

ELTON BATISTA DA SILVA

DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO
PÚBLICO E O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Professor Osmando Formiga Ney

SOUSA

2014

ELTON BATISTA DA SILVA

DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO
PÚBLICO E O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Osmando Formiga Ney

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador Prof.^a Esp.

Examinador

Examinador

Agradeço a Deus, pela capacitação concedida, sem a qual não poderia ter sido realizada a presente pesquisa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pelos obstáculos ultrapassados e as vitórias alcançadas.

Aos meus pais, Ednaldo e Marizeth, pelo exemplo que são em minha vida.

À minha linda esposa Erica, pelo amor, incentivo e paciência, por dividir comigo a exaustão do trabalho e a alegria da conclusão.

À minha filha Emily, por existir, por está do meu lado, pelas alegrias que ela me proporciona a todo o momento.

Aos meus irmãos, Luiza, Carlos Eduardo, Lílian e Everton, pelo carinho e incentivo sempre demonstrados.

A todos os meus professores que contribuíram para a minha formação profissional.

A meu orientador, professor Osmando Formiga Ney, pela orientação concedida durante todo o processo de trabalho.

“O conhecimento não é algo acabado,
mas uma construção que se faz e refaz
constantemente”.

Autor desconhecido

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar o direito subjetivo á nomeação dos candidatos aprovados em concurso público dentro das vagas oferecidas no edital. Assim, será feita uma descrição da influência da luta pelo direito no concurso público ao longo das Constituições brasileiras. Pois esse instituto vem proporcionar maior moralidade e impessoalidade aos atos realizados pelo poder publico. Logo depois será descrito os princípios constitucionais, estes explícitos na constituição, fundamentais ao concurso público: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além dos princípios do Direito administrativo, implícitos no ordenamento jurídico, porem básicos para o funcionamento da administração pública: Discricionariedade, indisponibilidade do interesse público, Supremacia do Interesse Público e Continuidade dos Serviços Públicos. E após se conhecer a evolução do concurso publico e seu fundamento aborda-se o entendimento doutrinário e jurisprudência do assunto, além de decisões do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal analisando até onde persistirá esse direito á nomeação e onde esse direito colide com o poder discricionário da Administração Publica. O Método abordagem será o Dedutivo e a Técnica de pesquisa será documentação indireta, através de doutrinas existentes, legislação brasileira, jurisprudência em âmbito nacional, conteúdos científicos e sites.

Palavras-chave: concurso público. Direito subjetivo. Administração pública. Legalidade. Eficiência. Discricionariedade.

ABSTRACT

This study course completion aims to analyze the subjective right to appointment of successful candidates in tender inside of the positions offered in the announcement. Thus, a description of the influence of the struggle for the tender along the Brazilian Constitutions will be made. For this institute is to provide greater morality and impersonality to acts performed by public power. Soon after the constitutional principles will be described, these explicit in the constitution, fundamental to the tender: legality, impersonality, morality, publicity and efficiency. Discretion, unavailability of public interest, Supremacy of the Public Interest and Public Service Continuity: In addition to the principles of administrative law, implicit in the legal system, basic to the functioning of public administration however. And after knowing the evolution of the public tender and its grounds, will discuss the doctrinal understanding of the issue and case law, and decisions of the Superior Court and Supreme Court Federal analyzing how far this right will persist appointment and where this right collides with discretion Public Administration. The search method will be through existing doctrines, Brazilian legislation, case law nationwide, scientific content and sites.

KEYWORDS: public subjective rights. Public administration. Legality. Efficiency. Competition discretion.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
1. Concurso público: evolução e importância.....	11
1.1 Evoluções do concurso público.....	11
1.2 Constituição Federal de 1988: uma nova visão de direito.....	14
2. Princípios fundamentais do concurso público.....	17
2.1 Princípios Constitucionais ou Princípios explícitos.....	17
2.1.1 Princípio da Legalidade.....	17
2.1.2 Princípio da Eficiência.....	18
2.1.3 Princípio da Moralidade.....	19
2.1.4 Princípio da Publicidade.....	21
2.1.5 Princípio da Isonomia, igualdade ou da Impessoalidade.....	21
2.2 Princípios Administrativos ou Princípios Implícitos	22
2.2.1 Princípio da Discricionariedade	22
2.2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público.....	23
2.2.3 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.....	24
2.2.4 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos.....	25
3. Direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público.....	26
3.1 Edital: a “lei” do concurso.....	28
3.2 Evoluções nos tribunais.....	30
3.3 Opiniões de autores.....	32
3.4 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.....	33
3.5 Entendimento do Superior Tribunal Federal.....	35
3.6 Contratações Precárias e o Direito dos Candidatos.....	36
3.7 Projeto de Lei do Senado nº 74/2010.....	37
Considerações Finais.....	39

Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é tratar de uma questão de relevância social, o direito de nomeação aos candidatos aprovados em concurso público, pois esse direito é um preceito constitucional. O Estado tem o dever de realizar o concurso obedecendo à regulamentação prevista para ele, respeitando sempre as leis e princípios que fundamentam o concurso para que o processo ocorra de forma isonômica e transparente, que seja selecionado o candidato mais preparado para o cargo.

