ao elaborar o edital, o administrador deve fornecer critérios objetivos e suficientes para a seleção dos melhores candidatos, bem como informar as regras e procedimentos que serão observados na condução do concurso.

Não basta, todavia, que o edital contenha os critérios de avaliação dos candidatos. É imperioso que descreva, de forma minudente e exaustiva, a forma de avaliação e pontuação atribuída a cada critério. Isso porque, após a publicação do edital, não pode restar ao administrador qualquer margem de discricionariedade que pudesse ter sido utilizada no momento de sua elaboração.

Nesse caso, publicado o edital, estarão a ele vinculados os candidatos e a própria Administração. Esta não poderá agir contra aquilo que ela mesma fez

constar do edital, que, somente em raras exceções e respeitadas as formalidades legais, poderá ser alterado. Como destaca o Ministro Carlos Ayres Brito,

[...] esse apego da Administração Pública às normas editalícias, por ela publicadas, homenageia a um só tempo o princípio da segurança jurídica – as partes querem estar seguras de que o edital será respeitado, o princípio da legalidade, lealdade naquele sentido de que a administração pública tem que corresponder às expectativas por ela mesma geradas nos administradores (BRASIL, 2005b).

3.3.1.2 Alteração do edital

Questão que se apresenta é sobre a possibilidade de alteração do edital do concurso após sua publicação. Entende-se que sim, pois a Administração pode – até mesmo deve – corrigir seus atos. Esse ato, no entanto, deve ser motivado, ter ampla divulgação, produzir efeitos sobre fatos exclusivamente futuros e conceder prazo razoável para que os candidatos se adaptem às novas disposições do edital.

3.3.1.3 Motivação

Publicado o edital do concurso, Administração e candidatos ficam a ele vinculados, criando, ainda, expectativas nestes últimos. Assim, a possibilidade de alteração do edital é excepcional, devendo ser devidamente motivada, fazendo-se constar do termo de publicação seus fundamentos de fato e de direito.

3.3.1.4 Ampla divulgação

A publicação do ato de alteração do edital deve ser o mais abrangente possível, para se garantir que chegue ao conhecimento de todos os candidatos. O ato de alteração do edital deve ter, no mínimo, a mesma publicidade que teve a publicação do mesmo.

3.3.1.5 Irretroatividade

A alteração do edital não poderá ter efeitos retroativos, sob pena de quebra da igualdade, impessoalidade e moralidade, princípios que devem reger a realização

dos concursos. Os dispositivos só poderão ser alterados antes da realização dos atos sobre os quais produzirão efeitos.

Isso quer dizer que, realizadas as provas, não mais poderão ser alterados critérios de correção ou classificação. Apresentados os títulos, os critérios de pontuação deverão ser mantidos; comprovada a habilitação, não poderão ser exigidos novos requisitos.

3.3.1.6 Anterioridade

Além de todos os requisitos já expostos, a alteração do edital deve garantir antecedência razoável para que o candidato tome as medidas cabíveis a ela referentes. Sobre tal questão, o seguinte acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA FÍSICA. ALTERAÇÃO NO EDITAL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PUBLICIDADE.

1. Alteração no edital do concurso para agente penitenciário, na parte que disciplinou o exercício abdominal, para sanar erro material, mediante uma 'errata' publicada dias antes da realização da prova física no Diário Oficial do Estado.
2. Desnecessária a sua veiculação em jornais de grande circulação.
A divulgação no Diário Oficial é suficiente per se para dar publicidade a um ato administrativo.
3. A administração pode, a qualquer tempo, corrigir seus atos e, no presente caso, garantiu aos candidatos prazo razoável para o conhecimento prévio do exercício a ser realizado.
4. Recurso Extraordinário conhecido e provido (BRASIL, 2005a).

3.3.2 Inscrição e aprovação

A inscrição é ato através do qual os candidatos manifestam seu interesse em concorrer ao cargo efetivo. Nesse ato, fornecem dados suficientes para que a Administração possa individualizá-los, evitando fraudes, e comunicá-los dos atos subsequentes do concurso, se assim desejar.

Constitui ato de adesão e, nesta condição, não representa concordância tácita com os termos do edital, nem renúncia ao direito de contestá-los judicialmente, ainda que tal disposição conste expressamente na ficha de inscrição.

Não obstante, se o candidato aprovado vier a ser nomeado, tem direito subjetivo à posse e, portanto, à complementação do processo de investidura, de acordo com a Súmula nº 16 do STF (BRASIL, 1964c). A ordem de classificação no concurso também tem importância para o provimento. A jurisprudência já definiu que, dentro do prazo de validade do concurso, o candidato tem direito subjetivo à nomeação, caso seja preterido na ordem de classificação do concurso.

3.3.3 Validade

O concurso público tem prazo de validade, para permitir sua renovação e a candidatura de outros interessados. Esse prazo é de até dois anos, prorrogável uma vez por igual período. É a regra do art. 37, III, da CF/88 (BRASIL, 1988).

É preciso interpretar bem a referida norma, pois que a expressão “igual período” suscita alguma divergência entre os tribunais. Se o concurso foi programado para ter prazo de validade por dois anos, a prorrogação será de dois anos. Entretanto, se o prazo inicial fixado for, por exemplo, de um ano, o prazo de prorrogação será também de um ano. Em outros termos, a expressão igual período significa que o prazo da prorrogação tem que ser igual ao prazo inicialmente projetado para o concurso (CARVALHO FILHO, 1997).

3.3.4 Precedência na convocação

A discussão sobre a precedência na convocação refere-se ao hábito abusivo de algumas administrações públicas anteriores de chamarem os candidatos para a provisão de cargos mesmo havendo aprovados no concurso anterior.

A Lei Maior buscou resolver esse problema, ao dispor no art. 37, IV:

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 (BRASIL, 1998).

A expressão “prazo improrrogável” no texto deve ser interpretada como o prazo dentro do qual o concurso tem validade. Emprega-se, pois, o direito de precedência na convocação tanto no prazo de validade estabelecido para o

concurso, sem prorrogação, como no prazo de prorrogação, se tal fato ocorrer. Ambos são improrrogáveis e, desse modo, incide o direito de precedência.

3.3.5 Nomeação e posse

Terminado o concurso público e proclamado definitivamente seu resultado, a Administração deverá convocar os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas existentes para assunção dos cargos ou empregos públicos. Este ato é denominado nomeação e, na dicção de Marçal Justen Filho, “consiste no ato unilateral de designação de um indivíduo para ocupar um cargo público de provimento efetivo ou em comissão” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 602).

O provimento derivado, ao contrário, depende sempre de ligação anterior com a Administração e inclui as hipóteses de promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução. As formas de provimento derivado em que o servidor assumir cargo ou função diversa da que já exercia também estão condicionadas a prévia aprovação em concurso público.

Os candidatos deverão ser nomeados conforme sua classificação no concurso. A não observância da ordem de classificação na convocação dos candidatos viola a lógica dos concursos públicos e gera para o candidato direito à nomeação, conforme há muito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e consolidado na Súmula nº 15 (BRASIL, 1964b).

Nomeado, o candidato adquire direito à posse e exercício do cargo, conforme a Súmula nº 16 (BRASIL, 1964c).

A posse é ato formal em que o sujeito manifesta sua vontade de aceitar o exercício do cargo ou emprego para o qual foi nomeado e seu compromisso com o bom desempenho de suas funções.

O termo de posse, segundo dispõe o caput do art. 13 da Lei nº 8.112/90, deverá conter “as atribuições, os deveres, as responsabilidades, e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei” (BRASIL, 1990).

3.3.6 Sanção

A exigência de aprovação prévia em concurso público e a fixação dos prazos de validade do certame são requisitos inafastáveis para a regularidade do procedimento de seleção. Havendo violação aos princípios da legalidade, da igualdade ou da impessoalidade no curso da competição, não haverá alternativa senão a de considerar nulo o certame. Sendo praticado qualquer ato de investidura em cargo, emprego ou função sem observância do requisito concursal ou do prazo de validade do procedimento, estará ele inquinado de vício de legalidade, devendo ser declarada sua nulidade. A autoridade responsável pela ilegalidade também deverá sofrer a necessária sanção, tudo na forma que a lei estabelecer (art. 37, § 7º, da CF/88). A lei a que se refere o texto da Constituição deve ser aquela que for promulgada pela respectiva pessoa política, mas a sanção poderá ser prevista seja na lei estatutária do funcionalismo, seja em lei específica para o assunto.