Os órgãos do Estado são responsáveis por sua materialização, e por ser uma criação ficta e imaterial, precisam desses órgãos para alcançar eficácia e efetividade. Quando um agente estiver revestido da sua função do cargo ou emprego público todo seu ato será visualizado como ato do Estado. Essa mesma pessoa no exercício da sua função compõem os órgãos públicos

O agente público pode ser classificado em categorias: agente político; militares; particulares em colaboração com o poder público; servidores públicos. Este último de maior relevância, pois concentra-se nossas pesquisas nele, já que o servidor Público é resultado do concurso público. Portanto, servidores públicos são espécies dentro do gênero “agentes públicos”. Ou seja, esta expressão é a mais ampla para designar genericamente e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público.

No tocante ao objeto de estudo, a previsão de vagas no edital do concurso faz presumir a necessidade de pessoal para satisfazer a necessidade da administração, por isso, no momento que o candidato aprovado dentro das vagas oferecidas não é convocado fere o princípio da boa-fé, ou seja, não é razoável admitir-se que uma pessoa pratique determinado ato, e em seguida, realize conduta diametralmente oposta.

Visa-se analisar o direito subjetivo dos candidatos aprovados em concursos públicos dentro das vagas oferecidas e até onde vai o poder discricionário da Administração Pública. Por isso é necessário, também, estabelecer quais os limites do entendimento do poder discricionário, uma das premissas fundamentais da Administração. Fundado nos critérios de conveniência e oportunidade, o abuso desse poder caracteriza eventual arbitrariedade contra os administrados. A temática é recorrente no cenário atual, logo, sendo de crucial análise.

As técnicas de pesquisa a serem utilizadas serão: a documentação indireta, pesquisas bibliográficas e documentais acerca do tema, através de doutrinas existentes que possam fornecer fundamento para o direito subjetivo do candidato aprovado dentro das vagas oferecidas

no edital do concurso público, legislação, jurisprudência em âmbito nacional, conteúdos científicos e sites.

Inicialmente se faz uma análise de concurso público. Assim, será feita uma descrição da influência da luta pelo direito no concurso público ao longo das Constituições brasileiras. Pois esse instituto vem proporcionar maior moralidade e impessoalidade aos atos realizados pelo poder publico.

Em um segundo momento será descrito os princípios constitucionais, fundamentais ao concurso público: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além dos princípios do Direito administrativo, em especial, a Discricionariedade, a indisponibilidade do interesse público, a Supremacia do Interesse Público e a Continuidade dos Serviços Públicos. A constituição Federal fez bem quando estabeleceu regras precisas para o ingresso no Serviço Publico amparado nos princípios gerais do direito.

Em um terceiro momento será abordado quais seriam os direitos do aprovado e se o candidato aprovado em concurso publica dentro das vagas oferecidas teriam o direito adquirido de ser nomeado, até onde persistirá esse direito e onde esse direito colide com o poder discricionário da Administração Pública. Em tempo será trazido o que a jurisprudência e doutrinadores entendem sobre o assunto.

1. CONCURSO PÚBLICO: EVOLUÇÃO E IMPORTÂNCIA

Se tem que saber primeiro de onde vem a ideia do concurso público e a sua importância dentro da Administração Pública, sendo assim, interessante ao trabalho, fazer uma análise sobre o procedimento de seleção de servidores públicos, partindo da luta por direitos após 1988.

Conforme o professor Carvalho Filho (2012):

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

1.1 Evoluções do concurso público

Com a evolução da Administração Pública os cidadãos buscaram assegurar seus direitos e em face disso o concurso público teve sua inserção progressiva ao longo das Constituições brasileiras, a partir do texto de 1934. Faremos um breve histórico de onde se originou o instituto concurso público e sua evolução além da descrição da previsão legal referente ao cargo público, e a posterior previsão de concurso para o ingresso nas carreiras públicas, em paralelo com as teorias da Administração do patrimonialismo e da burocracia administrativa.

A Constituição Política do Império, outorgada pelo imperador D. Pedro I, de 25 de março de 1824, não traz nada sobre o tema concurso público, fez vaga referência no seu Título VIII – que versa das disposições gerais e das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros – art. 179, inciso 14 “que todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes”.

Antes do sistema da burocracia administrativa, instaurado a partir da Constituição de 1936, a teoria administrativa preponderante era a do patrimonialismo, onde há a ausência de limites entre os bens públicos e os privados, onde o sistema funcionava de acordo com os interesses do administrador. Predominava o nepotismo, ou seja, a nomeação de cargos públicos, a serem vitalícios e hereditários.

A primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, também não previu em seus artigos nenhuma disposição acerca de concurso público. Cita-se, entretanto, o seu

artigo 73, que dispôs: “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros observadas às condições de capacidade especial que a lei estatuir”. No artigo 79 havia proibição de acumulação de cargos públicos entre Poderes distintos e eram vedadas cumulações remuneradas.

A previsão da acessibilidade dos cargos públicos por meio de concurso público só veio aparecer na Constituição de 1934. O seu artigo 168 e 170, rezavam em síntese que “sem distinção de sexo ou estado civil observado as condições que a lei estatuir” era prevista a acessibilidade, sendo o concurso público “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar (...)”.

Apesar ainda de um grande poder discricionário por parte da administração foi possível nessa Carta visualizar uma modernização da administração pública. Algumas inovações foram introduzidas, como Concurso aberto ao público na primeira investidura, a possibilidade de concurso interno, liberdade ao legislativo na escolha de quais cargos de carreira poderia haver concurso, estabilidade do servidor (após dois anos no serviço público, para os nomeados em virtude de concurso de provas; e, após dez anos de efetivo exercício para demais servidores, art. 169), proibição de acumulação remunerada de cargos públicos, sejam eles ocupados na União, nos Estados ou Municípios.

A teoria da burocracia administrativa só passa a vigorar partir de 1936, onde a administração passa a ser embasada nos pilares da carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo. O objetivo dessa teoria era erradicar o nepotismo e a corrupção decorrentes do sistema patrimonialista. Assim, revela-se o início da busca pelo profissionalismo, ou seja, a procura por profissionais aptos ao exercício do cargo; e pela meritocracia, a escolha dos que mais se destacam.

A redação da Constituição de 1934 foi praticamente acolhida pela Constituição de 10 de novembro de 1937 e 18 de setembro de 1946. Gilmar Mendes faz um análise das cartas constitucionais a partir do ano de 1937, o que de fato nos remete a evolução da história dos concursos públicos nos constituições brasileiras até o estágio em que se encontra atualmente, com suas regulamentações, exigências, princípios basilares:

A carta de 1937, também continha disposição segundo a qual a primeira investidura nos cargos de carreira havia de se fazer mediante concurso de provas ou títulos (art. 156, alínea b). O constituinte de 1946 disciplinou a matéria no título VII, assegurando acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros (art. 184) e estabelecendo que ‘a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso’ (art. 186). 3. Não se pode negar que a doutrina pátria já considerava que os preceitos constantes do Título VIII, da Constituição de 1946, constituíam uma efetiva garantia constitucional, entendendo

que os seus ditames obrigavam tanto ao Poder Público Federal, quanto aos Estados e Municípios (MENDES, 2005,pág.164).

A partir da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 começava a consolidar efetivamente a cultura do amplo acesso aos cargos públicos, pois em seu art. 95, parágrafo primeiro, traz “a nomeação para cargo público de provas ou de provas e títulos exige aprovação prévia em concurso público” pelo qual se selecionava os candidatos melhor habilitados. Já o seu art. 95, prescreve que “prescinde de concurso à nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração”.

Ilustra Gilmar F. Mendes:

Diversamente a Constituição Federal de 1967 não se limitou a assegurar a acessibilidade dos cargos públicos aos nacionais. Exigiu-se a prévia aprovação em concursos públicos aos nacionais. Exigiu-se a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração (art. 95, §§1º e 2º). O constituinte de 1969 atenuou a exigência da carta de 1967, estabelecendo que a primeira investidura em cargo dependeria de aprovação prévia em concurso público, salvo os casos indicados em lei (art.97, §1º). (...) Concluindo-se: ‘(...) a constituição de 1967 traduz um significativo marco na concretização do princípio da acessibilidade dos cargos públicos aos nacionais. Mesmo a alteração introduzida pela Emenda nº 1 de 1969, não se mostrou suficiente para atenuar a força normativa do preceito constitucional. E a interpretação consagrada pelo Supremo Tribunal, que impõe âmbito material restrito à cláusula ‘salvo os casos indicados em lei’ vem contribuindo, de forma decisiva, na implantação do merit system no serviço Público Brasileiro (MENDES, 2005,pág.164).

Nessa Constituição de 1967 os cargos públicos efetivos e a quase totalidade de vitalícios os concursos públicos só podem ser de provas ou de provas e títulos, também se dispôs segundo Meirelles:

(...) para os cargos públicos efetivos e a quase totalidade de vitalícios os concursos públicos só podem ser de provas ou de provas e títulos, ficando, assim, afastada a possibilidade de seleção com base unicamente em títulos, como ocorria na vigência da Constituição de 1946, que fazia igual exigência para a primeira investidura em cargos de carreira, silenciando, entretanto, quanto à modalidade de concurso. (MEIRELLES, 1999).

Concurso público para admissão nos empregos públicos na Constituição de 1967 não era ainda exigido, e os servidores celetistas não tinham direito à estabilidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, considerada a Constituição cidadã e a mais democrática das constituições históricas brasileiras. Foi a que trouxe mais inovações acerca do tema, passando a exigir o concurso

público de provas ou de provas e títulos para o ingresso nos cargos e nos empregos públicos (art. 37, Incisos I e II).

A “Constituição cidadã” como é conhecida a constituição de 1988 consagra a busca por mais direitos individuais, ampliando os direitos fundamentais do cidadão. Nessa direção, segue o concurso público, que tem suas bases nos princípios da isonomia, moralidade, legalidade. Segundo Carvalho Filho:

O concurso público é o instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos. Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público (CARVALHO FILHO, 2012, p. 623).