3.3.7 Estágio probatório

Pode-se dizer que o estágio probatório é o período em que o servidor encontra-se sob maior fiscalização da Administração. Para conceituar o instituto, as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que afirma ser este o período definido

[...] entre o início do exercício e a aquisição da estabilidade é denominado de estágio probatório e tem por finalidade apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, referente à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência (DI PIETRO, 2004, p. 505).

Paulo Modesto argumenta que o estágio probatório:

[...] é um período de experiência, supervisionado pela Administração, destinado a verificar a real adequação de agentes públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo ou de provimento vitalício na primeira fase da relação funcional que encetam com o Estado [...]. Busca-se avaliar a retidão moral, a aptidão para a função, a disciplina, a responsabilidade, a assiduidade, a dedicação e a eficiência dos agentes empossados e em exercício, mediante observações e inspeções regulares (MODESTO, 2007).

José dos Santos Carvalho Filho se manifesta em relação ao tema afirmando que: "[...] é o período dentro do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço,

adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero” (CARVALHO FILHO, 2001, p. 496).

O período tratado pela doutrina é de três anos, durante o qual o servidor, uma vez nomeado por meio de concurso público, é devidamente avaliado com a finalidade de se verificar sua aptidão, bem como sua capacidade para assumir a titularidade do cargo para o qual prestou concurso. Nesse lapso temporal, é avaliado seu desempenho, assim como as características necessárias para que ele permaneça nos quadros da Administração Pública.

Portanto, ao ser nomeado, o candidato ao cargo detém apenas presunção de que venha atender às necessidades e às exigências para a ocupação do cargo pretendido. De forma prática, o instituto do estágio probatório testará o servidor, considerando a base do exercício da função pública.

Na avaliação do servidor público em estágio probatório, são observados os seguintes fatores: “disciplina, assiduidade, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade, ou seja, a eficiência e a eficácia do servidor público” (FRAGA; MARTINS, 2012).

A Lei Federal nº 8.112/90 dispõe que a homologação do resultado obtido na avaliação é feita pela autoridade competente do servidor em avaliação, conforme o disposto em seu art. 20, § 1º:

§ 1º 4 (quatro) meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do caput deste artigo (BRASIL, 1990).

Vale ressaltar que as entrevistas e coletas de dados ocorrem por meio de preenchimento de formulário padronizado pela Administração Pública, sem afastar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Para a conquista da estabilidade, é evidente que tal avaliação precisa ser positiva, ou seja, a favor da permanência do servidor no serviço público. Porém, em muitos órgãos da Administração, atualmente essa avaliação não é realizada, caracterizando verdadeiro desprestígio ao instituto em questão.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, define estabilidade como o direito que o funcionário possui de não sofrer desligamento senão em virtude de:

“sentença judicial transitada em julgado; processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa” (MELLO, 2000, p. 460).

3.4 Da inexigibilidade de concurso público

Há algumas situações especiais em relação às quais a Constituição dispensa a aprovação prévia em concurso público. Tais situações são excepcionais e atendem apenas à estratégia política do constituinte.

No que toca aos cargos vitalícios, é inexigível concurso para investidura, nos Tribunais Judiciais, dos integrantes do quinto constitucional, formado por membros do Ministério Público e advogados (art. 94 da CF/88).

Para os cargos efetivos, a dispensa favorece ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT, da CF/88).

Tampouco há exigência de concurso para provimento de cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da atual Carta Magna). A dispensa, nesse caso, como se pode observar, atende à natureza específica desses cargos, titularizados por servidores de confiança das autoridades nomeantes (CARVALHO FILHO, 2001).

Por fim, tem-se admitido que o concurso público é inexigível para recrutamento de servidores temporários. Aqui, a dispensa se baseia em razões lógicas, sobretudo naquelas que levam em conta a determinabilidade do prazo de contratação, a temporariedade da carência e a excepcionalidade da situação de interesse público, pressupostos, aliás, expressos no art. 37, IX, da CF/88.

3.5 Da exigibilidade e do alcance do concurso público

A prévia aprovação em concurso público é, como regra, condição de ingresso no serviço público. O alcance dessa exigência deve ser o mais amplo possível, de modo que se pode considerá-la regra geral.

A regra abrange não só o provimento de cargos públicos, como também de empregos públicos, em que a contratação de servidores submete-se ao regime

trabalhista (art. 37, II). Por outro lado, o concurso deve ser exigido para a Administração direta e indireta, sendo também indispensável, como regra, para a investidura em cargos vitalícios e efetivos.

A exigência de concurso público para a investidura em cargo público advém do texto constitucional de 1988, estando regulado em seu art. 37:

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:

[...]

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; (BRASIL, 1988).

Com o citado artigo, o constituinte teve por finalidade orientar a realização do concurso público a partir dos princípios básicos que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A jurisprudência assim se manifesta quanto à exigibilidade de concurso público:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orienta no sentido de que os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CF/88, quando da contratação de servidores” (RE 539.224, Rel. Min. Luiz Fux). Esta Corte, ao declarar a constitucionalidade do art. 79, § 1º, da Lei nº 8.906/1994, ressaltou que a inaplicabilidade da regra constitucional do concurso público se restringe à Ordem dos Advogados do Brasil, não devendo o entendimento ser estendido aos demais órgãos ou conselhos de fiscalização profissional (ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau). Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014).

Na decisão acima transcrita, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por oito votos a dois, que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não precisa fazer concurso público para contratar funcionários. O STF rejeitou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026/03, proposta pela Procuradoria Geral da República, que pedia que o preenchimento de funções na estrutura da entidade se desse por meio do concurso público.

A exigência de concurso foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles, que sustentou que, na condição de autarquia especial, a OAB deve respeitar os princípios da Administração Pública, além de gozar de prerrogativas inerentes à condição de pessoa jurídica de direito público, como imunidade tributária total de seus bens, rendas e serviços.

A ação da PGR pretendia que fosse dada interpretação conforme o art. 37, II, da CF/88 ao caput ao art. 79 do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94), segundo o qual “aos servidores da OAB aplica-se o regime trabalhista”, ou seja, a CLT (BRASIL, 1994).

O ministro Eros Grau, relator da ação, argumentou em seu voto que não cabia concurso público para o ingresso na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Segundo ele, a OAB não é entidade autárquica, nem se vincula à Administração Pública, portanto, não deve estar sujeita à exigência do concurso público para contratação de trabalhadores (BRASIL, 1994). Os ministros Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Melo, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie acompanharam o voto do relator.

A ADIn usava o argumento de que a OAB é:

[...] autarquia especial e deveria reger-se pelos princípios concernentes à Administração Pública, dentre eles o princípio do concurso público. De modo que fique explícito que os servidores da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), mesmo que contratados sob o regime trabalhista, devem ser submetidos, para a admissão, a prévio concurso público (BRASIL, 1994).

Os ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes votaram a favor da ADI. Para Barbosa, não há registro, no espaço jurídico brasileiro, de situação parecida à da OAB. Para ele:

[...] a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) participa da formação do Estado, congrega a única categoria que tem, constitucionalmente, o direito de ingressar nas fileiras do Estado em situação que discrepa inteiramente daquela prevista para os agentes do Estado, além de ter total isenção de imunidade tributária (BRASIL, 1994).

José dos Santos Carvalho Filho (2010) destaca que o concurso público tem sua base em três postulados fundamentais: princípio da igualdade; princípio da moralidade administrativa e princípio da competição.

O princípio da igualdade ou da isonomia é garantido pela Constituição Federal, encontrando-se inserido no caput do seu art. 5º. Ele determina que todos os cidadãos se encontram em condições de igualdade perante os olhos da lei:

Art. 5º 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, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988).