A necessidade do concurso público teve suas raízes históricas desde 1824 e sofreram mudanças nas constituições que se seguiram, tudo isso foi fruto da luta contra a hereditariedade e nepotismos, objetivando o preenchimento dos cargos com candidatos cada vez mais capacitados a cumprir as suas obrigações, além de seguir pela supremacia do interesse Público relativo ao interesse da Administração Pública.

1.2- Constituição Federal de 1988: uma nova visão de direito

A luta pelos direitos dos sujeitos de Direito individualmente reconhecidos foi uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988. José Eisenberg, em seu texto “Pragmatismo, Direito reflexivo e judicialização da Política”, elucida o processo de interferência positiva do Judiciário e dos tribunais em face do Legislativo. Inicialmente, explica como intervém o pragmatismo:

Para o pragmatismo, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do direito, mas, na maior parte das vezes (ou pelo menos frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é o proviso ‘exceto em casos em que fatores preponderantes prescrevam o contrário’. (...) O pragmatismo, portanto, aponta para a heterogeneidade de recursos utilizados pelo direito para produzir resoluções políticas para disputas que precisam ser formatadas em termos apolíticos e abstratos. Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito. Ao decidir, ele torna-se servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis consequências de seu julgamento (EISENBERG, 2002, p.49).

Passa o autor a explicar como procedem aos fenômenos da judicialização e da tribunalização, sob a ótica do pragmatismo jurídico:

Neste contexto, a judicialização da política, isto é, a ampliação do alcance da ação executiva e legislativa do Judiciário, é interpretada como uma expansão das demandas por resolução de conflitos sociais, que geram a necessidade de o direito raciocinar sobre novas consequências desejáveis. A tribunalização por sua vez, enquanto movimento inverso da judicialização, aponta para o mesmo fenômeno, ainda que novas consequências 17 desejáveis sejam introduzidas nos horizontes dos poderes Legislativo e Executivo, que buscam através de instrumentos tipicamente jurídicos realizar essas consequências. Nesse sentido, na visão do pragmatismo jurídico, os fenômenos da judicialização e da tribunalização da política não são nem positivos nem negativos a priori, indicando apenas a necessidade imperativa de se olhar para a atividade dos atores do sistema judiciário de um ponto de vista consequencialista. “Sob a ótica realista desses autores, tais fenômenos devem ser analisados de uma perspectiva sociológica, e não normativa, no sentido de compreender as transformações que ocasionaram novas demandas e novas finalidades sociais desejadas (EISENBERG, 2002, p.50-51).

Eisenberg faz referência à teoria de Niklas Luhmann, de sua obra “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System” tentando mostrar que o direito reflete sobre seus próprios institutos. Conforme Eisenberg:

Além de realizarem operações de observação mútua, os subsistemas sociais também são capazes daquilo que a teoria dos sistemas designa de ‘acoplamento estrutural’. Uma vez que todo e qualquer subsistema social é composto de comunicações dotadas de significado, a existência de atos comunicativos compartilhados pelos subsistemas permite que eles se conectem uns aos outros. Isto não significa que os subsistemas observam seus acoplamentos estruturais, mas sim que eles precisam lidar com as ‘perturbações, irritações, surpresas e frustrações canalizadas pelo seu acoplamento estrutural (EISENBERG, 2002, p.55).

Segundo Eisenberg existe uma resistência por parte de outros autores do direito reflexivo com relação aos fenômenos:

O império da lei em uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada, isto é, o império da racionalidade jurídica na criação, resolução e prevenção de disputas, significa que, nas práticas sociais e nos conflitos que lhe são inerentes, os atores e instituições consideram que a estratégia da juridificação desses conflitos a estratégia mais virtuosa, e não simplesmente a estratégia mais eficaz para atingir seus próprios objetivos. Em outras palavras, da perspectiva do direito reflexivo, a judicialização e a tribunalização da política são riscos inerentes a esse império, já que implicam movimentos de desdiferenciação funcional que tiram do direito sua capacidade de fornecer aos outros subsistemas, via acoplamentos estruturais, seu código normativo específico (EISENBERG, 2002, p.57).

O autor defende que é mais benéfica a crescente transformação promovida por esses fenômenos, Conforme Eisenberg:

Parece não haver dúvidas, no entanto, de que no Brasil diversas incompletudes no plano da autonomia do direito são supridas por um permanente judicialização da política, que em nosso país esta longe de ser simplesmente um vício de superjuridificação. Parece claro também que os recentes movimentos de tribunalização da política, em particular o uso de CPIs no Legislativo, apontam para uma densificação do império do direito e de suas normas, especialmente no que tange à procedimentalização e à neutralidade na aplicação desses procedimentos (EISENBERG, 2002, p.58).

Esta politização do Judiciário é para o bem, ainda que muitas vezes possa ser também para o mal, mas não faltam exemplos de como nosso direito vem funcionando no Brasil como contrapeso radical a práticas conservadoras da classe política ou econômica. A juridificação dessa capacidade de absorção de conflitos através de direitos de desestabilização que permitam resistir à juridificação daquelas práticas conservadoras será, necessariamente, um outro passo importante na democratização de nosso país (EISENBERG, 2002, p.59).

Os fenômenos mostrados por Eisenberg revelam o anseio social na busca por mais direitos, pois os fenômenos da judicialização e a tribunalização são formas da política atender a necessidade crescente por resoluções de conflitos sociais. O direito moderno é um Direito mais dinâmico, que atualizar-se ao longo do tempo, conforme a necessidade se apresenta, tornando-o um reflexo do que é exigido pela sociedade.

Em particular para o presente trabalho, o concurso público é consequência da vontade por uma maior igualdade, como será visto a seguir.

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONCURSO PÚBLICO

É dever da administração Pública, em se tratando de concurso público, agir baseado em princípios constitucionais e administrativos. Por isso antes de analisar o edital que é a “lei” do concurso, é indispensável definir quais princípios serão utilizados em sua análise. Aos princípios, explícitos no artigo 37 da constituição federal de 1988, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, são adicionados outros princípios que são o da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da continuidade dos serviços públicos e da discricionariedade, estes últimos princípios administrativos implícitos.

2.1 Princípios Constitucionais

A adequação das condutas do administrador público em alinhamento aos preceitos constitucionais foi uma inovação trazida pela Constituição Federal 1988, dos quais incluem a observância aos princípios aplicáveis aos concursos públicos. Os princípios constitucionais elencados estão referenciados na Constituição de 1988 de forma explícita.

2.1.1 Princípio da Legalidade

A legalidade é indispensável para todos os atos realizados pela administração pública, ao passo que ela não tem escolha autônoma, estando seus atos sempre fundamentados por lei, sob pena de declaração de nulidade por falta de pressuposto fundamental.

Na constituição podemos analisar duas formas diferentes do princípio da legalidade: a legalidade que se alude à vida privada dos sujeitos de direito em geral, e a legalidade relativo à Administração Pública de forma específica.

O primeiro desdobramento está exposto no art. 5º, no entanto, sua qualificação singular, diferente daquele, estar no inciso II. Segundo o texto constitucional:

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: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

Relativo à legalidade que permeia a vida privada, Justen Filho analisa esse princípio distintamente, como ele fosse diretamente associado ao princípio da liberdade, descreve o autor:

O princípio da liberdade, que norteia a vida privada, conduz à afirmação de que tudo o que não estiver disciplinado pelo direito está abrangido na esfera de autonomia. Portanto, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício de escolhas subjetivas. Isso se traduz no postulado de que tudo o que, em virtude de lei, não for proibido nem obrigatório será reputado como permitido. Portanto, a omissão de disciplina por parte do direito interpreta-se como legitimação da autonomia privada (JUSTEN FILHO, 2013, p. 229).

Já o texto constitucional traz o outro desdobramento no art. 37, caput, conforme a redação a seguir:

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: (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

Justen Filho fala que o princípio da legalidade que norteia a atividade administrativa tem entendimento diferente, daquele primeiro, que fala sobre a vida privada e que estar relacionado ao princípio da liberdade, elucida o autor:

Quando se consideram as relações regidas pelo direito público, a situação se altera. Assim se põe porque o exercício de competências estatais e de poderes excepcionais não se funda em alguma qualidade inerente ao Estado ou a algum atributo do governante. Toda a organização estatal, a atividade administrativa em sua integralidade, a instituição de funções administrativas são produzidas pelo direito. Logo, a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como ausência de liberação para o exercício de algum poder jurídico. Daí afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que, em virtude de lei, não for autorizado será reputado como proibido.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 229).

O próprio autor reitera que não se interprete de forma literal esse princípio, descreve o autor:

Quando se afirma que o princípio da legalidade envolve a existência de lei, isso não pode ser interpretado como exigência de disciplina legal literal e expressa. O princípio da legalidade conduz a considerar a existência de normas jurídicas, expressão que não é sinônima de ‘lei’, tal como exposto. Há princípios jurídicos implícitos. Também há regras jurídicas implícitas. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que exige compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa (JUSTEN FILHO, 2013, p. 229).

Essa compreensão será fundamental para a compreensão dos direitos subjetivos do candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas no edital do concurso, a ser exposto mais a frente neste trabalho.

2.1.2 Princípio da Eficiência

Esse princípio que é uma evolução dentro da Administração Pública e que não estava previsto na redação original da Constituição de 1988 sendo adicionado pela Emenda Constitucional 19/98, no art. 37 como informa Carvalho Filho:

A EC nº 19/98, que guindou ao plano constitucional as regras relativas ao projeto de reforma do Estado, acrescentou, ao caput do art. 37, outro princípio: o da eficiência (denominado de 'qualidade do serviço prestado' no projeto de Emenda). Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29).

Segundo o autor o princípio tem objetivos a serem conquistados, definidos da seguinte formada:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional." (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29).

Ainda podemos trazer, segundo Carvalho Filho, diferença dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade:

A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobleva nesse aspecto a positividade dos objetivos (CARVALHO FILHO, 2012, p. 31).