Considerados norteadores das normas que compõem o sistema jurídico brasileiro, os princípios devem coexistir sem que haja sobreposição entre eles. Contudo o princípio da igualdade ou isonomia não depende das determinações expressas no texto constitucional para que seja ressaltada sua importância, por ser um dos mais relevantes princípios asseguradores de uma política democrática. Dinaura Gomes afirma que:

Certamente, não basta a igualdade formalmente reconhecida, sendo necessário o desenvolvimento da igualdade substancial que atuará em prol da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem em todas as suas dimensões (GOMES, 2005, p. 149).

Para efetivar o princípio da igualdade, dependendo do caso, pode ser necessária a implementação de medidas para suprir certo cenário de desigualdade preexistente ou apenas preservar o direito à diferença.

Maria Berenice Dias explica melhor o fundamento do citado princípio afirmando que: “O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social” (DIAS, M., 2008, p. 60).

Este princípio permite que os concorrentes a cargo público possam disputar as vagas em condições idênticas. Para isso, a Administração Pública precisa promover a divulgação do certame, vedando qualquer espécie de favorecimento pessoal. Além dessa proibição, é necessário informar os requisitos que devem ser cumpridos por parte dos candidatos para a realização das provas de conhecimentos, sob pena do comprometimento da isonomia da seleção.

De acordo com Adilson Abreu Dallari (2006, p. 17): “Não é concurso público o certame que se desenvolve sem observância do princípio da isonomia. É essencial que todo e qualquer interessado seja tratado com igualdade, para que vençam os melhores”.

Já o princípio da moralidade administrativa determina que o concurso público se realize conforme os preceitos éticos e os ideais de justiça.

Fato é que o Estado não pode se desviar dos fins públicos. Fernanda Marinela discorre a respeito do princípio da moralidade afirmando que: “O texto constitucional, ao apontar os princípios que devem ser observados pelo administrador público no exercício de sua função, inseriu entre eles o princípio da moralidade” (MARINELA, 2007, p. 37).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública vem buscando alcançar uma gestão mais eficaz e um maior comprometimento com a moral. Para tanto, seus procedimentos devem visar sempre ao bem-estar social, conforme os princípios elencados no art. 37 da Lei Maior. A fim de atender a esses comandos, a Administração Pública tem revisado o método empregado e eliminado, pouco a pouco, sua estrutura burocrática.

Tais procedimentos exigem a preparação dos agentes públicos para uma prestação eficiente de serviços, atendendo a contento o interesse público e envolvendo, portanto, políticas responsáveis e todo o funcionalismo público.

Com o sistema de controle atualmente existente, a sociedade possui mais facilidade de acesso a informações sobre a Administração Pública, assim como sobre a má gestão administrativa proveniente da postura ilícita de determinados agentes públicos ímprobos.

O princípio da competição, por sua vez, determina que os candidatos sejam selecionados e classificados conforme o desempenho apresentado no certame. Sendo assim, a Administração Pública irá se orientar pelo resultado do concurso, organizando a ordem de preferência a ser utilizada na nomeação.

Assim se posiciona a jurisprudência a respeito do princípio da competição no âmbito do concurso público:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE NÃO ATINGIU O PERCENTUAL MÍNIMO PARA APROVAÇÃO NO EXAME PRÁTICO. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E COMPETIÇÃO QUE PRESIDEM OS CERTAMES PÚBLICOS DEVEM SER ASSEGURADOS. 1. Recurso contra sentença de improcedência em ação de obrigação de fazer;

2. Apelo do demandante alegando reprovação ilegal; 3. Não se pode permitir a permanência do candidato reprovado em etapa eliminatória do concurso, preterindo os demais candidatos aprovados, submetidos aos mesmos critérios de avaliação; 4. Desprovisamento. (RIO DE JANEIRO, 2012).

A falta de transparência da Constituição anterior sobre o processo de nomeação de cargos públicos fez com que a Constituição Federal de 1988 determinasse a elaboração de lei com o intuito de regular o processo de seleção (art. 37, II, CF/88).

Numa análise do texto constitucional, é possível perceber que a intenção do legislador foi vincular a investidura em cargo ou emprego público à obediência aos ditames da lei que passaria a regular o certame. Dessa forma, o inc. II do art. 37 teria eficácia limitada, sendo urgente a edição de lei apropriada, sob pena de deixar a Administração Pública sem possibilidade de convocar novos servidores.

Assim, o princípio da transparência permite que os cidadãos brasileiros possam não apenas compreender a gestão dos recursos públicos, mas também participar concretamente desse processo administrativo. Não seria aceitável que a transparência fosse apenas uma obrigação formal da Administração, ou seja, um requisito para tornar eficaz a gestão fiscal.

3.6 O concurso público no âmbito da Lei nº 8.112/90

No âmbito federal, foi editada a Lei nº 8.112/90, denominada Estatuto dos Servidores Públicos Federais, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Ainda que a Seção III da lei tenha sido dedicada à regulamentação do concurso público, ela foi extremamente sucinta, uma vez que apenas dois artigos – 11 e 12 – foram destinados ao concurso público.

Assim determinam os arts. 11 e 12 da Lei nº 8.112/90:

Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.

Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

§ 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado (BRASIL, 1990).

Por falta de legislação infraconstitucional própria ao processo seletivo dos concursos públicos, estes permaneceram sendo realizados com base nas normas expressas na Constituição Federal e nos artigos do Estatuto dos Servidores.

Com relação à validade do concurso público, esta é abordada no inc. III do art. 37 da CF/88: “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período” (BRASIL, 1988). De acordo com tal dispositivo, o prazo de validade do concurso público é de até dois anos, porém a Administração Pública tem a faculdade de prorrogá-lo pelo mesmo período, ou seja por mais dois anos, sendo que, para efeito de validade, o prazo para a contagem se inicia de sua homologação. Já o inc. IV do art. 37 da CF/88 determina que, 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” (BRASIL, 1988). Portanto, existe uma ordem de prioridade de convocação, tendo preferência aquele candidato que, aprovado no concurso, ainda não foi chamado, tanto na fase prorrogável quanto na improrrogável.

4 CONTROLE DO CONCURSO PÚBLICO POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO

Há grande discussão acerca dos limites que envolvem a atuação do Poder Judiciário nos concursos públicos. Anteriormente à Constituição de 1988 a questão quase não era apreciada pelos juízes, porque prevalecia a discricionariedade da banca examinadora e do órgão responsável pelo concurso. Não caberia aos magistrados entrar nesse mérito.

Todavia, mais recentemente, diversas demandas têm sido conhecidas e julgadas pelo Poder Judiciário, a respeito dos mais variados aspectos dos concursos públicos. Em geral, deparam-se os juízes com questionamentos acerca do edital, limitações ou restrições no ato da inscrição, condições para a posse no cargo, critérios de correção, natureza da prova ou etapa do certame, aferição de títulos e, talvez o mais polêmico, o direito à nomeação dos aprovados.

4.1 Limites da atuação do Poder Judiciário na realização dos concursos públicos

A contratação de servidores públicos, excluindo as nomeações para cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, é realizada essencialmente através de concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do já transcrito art. 37, II, da CF/88.

A fim de conferir o máximo de transparência aos concursos públicos, cumprindo, assim, os ditames constitucionais do art. 37, o Ministério Público passa a ter a incumbência de fiscalizá-los, a fim de que obedeçam aos ditames legais. No entanto, os candidatos, muitas vezes, veem seus direitos cerceados nos certames seletivos por vários motivos, tais como erros no edital, vícios na aplicação da prova ou, mais comumente, erros no teor da mesma. Na maioria dos casos, tais erros são validados pelas bancas examinadoras em decisões totalmente arbitrárias, sob a alegação de obediência ao princípio da separação dos Poderes. Os recursos impetrados pelos candidatos muitas vezes nem mesmo são analisados pelo Poder Judiciário, que desconsidera os erros cometidos, sendo que tais erros implicam graves violações aos editais.

De acordo com a teoria geral do Estado, assim atuam os três Poderes constituídos: o Executivo, cuja atividade é de cunho administrativo; o Legislativo,

cuja função é legislar; e o Judiciário, que tem por objetivo o julgamento das demandas a ele direcionadas mediante provocação das partes. No entanto, todos os Poderes, e não somente o Executivo, possuem função administrativa no âmbito de suas estruturas internas.