O princípio da eficiência tem grande peso dentro do funcionamento da Administração Pública, pois ele é a procura de produtividade economicidade, devendo-se reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional, ou seja, quando o processo de realização do concurso pública é iniciado se deve cumprir seu objetivo com eficiência, ou seja, seu objetivo final deve ser alcançado que é a nomeação do candidato aprovado dentro das vagas.

2.1.3 Princípio da Moralidade

Este princípio impõe que não sejam dispensados os preceitos éticos, do justo e honesto. A inobservância deste princípio pode levar a invalidade dos atos administrativos.

O administrador público deve atender aos ditames da conduta ética, honesta, exigindo a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (MARINELLA, 2005, p. 37).

A lei pode ser executada moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de lesar alguém deliberadamente, ou com o intuito de beneficiar alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.

A respeito dos limites da legalidade e imoralidade Maria Sylvia Di Pietro observa sobre a convivência entre o princípio da moralidade administrativa e o princípio da legalidade 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. Lícitude 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).

O princípio da moralidade mostra que a administração pública tem e deve agir em compatibilidade com seus princípios éticos, no caso das nomeações em concurso público muito embora algumas decisões sejam legais, do ponto de vista jurídico, podem não ser do ponto de vista moral, podemos exemplificar isso com o caso dos entes públicos que não nomeiam candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas pelo edital do certame. Assim ilustram as palavras de Bandeira de Melo:

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 lhanza, 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 (MELO, 1990, p.45).

O princípio da moralidade que rege os atos do administrador público, não podendo ser apenas apropriado às normas jurídicas, mas sim, às normas de origem moral, Mártires Coelho, diz que:

(...) 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, P.883).

Por fim, acerca do princípio da moralidade, a Constituição Federal refere varias vezes ao referido princípio, a título exemplificativo, no art. 5º, LXXIII, que trata da ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa. Seja no art. 14, § 9º, onde se visa proteger a probidade e moralidade no exercício de mandato, seja pela punição rigorosa pela imoralidade qualificada pela improbidade (art. 37, § 4º), ainda no mesmo artigo 37 temos que a União, os Estados e os Municípios devem obediência a esse importante princípio que muito tem haver com o tema do nosso trabalho.

2.1.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade existe para possibilidade de fiscalização das atividades administrativas pelo povo. Então o princípio da publicidade tem como objetivo a transparência da administração pública, pois o administrador público não é proprietário dos bens que ele administra, sendo mero responsável pelo patrimônio da população, devendo divulgar de forma plena suas condutas administrativas.

Baseado nessa visão o constituinte originário dispôs no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988 o direito de certidão, o qual garante ao cidadão o direito de obter dos órgãos públicos informações de seu interesse individual ou coletivo, que serão apresentados do prazo da lei.

A não publicação dos atos administrativos em órgão oficial torna os atos nulos de pleno direito, então é requisito de eficácia dos atos administrativos a publicação, toda vez que esses atos produzam efeitos externos ou impliquem oneração do patrimônio público.

2.1.5 Princípio da Isonomia, igualdade ou da Impessoalidade.

Em nosso ordenamento constitucional, o princípio da isonomia encontrar-se no rol das garantias fundamentais, sendo cláusula pétrea, estando elencada no “caput” do artigo 5º da CF/88 assegurando a igualdade a todos perante a lei, assim, verdadeira premissa do Estado de Direito no Brasil e um dos mais basilares princípios a ser observados pela administração pública com relação aos seus atos.

O princípio da igualdade, ou da isonomia, é um dos direitos básicos mais essenciais a melhor compreensão do ordenamento jurídico atual, e ao entendimento dos moldes contemporâneos que o concurso público tem adquirido. Na conceituação por José Afonso da Silva:

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI, que já indicamos no n. 1 supra. A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação. (SILVA, 2007, p. 214-215).

Pode-se deduzir que o respeito do princípio da isonomia vem ao encontro do que a Constituição Federal/88 tem como um dos seus objetivos primordiais à promoção do bem estar social, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Com isso, temos que sua observância é plenamente justificável, com relação aos concursos públicos, pois tem a ver com que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária assegurando-se a dignidade da pessoa humana na promoção do seu bem estar social e conta qualquer tipo de discriminação.

Este princípio também tem como objetivo evitar a contratação de forma pessoal para cargos públicos, então o princípio Impessoalidade obriga a realização de processo seletivo de candidatos, o concurso público, é elencado na Constituição Federal, Artigo 37, inciso II, conforme a redação abaixo:

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.

2.2 - Princípios Administrativos

Os princípios administrativos são de grande importância para entender a estrutura do concurso público e vão fundamentar também nosso objetivo de estudo. Os Princípios Administrativos, mesmo sendo caracterizadas como princípios implícitos, são equivalentes em importância aos princípios descritos anteriormente.

2.2.1 Princípio da Discricionariedade

Apesar de a discricionariedade ser prerrogativa da Administração, seu foco maior é o auxílio aos interesses da coletividade. Na definição do autor Carvalho Filho:

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 49).

O princípio da discricionariedade tem como base os fundamentos de conveniência e oportunidade. Segundo o autor: “A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 49).

A discricionariedade tem dois momentos de ser utilizada, como novamente assevera Carvalho Filho: “Não obstante, o exercício da discricionariedade tanto pode concretizar-se ao momento em que o ato é praticado, quanto, a posteriori, ao momento em que a Administração decide por sua revogação.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 49).

Vale ressaltar que poder discricionário não se entende como se fosse um livre arbítrio: “Portanto, não se deve cogitar da discricionariedade como um poder absoluto e intocável, mas sim como uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados. Fora daí, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 50).

A compreensão do renomado autor tem grande importância para o entendimento da nossa matéria de estudo, pois mostra mais uma vez que a discricionariedade deve ser usada para o melhor interesse da administração Pública e da coletividade.

2.2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público

A necessidade de observação do interesse público é a base do poder discricionário, então deve a Administração Pública zelar pelo interesse público, na prática de seus atos. Assim, cabe definir as diretrizes de o que é o interesse público.

Carvalho Filho define muito bem o princípio da supremacia do interesse público:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto,

não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade (CARVALHO FILHO, 2012, p. 32).

A ausência de definição do que é o interesse público é um problema, segundo JUSTEN FILHO:

“A doutrina costuma invocar o ‘interesse público’, mas sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso. (...) Afinal, indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta seu controle. Não é fácil definir interesse público, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta uma exatidão de conteúdo.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 148).

O interesse público tem como objetivo o "bem geral". O interesse público é uma definição central para a política, a democracia e o espírito do próprio governo. Embora quase todas as pessoas defendam que ajudar o bem-estar geral é positivo, existe pouco ou nenhum consenso sobre o que constitui exatamente o interesse público. Existem diferentes opiniões sobre quantos membros do público devem beneficiar de uma ação para que a mesma seja declarada do interesse público: num extremo, uma ação deve beneficiar todos os membros da sociedade para ser verdadeiramente do interesse público; no outro, qualquer ação pode ser do interesse público desde que beneficie uma parte da população e não prejudique ninguém.

2.2.3-Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público encaixa-se como equilíbrio do princípio da supremacia do interesse público. Pois a supremacia do interesse público é a consagração de que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse do administrador ou da Administração Pública e o princípio da indisponibilidade do interesse público aparece para confirmar o conceito de que o interesse público não existe mera disposição da vontade do administrador ou qualquer outro interessado. O administrador estar obrigado a cumprir suas funções para alcançar a intenção da lei.

Dentro desse pensamento afirma o Desembargador Arno Werlang, à relatoria a Apelação Cível 70018957142:

Ao princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual, justamente procurando dar balizamento à posição privilegiada do Poder Público na relação jurídica, estabelece que este somente possa fazer aquilo que estiver prescrito em lei (lato sensu). (RIO GRANDE DO SUL. TJ do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70018957142).

Então as ações da administração pública estão norteadas pela lei, sempre com objetivos de beneficiar a coletividade. “é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo”. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 31).

2.2.4 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos

O princípio da continuidade de serviços públicos pode ser compreendido como a procura ininterrupção, na medida do possível, das funções realizadas pela administração Pública. Na elucidação de Carvalho Filho:

Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é o de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 34).

O princípio da eficiência pode ser relacionado também ao princípio da continuidade dos serviços públicos, ilustra o autor:

Não é dispensável, porém, acentuar que a continuidade dos serviços públicos está intimamente ligada ao princípio da eficiência, (...) Logicamente, um dos aspectos da qualidade dos serviços é que não sofram solução de continuidade, prejudicando os usuários (CARVALHO FILHO, 2012, p. 35).

O princípio da supremacia do interesse público também se relaciona ao princípio da continuidade de serviços públicos: “Em ambos, se pretende que a coletividade não sofra prejuízos em razão de eventual realce a interesses particulares.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 35).

3.DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO

Pergunta-se se existiria boa-fé por parte da administração pública quando, com argumenta que não mais necessita de servidores ou de que não tem os recursos, frustra a legitimidade da expectativa dos candidatos aprovados dentro das vagas do concurso público, especificamente quando lota seus quadros funcionais com pessoal contratado em caráter deficiente, sem qualquer concurso público e sem a obediência das situações excepcionais que a lei autoriza, justificada, muitas vezes, pela discricionariedade de seus atos ou pela compreensão da súmula 15 do STF: “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, súmula nº15).

Antes de esgotamos a matéria base do nosso trabalho precisa-se primeiro esclarecer o que seria concurso público a luz da Constituição Federal de 1988 e na atualidade.

A regra geral é investidura por meio de aprovação em concurso público aos cargos e funções públicas, vencidas todas as exigências que existe na legislação, ressalvando-se as exceções previstas na Constituição Federal de 1988.

O texto constitucional traz no art. 37, II, conforme a redação a seguir:

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, Constituição Federal de 1988).