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2007) afirmam que o princípio da separação dos poderes é de suma importância, tanto que recebeu o *status* de cláusula pétreia, ou seja, está protegido contra emendas, reformas ou revisões que tenham por intuito eliminá-lo da lei fundamental. Contudo, esse princípio tem sido flexibilizado, mesmo com a devida separação na atuação de cada um dos Poderes. Os juristas assim comentam a questão:

Nesse contexto de "modernização", esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade dos juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 146).

As inúmeras violações de direitos cometidas atualmente na realização dos concursos têm levado à elaboração de vários projetos de lei cuja finalidade é tutelar as situações vividas pelos candidatos.

Uma das denúncias mais frequentes diz respeito a erros no texto das provas, com questões de respostas duplas, gabaritos errados mantidos pela banca responsável; fatos que provocam inúmeras ações judiciais, às quais nem sempre é dado provimento, considerando-se que muitos juízes invocam o princípio da separação de poderes para que não haja interferência do Judiciário no andamento do certame. São inúmeras as decisões judiciais que, com base nesse princípio, afirmam que eventuais erros fazem parte da discricionariedade da Administração e, diante da impossibilidade do Judiciário de ordenar a substituição da banca examinadora, negam provimento a tais pedidos.

A jurisprudência em relação aos limites de interferência do Poder Judiciário em sede de concurso público tem variado, ora num sentido mais rígido, restritivo; ora num sentido mais amplo, acolhendo excepcionalidades.

Nesse sentido, em decisões menos recentes, a jurisprudência firmada era no sentido de que ao Judiciário não competia modificar situações inerentes ao concurso

público, restando-lhe apenas o exame da legalidade, conforme o julgado abaixo transcrito:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RESULTADO ATRIBUÍDO À QUESTÃO DA PROVA. Com relação a concurso público, a **competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade** das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora. Não havendo, portanto, prova da ofensa a direito líquido e certo da impetrante, denega-se a segurança postulada (PERNAMBUCO, 2007, grifos nossos).

Porém, com o passar do tempo, as decisões foram se transformando. Em determinadas situações, o Judiciário assume postura diversa com relação aos erros contidos nos concursos públicos, principalmente nas provas, como se pode verificar no seguinte trecho do Reexame Necessário nº 7580/RN:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME DE ORDEM-OAB/RN. IMPUGNAÇÃO DE QUESTÃO DA PROVA OBJETIVA. ERRO MATERIAL CARACTERIZADO. **POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO** PELO JUDICIÁRIO. LIMITE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXCEPCIONALIDADE. CABIMENTO NO CASO CONCRETO. HABILITAÇÃO PARA ETAPA SUBSEQUENTE DO PROCESSO SELETIVO. 1. A sentença concessiva proferida em mandado de segurança é dotada de imediata executoriedade, visando inibir a produção de efeitos do ato tido por ilegal ou abusivo. Assim, ressalvado o disposto nos arts. 5º, parágrafo singular e 7º, ambos da Lei nº 4.348/64, a apelação interposta deve ser recebida no efeito meramente devolutivo, como preceituado no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, apresentando-se incompatível com a própria finalidade da tutela mandamental a atribuição de efeito suspensivo. 2. É possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictuoculi*. Precedentes. 2- Recurso ordinário não provido. (STJ - RMS 28.204 - (2008/0248598-0) - 2ª T. - Relª Eliana Calmon - DJe 18.02.2009 - p. 261). 3. "Em se tratando de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas constantes do edital e dos atos praticados na realização do certame, sendo-lhe vedado o exame dos critérios de formulação e avaliação das provas e de notas atribuídas aos candidatos. Todavia, quando se verificar a existência de erro material em questão objetiva ou mesmo vício na formulação das questões, pode o Judiciário anular tais questões, pois lhe cabe o controle da legalidade e legitimidade dos atos administrativos." (REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA- 63951-Rel. Des. Federal ANTONIO CRUZ NETTO- TRF2-5ª TURMA ESPECIALIZADA -DJU - Data:16/12/2008 - Pág.68). 4. **Deve ser mantida a nulidade da questão objetiva n. 11**, cujo teor afirma que o "brasileiro naturalizado que, em virtude de atividade nociva ao Estado," ao invés de "EM VIRTUDE DE ATIVIDADE NOCIVA AO INTERESSE NACIONAL", conforme art. 12, parágrafo 4º, inciso I da Constituição Federal, posto que não são expressões sinônimas, e, inclusive, a expressão correta impõe interpretação

grave contra os interesses da nação. 5. Remessa oficial e apelação não providas. (RIO GRANDE DO NORTE, 2010, grifos nossos).

No mesmo sentido, os autos da Apelação Cível nº 0013722-14.2006.4.01.3400, quando o Exmo. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira entendeu que questão de prova de concurso com duplicidade de resposta enseja anulação, assim decidindo:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. QUESTÃO OBJETIVA. DUPLICIDADE DE RESPOSTA. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A **duplicidade de respostas de questão de prova objetiva de concurso público enseja a anulação judicial**, no controle de legalidade dos atos administrativos, vez que foi inobservada norma do edital que regia o certame, que previa a existência de uma única resposta correta para cada questão. A anulação no caso ensejou a atribuição dos pontos correspondentes a todos os candidatos que realizaram a prova. Entendimento que se harmoniza com a jurisprudência do STJ e desta Corte. 2. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, às quais se nega provimento. (BRASIL, 2010, grifos nossos).

Na decisão acima transcrita, percebe-se que o Tribunal enfrentou a ilegalidade, modificando a decisão da banca examinadora, como meio de resguardar o comando do art. 5º, XXXV, da CF/88, afastando a rigidez da separação de poderes. Essa moderna e recente mudança no entendimento dos Tribunais traz mais segurança e certeza de que a justiça está sendo feita quanto a erros de correção de provas de concurso público.

Deve ser ressaltada também a decisão da Justiça do Distrito Federal, com relação à diminuição da quantidade de vagas em concurso público depois da realização das provas, a exemplo do concurso do Banco Central do Brasil no ano de 2010, quando no edital foi publicado um total de 350 (trezentos e cinquenta) vagas a serem preenchidas para os cargos de analista. Contudo, depois de realizadas as provas, em 31 de janeiro de 2010, e apenas quatro dias antes do resultado das provas discursivas (12/03/2010), o número de vagas da área 2 (dois) foi reduzido pela Administração de 50 para 38 vagas, com redistribuição das vagas para outras áreas. Tal atitude evidencia violação ao princípio da isonomia, bem como afronta ao princípio da segurança jurídica e da legalidade, destoando das determinações do Decreto nº 6.944/09 (BRASIL, 2009) e da motivação que devem conter os atos administrativos.

Fato é que à Administração não é permitida a alteração do número de vagas do certame, pois o art. 19, III, do Decreto nº 6.944/09 determina que: “Deverão constar do edital de abertura de inscrições, no mínimo, as seguintes informações: número de cargos ou empregos públicos a serem providos” (BRASIL, 2009). Ou seja, é vedada alteração posterior à divulgação do edital, uma vez que a situação entre candidato e banca examinadora já se encontrava definida.

Assim, no caso do concurso do Banco Central do Brasil de 2010, depois da impetração de mandado de segurança, a Juíza Ivani Silva da Luz concedeu liminar para o candidato permanecer no certame e participar do curso de formação, garantindo, se aprovado, sua nomeação e posse, com observância da ordem de classificação. Adovaldo Dias de Medeiros Filho transcreve trecho da decisão:

[...] é de se ter em vista que a eventual modificação do quantitativo de vagas ofertadas não pode se dar de forma lesiva aos candidatos, **sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva**, que deve se fazer presente em todas as relações travadas entre a Administração e os administrados. [...] Com efeito, apesar de não ter havido diminuição no total de vagas originalmente previstas no certame, a oportunidade dos candidatos que fizeram opção pelas Áreas de Conhecimento nos 2 e 5 foi seriamente restringida, enquanto candidatos que se inscreveram para as Áreas de Conhecimento 1, 3 e 6 foram beneficiados pela redistribuição das vagas, o que importa em violação ao princípio da isonomia, já que **patente o favorecimento de determinados candidatos em prejuízo de outros**. Ademais, é de se destacar que a implementação da modificação no quantitativo de vagas ocorreu após a realização das provas objetivas e discursivas, momento em que já se consolidara o direito subjetivo dos candidatos ao preenchimento das vagas tal como inicialmente oferecidas, principalmente no caso do Impetrante que, a teor do resultado final na primeira etapa, divulgado por meio do Edital nº 9, de 04 de maio de 2010, alcançou a 43ª (quadragésima terceira) colocação, estando, portanto, classificado dentro das 47 (quarenta e sete) vagas indicadas originalmente para a Área de Conhecimento pela qual optou (BRASIL, 2010 apud MEDEIROS FILHO, 2010, grifos nossos).

No caso aqui abordado, evidencia-se a lesão ao direito líquido e certo do candidato em participar da segunda etapa do certame. Uma vez reconhecida a ilegalidade na alteração da quantidade de vagas, a citada Magistrada deferiu medida liminar para impor o prosseguimento do impetrante no certame.

Essas decisões inovadoras representam a esperança para o candidato de que o Poder Judiciário age em sua defesa, afastando o princípio da separação de poderes para combater arbitrariedades da Administração, mediante a reforma dos atos viciados da mesma no âmbito dos concursos públicos, a fim de garantir a aplicação dos princípios básicos da Administração e dos concursos públicos.

Em decisão recente, datada de 23 de abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os critérios adotados pelas bancas examinadoras de concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

Esta questão foi discutida em tese de repercussão geral, fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Recurso Extraordinário nº 632.853/CE. Por maioria de votos, os ministros reafirmaram a jurisprudência do Tribunal e assentaram que apenas em casos de flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade a Justiça poderá ingressar no mérito administrativo, para rever critérios de correção e de avaliação impostos pela banca examinadora (BRASIL, 2011b).

Na ocasião, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, ressaltou que a jurisprudência do STF é antiga no sentido de que o Poder Judiciário não pode realizar o controle jurisdicional sobre o mérito de questões de concurso público. Destacou ainda que a reserva da Administração impede que o Judiciário substitua a banca examinadora de concurso, por ser espaço insuscetível de controle externo, a não ser nos casos de ilegalidade ou inconstitucionalidade. O Ministro ainda destacou que a jurisprudência do STF permite apenas que se verifique se o conteúdo das questões corresponde ao previsto no edital, sem entrar no mérito (BRASIL, 2012).

O Ministro Teori Zavascki acompanhou o voto do relator, acrescentando que a interferência do Poder Judiciário em concursos públicos deve ser mínima, pois, se os critérios da banca forem modificados com fundamento em reclamação de parcela dos candidatos, todos os outros concorrentes serão afetados.

Já o Ministro Marco Aurélio, que foi voto vencido, não conheceu do recurso extraordinário por entender que as teses sustentadas pelo governo do Ceará – interferência entre poderes e violação da isonomia – não foram examinadas pelo TJ-CE. No mérito, o Ministro também ficou vencido, pois considerou ser possível questionar com maior abrangência a legitimidade de concurso público no Judiciário.

4.1.1 Apreciação judicial da discricionariedade administrativa

A principiologia inserida na Constituição Federal, de cunho normativo, vem se sobrepondo aos antigos comandos jurídicos, ou seja, promovendo a “constitucionalização do Direito”. Sendo assim, de acordo com Eduardo Cambi, “alcança todos os ramos da Ciência Jurídica, das esferas privada (direito

empresarial, civil, comercial...) e pública (direito ambiental, penal, eleitoral...), numa nova e progressiva perspectiva do neoconstitucionalismo” (CAMBI apud DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 143). Tal como ocorreu com o Direito Administrativo, que anteriormente era regulado através da estrita cobrança da lei, o concurso público atualmente encontra-se regrado pelos próprios comandos constitucionais com suas regras explícitas e seus princípios implícitos.

A jurisprudência pátria assim se manifesta:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DO ATO DESCLASSIFICATÓRIO. CANDIDATOS INSCRITOS QUE ATUARAM COMO AVALIADORES DO TESTE FÍSICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO IMPROVIDO À UNANIMIDADE. 1. Infere-se dos autos que o agravado submeteu-se ao Concurso Público da Polícia Militar de Pernambuco/2006, concorrendo para as vagas destinadas ao cargo de soldado, e, no desenvolver do certame, restou eliminado na etapa física correspondente à prova abdominal, conforme documento de fls. 37 dos autos apensados. 2. Nessa linha, analisando os termos da ata de audiência realizada no Processo nº 001, observa-se que os Srs. Josivan dos Prazeres de Albuquerque e José Ricardo de Araújo da Silva (candidatos do certame), atuaram na etapa física correspondente ao teste abdominal, ou seja, na mesma modalidade que restou desclassificado o agravado. 3. Não é razoável selecionar como avaliadores do exame de aptidão física candidatos inscritos para concorrer aos cargos em disputa, sob pena de colocar num mesmo plano o avaliador e os avaliados, quebrando a idéia de isonomia que rege a atuação administrativa. 4. O princípio da moralidade administrativa torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração Pública, de modo que os atos praticados em desconformidade com seus parâmetros podem ser declarados inválidos. 5. Assim, ao menos nesta seara cognitiva, transparece inquinado de vício insanável o teste de aptidão física aplicado ao agravado, diante da suspeição dos avaliadores, candidatos que concorriam às mesmas vagas em disputa. 6. Precedentes desta Corte de Justiça. 7. Agravo regimental improvido à unanimidade. (PERNAMBUCO, 2012).

Isso provoca uma revolução jurídica no âmbito da relação entre a Administração Pública e os cidadãos, como bem explicado por Luís Roberto Barroso:

[...] a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais (BARROSO, 2009, p. 375-376).

Provavelmente, uma das “mudanças” mais importantes ocorridas no âmbito jurídico-constitucional brasileiro foi a possibilidade de controle mais rigoroso por

parte do Poder Judiciário, nas searas de competência dos órgãos executivos estatais, sempre observando a supremacia da Constituição Federal.

A separação absoluta entre os Poderes se torna impossível, uma vez que esta é a unidade do poder político; o que ocorre é uma colaboração ou coparticipação entre os Poderes, devidamente ordenados em determinadas tarefas.

Nesse sentido, destaca Dirley da Cunha Júnior, essa união enseja:

[...] um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum (CUNHA JÚNIOR apud TAVARES; LEITE; SARLET, 2010, p. 279).

A Constituição da República Federativa do Brasil, na condição de norma jurídica maior, assegura a todos o direito ao devido processo legal, como forma de impor justiça e equidade perante atos estatais, judiciais ou administrativos que possam acarretar estreitamento do patrimônio jurídico de qualquer indivíduo. Tal direito é essencial para o acesso à jurisdição como forma de preservar os interesses dos cidadãos contra as investidas irregulares da Administração Pública:

[...] revelando-se o princípio da inafastabilidade jurisdicional como decorrência do direito fundamental de ação, que gera a obrigação do Estado-Juiz de prestar a tutela efetiva a todo e qualquer direito que venha ou possa vir a ser violado (MARINONI, 2011, p. 213), uma vez que a possibilidade de controle dos atos administrativos, por parte do Judiciário, é manifestação da incidência vinculativa do princípio de *due process of law* (NERY JUNIOR, 2013, p. 97-98).

Tal perspectiva é importantíssima quando a questão é a tutela das liberdades dos cidadãos em relação ao arbítrio praticado por agentes administrativos que desviam suas condutas.

Exatamente por esse motivo, o que se tem visto é uma reavaliação da competência judicial para o exercício do controle externo sobre a conduta da Administração Pública, de forma que não sejam autorizados desvios de finalidade e injustiças praticadas por agentes que exercem a função executiva, especialmente quando a questão diz respeito a atos administrativos discricionários. Nesse sentido, Paulo Henrique Lucon defende a importância da ampliação do controle jurisdicional:

[...] A tendência é clara de fazer com que os órgãos jurisdicionais cheguem bem próximos ao mérito do ato administrativo (p. ex., nova análise de toda a

prova produzida no processo administrativo), ampliando sensivelmente a sua órbita de controle. Isso significa, em síntese, reduzir os conflitos até então não submetidos à análise dos órgãos jurisdicionais, ampliando sua atuação (LUCON apud DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 22-23).

Portanto, a discricionariedade e o mérito do ato administrativo são totalmente cabíveis na análise judicial, e isso se manifesta no âmbito dos mais diversos aspectos do juízo de conveniência e oportunidade que norteia a atuação dos agentes públicos.

O direito de ação é “um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais” (MARINONI, 2011, p. 210).

No direito de acesso à justiça, não se encontra somente a garantia de peticionar aos órgãos judiciais, mas também o próprio direito fundamental de acesso à justa tutela de interesses. Eduardo Cambi observa:

[...] a designação acesso à justiça não se limita apenas à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa (CAMBI apud DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 157).

Sendo assim, o direito fundamental que consiste na inafastabilidade da jurisdição assume novo contorno a partir da constitucionalização do direito processual, mais fundado nos princípios e regras constitucionais do que na legislação processual. Mesmo frente aos argumentos a respeito do perigo dos excessos de jurisdição ou em relação às possíveis falhas da prestação judicial, é preferível suportar uma falha de juízo da judicatura do que deixar ileso a Administração Pública por ato unilateral de seus órgãos.

Apesar da vinculação da atividade administrativa à lei, é possível perceber duas formas de agir da Administração Pública: a atividade vinculada e a atividade discricionária. A vinculada é aquela estabelecida por lei, sendo esta a única solução possível diante de determinada situação concreta. Já a atividade discricionária reporta ao administrador a análise dos motivos e conveniência da prática dos atos. O controle administrativo apresenta-se como o conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico determina para que a própria Administração, de forma direta ou através de órgãos especializados, exerça o poder-dever ou a faculdade de fiscalizar, orientar e revisar a atuação administrativa de todos os seus órgãos,

entidade e agentes públicos, sem exceção, ou seja, em todas as esferas de poder (ALEXANDRINO, 2008).

Considerando-se que o sistema jurídico brasileiro estabeleceu vários princípios norteadores da atividade administrativa, tais princípios devem ser aplicados a todos que, de forma direta ou indiretamente, manuseiam o dinheiro público, sob pena de depreciação do patrimônio público.

4.2 Vínculo de efetividade no concurso público

Efetividade é a situação jurídica que confere qualificação ao cargo efetivo, que somente pode ser ocupado por servidor habilitado e aprovado em concurso público, diferenciando-se, desse modo, daqueles que obtiveram acesso aos cargos comissionados. Tal efetividade é requisito dado ao servidor que, inicialmente aprovado em concurso (provimento originário), venha a ser empossado e passe a desempenhar atividades do cargo público, tendo em vista a relação estatutária.

No que tange aos cargos em comissão e funções de confiança, o inc. V do art. 37 da Carta Maior apresenta o seguinte texto:

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, 1988).

Diante do dispositivo transcrito acima, nota-se que não existe qualquer distinção clara entre as funções de confiança e os cargos em comissão. No entanto, a maior diferença entre eles é o lugar ocupado no quadro funcional da Administração Pública. O cargo em comissão ocupa um espaço na sua estrutura, uma vez que se nomeia um indivíduo qualquer para desempenhá-lo (nomeação fundamentada na mera confiança da autoridade nomeante em relação ao indivíduo nomeado), reservado o parâmetro mínimo exigido pela norma legal, conferindo-lhe um conjunto de atribuições e responsabilidades. A função de confiança, por sua vez, é conferida a servidor efetivo, que já faz parte dos quadros da Administração Pública, não alterando, portanto, a estrutura organizacional da Administração (MARINELA, 2007).

O cargo público possui definição prevista no art. 3º da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (BRASIL, 1990).

Na lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Uma vez que todo cargo por fim ao conjunto de atribuições, pode-se concluir que não existe cargo sem função, no entanto, podem haver funções sem um cargo específico correspondente, como é o caso das funções de confiança (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 209-210).

Tendo em vista o preceito constitucional disposto no inc. II do art. 37, os cargos comissionados são de livre nomeação e exoneração, ou seja, a autoridade competente pode designar e também dispensar os ocupantes de tais cargos por meio de ato discricionário. No entanto, a Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu como regra que os cargos comissionados necessitarão ser preenchidos por servidores de carreira, isto é, concursados (efetivos), nas situações, condições e percentuais mínimos determinados pela norma legal (BRASIL, 1998).

Percebe-se que tal texto não teve plena aplicabilidade, uma vez que não há na seara federal norma legal estabelecendo os percentuais mínimos de servidores ocupantes de cargos comissionados que serão obrigatoriamente ocupantes de cargos efetivos.

Cumprе anotar que, para satisfazer tal negligência, foi implementado o Decreto nº 5.497/05, aplicável no âmbito do Poder Executivo Federal, tendo valor somente nos casos de nomeações posteriores à sua edição (BRASIL, 2005a).

Vale a pena assinalar que, em relação ao dispositivo em exame, os servidores ocupantes de cargos comissionados, ainda que efetivos, não possuem estabilidade pelo desempenho nos referidos cargos. A segurança da estabilidade poderá ser adquirida pelo servidor somente em virtude de seu cargo efetivo, cargo este que ele está impedido de exercer de forma comissionada.

Sendo o servidor de carreira dispensado do cargo comissionado para o qual foi designado, retorna, automaticamente, para seu cargo efetivo, desempenhando as atribuições a ele pertinentes. No que toca àquele servidor ocupante de cargo em

comissão que não seja servidor efetivo, quando exonerado, rompe o laço com a Administração Pública.

No que tange à função de confiança, a Emenda Constitucional nº 19/98 estabelece que esta deve incidir, obrigatoriamente, sobre servidor ocupante de cargo efetivo (BRASIL, 1998). Assim, resta claro que não se pode falar em livre indicação para função de confiança; no entanto, a autoridade competente, poderá dispensar, de modo livre e a seu próprio critério, o servidor ocupante dessa função.

Tanto em relação às funções que requerem confiança quanto aos cargos comissionados, a mencionada Emenda Constitucional inseriu a regra de que tais funções e cargos destinam-se somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

No que diz respeito à fixação indiscriminada de cargos em comissão, o Supremo Tribunal Federal (STF), em caso concreto de implementação de cargos comissionados pela Câmara de Blumenau, ante os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade administrativa e da necessidade de concurso público, decidiu, no RE nº 365.368 AgR/SC (BRASIL, 2007a), que não se tratava de apreciação do mérito administrativo e sim da inconstitucionalidade da implementação dos mencionados cargos, que seriam 42 (quarenta e dois) comissionados e somente 25 (vinte e cinco) efetivos. Transcreve-se abaixo trecho da decisão:

Salientou-se que, conquanto não haja competência para o Poder Judiciário o mérito para examinar o mérito dos atos administrativos, a observância de sua discricionariedade seria possível para a averiguação de sua regularidade no que se referem às causas, as razões e à finalidade que ensejam. Tendo em vista a jurisprudência da Corte no sentido da exigibilidade de promoção ou realização de concurso público, constituindo-se exceção a implementação de cargos em comissão e confiança, reputou-se desatendido o princípio da proporcionalidade, haja vista que, dos 67 (sessenta e sete) funcionários da Câmara de Vereadores, 42 (quarenta e duas) exerciam cargos de livre nomeação e apenas 25 (vinte e cinco), cargos de provimento efetivo. Comentou-se, ainda, que a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser identificadas como critérios que, essencialmente, devem ser considerados pela Administração Pública no exercício de suas funções típicas. Por fim, insere-se que, concebida a proporcionalidade como correlação entre meios e fins, dever-se-ia respeitar a relação de compatibilidade entre os cargos implementados para satisfazer às demandas do mencionado Município e os cargos efetivos já existentes, o que não ocorrera no caso (BRASIL, 2007).

No caso de nepotismo, os parentes de juízes e promotores que ocupam cargos de confiança no Poder Judiciário e no Ministério Público, tiveram que ser

destituídos dos mesmos, por total ilegalidade, determinada mediante Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, respectivamente.

Não resta dúvida de que foram boas iniciativas, mas não o bastante para que se extinguisse o nepotismo no meio político. Com isso, em agosto de 2008, o STF ratificou a Súmula nº 13 (BRASIL, 1964a), impedindo, por completo, a prática de nepotismo nos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), como se pode verificar do texto da mencionada Súmula:

A designação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até 3º grau, inclusive da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou ainda de função gratificada da administração pública direta, indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, ofende a Constituição Federal (BRASIL, 196a).

A Súmula nº 13 tem poder vinculante, devendo, pois, ser obedecida por toda a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, abrangidas, ainda, suas autarquias estatais, bem como pelos tribunais de todo o país.

A partir de sua publicação, ficou vedado também o nepotismo cruzado. Contudo, o verbete sumular não proibiu a nomeação de parentes para cargos políticos, os quais ainda podem ser ocupados no primeiro escalão, ou seja, ministros de estados e secretários estaduais e municipais (BRASIL, 1964a).

A interposição de recursos no caso de contratação e/ou designação de entes familiares até o terceiro grau pela Administração Pública é proibida pela referida Súmula, devendo esta ser implementada por intermédio de reclamação diante da própria Corte, que deverá decidir cada caso.

4.3 A tutela jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra-se petrificado no art. 5º, XXXV, da CF/88, que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Isso quer dizer que cabe ao Judiciário a *res judicata*. Ou seja, decisão alguma, em âmbito administrativo, é afastada do controle jurisdicional.

Porém, nem sempre se pensou assim. Para ilustrar o pensamento clássico, as palavras de José Cretella Júnior:

Por fim, ato administrativo que envolva ordem de prisão disciplinar, que ocorre tão-somente no âmbito das Forças Armadas, é insuscetível de reexame jurisdicional, mesmo que eivado de patente ilegalidade (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 449).

5 CADASTRO DE RESERVA

A aprovação em cadastro de reserva em concurso público sempre foi tema de grandes e sérias preocupações para os candidatos, que, muitas vezes, ficavam com a sensação de “passei, mas não levei”.

Isso porque, até o início de 2013, os tribunais entendiam que o candidato aprovado no cadastro reserva, diferentemente daquele aprovado dentro do número de vagas imediatas disponibilizadas pelo edital, não possuía direito líquido e certo (ou direito subjetivo) à nomeação, mas, sim, mera expectativa de direito. Dessa forma, para o Judiciário, a nomeação dos candidatos excedentes se inseria no limite do poder discricionário da Administração Pública, não cabendo a ele imiscuir-se nessa seara para determinar – ou não – a investidura do candidato aprovado em concurso público.

Todavia o posicionamento judicial desfavorável ao candidato aprovado em cadastro de reserva comportava uma exceção: caso o candidato excedente comprovasse existência de preterição na ordem de classificação, estar-se-ia diante de circunstância autorizadora da interferência do Poder Judiciário na esfera administrativa para determinar sua nomeação pela via judicial.

Enquanto o referido entendimento era replicado maciçamente pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal tinha, em sua pauta, um processo com repercussão geral (RE nº 598.099/MS), reconhecida, versando sobre o direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas inicialmente previstas no edital (BRASIL, 2011a).

No julgamento do referido processo, a Corte Suprema, afirmando a existência de direito líquido e certo à nomeação daqueles candidatos aprovados dentro das vagas inicialmente previstas no edital, permitiu que a Administração, em algumas situações absolutamente excepcionais, motivasse a escusa do seu dever de nomear. Mais que isso, ressaltou que o tema em análise – concurso público – exigia obediência incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas a serem preenchidas, tendo em vista que o Estado-Administrador deve respeito aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, base do Estado de Direito.

Assim, mais que a consolidação do entendimento de que há direito líquido e certo à nomeação daquele candidato aprovado em concurso público, a partir da publicação do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário

se reverenciou às diretrizes ali instituídas para decidir questões sobre o complicado tema de concurso público, estendendo a aplicação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé também àqueles aprovados fora do número de vagas instituídas no edital.

Não por outro motivo, no início de 2013, o Superior Tribunal de Justiça começou a sinalizar a modificação de seu entendimento quanto aos candidatos aprovados em concurso público no cadastro de reserva.

O primeiro julgado da Corte Superior aderindo às novas orientações do Supremo Tribunal Federal foi o MS nº 18.881/DF, da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (BRASIL, 2013b).

No acórdão proferido, embora o relator tenha reconhecido que o edital de abertura do concurso informava o oferecimento de “49 vagas, acrescidos dos cargos que vagarem durante o período de validade do concurso público”, ressaltou que, no edital, não se verificava um número fechado de vagas a serem preenchidas durante a validade do certame. Ao contrário, o edital dispunha sobre a possibilidade de preencher, além das referidas 49 vagas previamente disponibilizadas, novas vagas que viessem a surgir dentro do prazo de validade do certame, até o limite de classificados em cadastro de reserva.

Com isso, a demanda foi julgada favoravelmente à candidata excedente, que comprovou que o número das novas vagas criadas durante a validade do certame alcançavam na classificação obtida, tratando-se, pois, de direito líquido e certo à nomeação de candidato aprovado em concurso público.

Posteriormente sobrevieram o RMS nº 37.882/AC (BRASIL, 2012b) e o Ag/Rg no RMS 38.117/BA (BRASIL, 2012a), que complementaram as diretrizes até então estabelecidas para o julgamento de ações que versassem sobre o direito à nomeação dos candidatos aprovados em cadastro de reserva ante o surgimento de novas vagas.

Nesses dois julgados, o Superior Tribunal de Justiça manteve seu entendimento quanto à obediência às regras do edital, principalmente no que se referia à oferta de vagas, afirmando que, quando a Administração fixa um número mínimo (vagas imediatas) e um número máximo (cadastro de reserva) de vagas a serem providas durante o prazo de validade do certame, não é possível admitir que, posteriormente, o gestor público alegue ausência de direito líquido e certo a

nomeação do candidato aprovado e classificado nas vagas decorrentes de cadastro de reserva.

Ocorre que, quando tudo parecia convergir a favor daqueles candidatos aprovados em cadastro de reserva, sobreveio, então, o RMS nº 37.841/AC (BRASIL, 2013a), que trouxe à tona, novamente, o antigo entendimento de que a criação de vaga durante o prazo de validade do certame não gera direito automático à nomeação do candidato aprovado em cadastro de reserva, pois o preenchimento das referidas vagas estaria submetido à discricionariedade da Administração Pública.

Apesar de o referido julgado ser considerado evidentemente um retrocesso no entendimento do STJ, trata-se de uma única decisão divergente do coro favorável que os julgadores têm encartado a favor daqueles candidatos aprovados em cadastro de reserva.

Sobre tal discussão o Supremo Tribunal Federal assim tem se manifestado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282 DO STF. ADMINISTRATIVO. INVESTIDURA EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. SUBMISSÃO À REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE PASSA A FIGURAR DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...)

III – O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público.

IV – O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital na hipótese em que surgirem novas vagas no prazo de validade do concurso. Precedentes.

V – Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014)

(

Embora a simples não convocação do aprovado já enseje queda da qualidade do serviço público, ante a ausência de qualquer justificativa para a omissão administrativa, a jurisprudência também destaca certas hipóteses fáticas que tornam inequívoca a necessidade dessa convocação.

A expectativa de direito à nomeação se converte em direito líquido e certo quando há o surgimento de vaga e, concomitantemente, a prática, por parte da administração, de ato inequívoco que demonstre a necessidade ou o interesse em preencher a vaga em questão. Como exemplo de ato inequívoco, tem-se consagrado: a) a contratação precária para a realização de atividade idêntica àquela para a qual existe cadastro de reserva apto a

preencher o cargo; b) a abertura de novo concurso com previsão de vagas quando ainda está válida seleção em que foi formado cadastro de reserva para provimento do mesmo cargo; e c) convocação de certo número de candidatos com posterior desistência ou impedimento dos convocados para ocupar as vagas, fazendo-se necessária nova convocação do número de candidatos suficiente para preencher as vagas que restaram. Precedentes do Colendo Tribunal da Cidadania e desta Corte Regional. (PJE: 08009945520124058000, AC/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 13/03/2014)

Portanto, não há motivos para desilusões.

As decisões favoráveis, dando a correta aplicabilidade ao que se denomina cadastro de reserva, permanecerão em vigor, baseadas em uma justa evolução jurisprudencial para garantir maior proteção aos candidatos, tantas vezes prejudicados pelos atos arbitrários da Administração que, sob o manto da discricionariedade, mesmo havendo cargos vagos em seu quadro, prefere deixar escoar o prazo de validade do certame sem que realizem novas nomeações.

6 CONCLUSÃO

Pode-se concluir que a Constituição Federal de 1988 tornou-se um marco ao determinar a obrigatoriedade da aprovação em concurso público para a investidura em cargo público. Contudo, as antigas questões relativas ao desrespeito aos princípios administrativos no decorrer do processo seletivo ainda requerem ser sanadas, principalmente por meio da tão esperada lei específica para os concursos públicos.

Ao elaborar o edital do concurso público, a Administração tem plena autonomia, seja em relação a outros editais, seja em relação a outros certames de concursos públicos anteriores, para a mesma função, objeto da seleção, para estabelecer novos pontos, novos títulos, etc. Não existe qualquer vinculação do edital a editais ou certames que vierem a suceder-lhe, dada a autonomia do edital, que inclusive pode abranger novas exigências, não previstas no edital antecedente, mas que são suficientes, que provêm das necessidades do exercício do cargo, das atribuições do servidor público etc.

O instituto do concurso público tem por objetivo principal selecionar os candidatos mais capacitados, sendo vedada e, portanto, considerada inconstitucional a permissão inicial de benefício a certas pessoas ou categorias de servidores públicos, porquanto tal conduta dá origem à desigualdade entre os concorrentes. A única exceção possível é aquela constitucionalmente disposta no art. 37, IV, da CF/88: a preferência de nomeação dada aos cidadãos concursados remanescentes de concurso realizado anteriormente, desde que não tenha findado seu prazo de validade.

Assim, foi possível entender que o concurso público é a forma mais eficiente e democrática de acesso ao serviço público, considerando-se que os direitos são iguais para todos os cidadãos, devendo sua realização obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, igualdade e eficiência.

Ocorre que, em relação ao concurso público, muitas são as irregularidades praticadas pelo ente que o promove, ensejando a interferência do Poder Judiciário para que o candidato veja seu direito tutelado.

Nas últimas décadas, tem havido certa flexibilização na questão dos limites do Judiciário frente à realização de concursos públicos. Irregularidades praticadas pela banca examinadora, por exemplo, vêm sendo corrigidas pelos magistrados no

sentido de garantir os direitos dos candidatos, ainda desprotegidos pela legislação pátria.

As várias decisões judiciais transcritas no trabalho sinalizam a tendência do Poder Judiciário em modificar posições arbitrárias praticadas pelos órgãos responsáveis pela realização dos concursos. O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o candidato aprovado em concurso público tem direito à nomeação ao cargo e não somente expectativa de direito, especialmente no que se refere à redução do número de vagas após a realização das provas, em total desacordo com o divulgado no edital de abertura.

Já tendo sido fixado o entendimento de que os aprovados dentro do número de vagas possuem direito subjetivo à nomeação, importa verificar se há igual possibilidade aos aprovados dentro do cadastro de reserva.

Os certames atuais, até em atendimento ao princípio da eficiência, abrem a possibilidade de provimento para, além das vagas existentes, aquelas que porventura vierem a existir dentro de determinado prazo de validade fixado no instrumento convocatório, o chamado “cadastro de reserva”. Certamente não seria prudente abrir seleção destinada a prover apenas número certo e, por vezes, mínimo de vagas.

Considerando a incerteza do surgimento de outras vacâncias em dado período, motivadas, por exemplo, por aposentadoria por invalidez ou falecimento de agente, ou os certames seriam realizados frequentemente, o que implicaria tempo de planejamento e execução e oneração dos custos públicos, ou restaria prejudicada a boa gestão ante a carência de servidores. Assim, é evidente a correta utilização do cadastro.

Importa, todavia, notar que, da mesma forma como anteriormente se dava com aqueles aprovados dentro do número certo de vagas, há, e não poucas, situações em que a Administração, mesmo sendo inequivocamente necessário, opta por não convocar os que lograram êxito dentro da lista de reservas para aguardar o término da validade do concurso e, só então, abrir um novo concurso para provimento, que, certamente, poderia ter sido feito há tempos antes.

Ora, se há cargo vago, é de se presumir sua necessidade de provimento, caso contrário deveria ser declarada sua desnecessidade ou extinção (art. 41, § 3º, c/c art. 84, VI, b, ambos da CF/88). A própria norma insculpida no art. 3º da Lei nº

8.112/1990, estatuto dos servidores públicos da União, a título de exemplo, o conceitua como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”. O cargo público existe, assim, em razão de uma concepção de gestão, de necessidades públicas que devem ser supridas, sendo inaceitável a existência de lacunas na repartição.

Razões diversas, como necessidade de realização prévia de concursos internos de remoção (oportunizando aos servidores com mais tempo de carreira assumir lotação que se vislumbre mais vantajosa), readequações administrativas e até mesmo disponibilidade orçamentária para dado momento, permitem a faculdade administrativa de convocar o candidato em momento mais adequado. Tais hipóteses, em virtude ainda dos princípios basilares regentes da gestão pública, devem ser devidamente justificados.

Todavia, havendo cargo vago e sua inequívoca necessidade de provimento, não há razão para não convocar o aprovado no cadastro de reserva, sob pena de macular a eficiência administrativa, causando prejuízos tanto ao aprovado (que vê furtada sua acessibilidade aos cargos públicos), como também a própria Administração Pública, pois passará a enfrentar déficit na prestação do serviço.

Não obstante o momento da convocação esteja, de fato, inserido no âmbito da discricionariedade, podendo a Administração por ele optar de forma oportuna e conveniente, certo é que esse momento não poderá perdurar indefinidamente. Havendo constatação inequívoca da necessidade de provimento, deverá ser convocado o próximo da fila.

Com tal embasamento, os Tribunais pátrios passam a acolher a mesma forma do posicionamento já estabelecido em relação ao candidato aprovado dentro do número de vagas, entendendo que aquele aprovado em cadastro de reserva, caso comprovada existência de cargo vago e sua inequívoca necessidade de provimento, passa também a ter direito subjetivo à nomeação, sob pena de ferirem-se os princípios basilares e a boa gestão pública.

Deve, assim, o Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo a fim de exercer o papel que lhe foi delegado pelo poder constituinte originário, que é o de fazer cumprir os preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Breves conceitos sobre o instituto do concurso público no Direito brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 6, n. 15, nov. 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092>. Acesso em: 22 out. 2014.
- AGRA, Walter de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**, de 03 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.
- BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.
- BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.
- BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.
- BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.
- BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.
- BRASIL. Constituição (1969). **Emenda Constitucional nº 01**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 19**, de 4 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acessado em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 21 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Decreto nº 5.497, de 21 de julho de 2005a. Dispõe sobre o provimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 1 a 4, por servidores de carreira, no âmbito da administração pública federal. **Diário Oficial da União**, 22 jul. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5497.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009. Estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, organiza sob a forma de sistema as atividades de organização e inovação institucional do Governo Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 24 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6944.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, 5 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS nº 37.841/AC**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/08/2013a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS nº 38.117/BA**. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julg. 18/12/2012a, DJe 04/03/2013;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS nº 18.881/DF**. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 26/04/2013b, DJe 26/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 37.882/AC**. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 18/12/2012b, DJe 14/02/2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 790897 AgR**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julg. 25/02/2014a, DJe-045 Divulg 06-03-2014 Public 07-03-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 365.368 AgR/SC. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/05/2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 390.939/MA. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 16/08/2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 9 set. 2005b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 501.713/PA. Relator: Ricardo Lewandowski, julgado em 06/05/2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 maio 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 598.099/MS. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011a, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 632.853/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 07/10/2011b. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 13, de 13 dez. 1963. A equiparação de extranumerário a funcionário efetivo, determinada pela Lei 2284, de 9/8/1954, não envolve reestruturação, não compreendendo, portanto, os vencimentos. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1964a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 15, de 13 dez. 1963. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1964b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 16, de 13 dez. 1963. Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1964c.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 231. A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada. **Diário Oficial de Justiça**, Brasília, 3 jan. 1995.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. AC nº 0013722-14.2006.4.01.3400/DF. Rel. Desembargadora Maria Isabel Gallotti Rodrigues. **Diário de Justiça Federal**, Brasília, 14 jun. 2010.