Já no inciso V, do art. 37, consta disciplinando as ressalvas:

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

Sobre obrigatoriedade da realização e concurso Público para o ingresso no serviço público e sobre os cargos em comissão, ilustra Celso Antônio Bandeira Mello:

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta, indireta ou fundacional. De outro lado, propôs a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de

determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de uma outra natureza.(MELO, 2004,p.132)

A partir da Constituição de 1988 o concurso público virou a única via de investidura em cargos ou emprego público, nos últimos anos, houve importantes mudanças nos tipos de nomeação de agentes públicos pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal resolveu que os modos derivados de investidura (mudança de cargo, mediante procedimentos internos) não foi recepcionados pelo novo regime, estando, pois, proibida:

Não mais restrita a exigência constitucional à primeira investidura em cargo público, tornou-se inviável toda a forma de provimento derivado do servidor público em cargo diverso do que detém, com a única ressalva da promoção, que pressupõe cargo da mesma carreira; inadmissibilidade de enquadramento do servidor em cargo diverso daquele de que é titular, ainda quando fundado em desvio de função iniciado antes da constituição. (BRASIL, supremo tribunal federal, RE nº 209.174-0).

O serviço público tem hoje um grande incentivo que é a estabilidade do emprego, pelos salários muito acima da média paga pela iniciativa privada, pelo regime diferenciado que algumas carreiras oferecem. E a procura de tal realidade, grande parcela da população, sobretudo os jovens, lotam os bancos de cursinhos preparatórios a fim de obterem nomeação em cargo ou função pública.

Já pelo ponto de vista da Administração Pública, que executar a promessa por meio de um edital de concurso público e que tem a obrigação legal de garantir a execução do concurso revestido pelas garantias constitucionais e legais, notadamente quanto aos princípios que envolvem essa forma de admissão no serviço público, possibilitando, assim, que os candidatos participem de um processo democrático e livre de ilegalidades e arbitrariedades, onde o critério seja realmente o mérito de cada candidato para que prevaleça o mais qualificado.

O concurso público é uma relação contratual de duas acepções, uma subjetiva e outra objetiva, onde o administrador público tem que pautar-se pela boa fé. A subjetiva tem elo com a intenção dos contratantes reflete-se no sentimento pessoal de atuação de acordo com a ordem jurídica. A boa-fé objetiva quando a conduta das partes respeita o esperado para uma determinada relação jurídica, pela proteção da confiança, conforme preleciona Hartmut Maurer: “A proteção da confiança parte da perspectiva do cidadão. Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais” (MAURER, 2001, p 68.).

Nas palavras de Hélio Saul Mileski se pode observar as etapas que regem o concurso público ele elucida as varias etapas que vem antes da publicação do edital. É preciso analisar, em processo devidamente instruído, o preenchimento dos seguintes materiais e formais:

(a) a existência de vagas devidamente instituídas por lei; (b) a real necessidade de novos servidores para dar conta da demanda de serviços; (c) demonstrativo de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que iniciar a execução e nos dois seguintes (art. 16, I, da LRF); (d) demonstração da origem dos recursos para o custeio (art. 17, § 1º, da LRF); (e) comprovação de que a despesa a ser criada não afetará as metas de resultado fiscal previstas no Anexo de Metas Fiscais (art. 17, § 2º, da LRF), indicando a forma de compensação dos efeitos financeiros nos exercícios seguintes; (f) comprovação de compatibilidade com a LDO e de adequação orçamentário-financeira (dotação na LOA e disponibilidade financeira); (g) declaração do ordenador da despesa sobre adequação orçamentária e financeira à LOA (art. 16, I, LRF) e de compatibilidade com o PPA e da LDO (art. 16, II); (h) autorização específica na LDO (art. 169, § 1º, II, CF/88 e art. 118 da CE/SC); e (i) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (art. 169, §1º, I, CF/88art 118 da CE/SC). (MILESKI, 2003, p. 92).

Então, quando se fala de concurso público, há que se ter a devida noção de grandeza sobre a relevância social do tema e do valor de manter-se todo o processo referente ao certame em linhas que se pautem pela legalidade e transparência, levando-se em conta àqueles que despendem muitas horas de seu tempo, obstinados a obter a tão sonhada aprovação em concurso público acreditando na promessa do Estado de que serão nomeados.

3.1 Edital: a “lei” do concurso

No concurso público se pode entender o edital como a “lei” do concurso público, pois ele disciplina todas as regras a serem aplicado no concurso. Na legislação não há nada que descreva, em especificidade, a forma e o conteúdo a serem adotados pelo edital. Para compor a explicação de edital é possível usar a definição do edital de licitações, para o entendimento do edital de concursos. Segundo Carvalho Filho:

O edital traduz uma verdadeira lei porque subordina administradores e administrados às regras que estabelece. Para a Administração, desse modo, o edital é ato vinculado e não pode ser desrespeitado por seus agentes. Nesse sentido, é expresso o art. 41. do Estatuto: ‘A Administração não pode descumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.(CARVALHO FILHO, 2012, p. 278)

É possível também empregar o princípio de vinculação ao instrumento convocatório ao edital de seleção de servidores. Conforme Carvalho Filho:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e

suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 278).

O entendimento dos juízes é que a administração Pública deve seguir o edital como se uma fosse lei, sendo esse pré-requisito para que ocorra o princípio de vinculação ao instrumento convocatório, tornando-se essa garantia dos administrados.

O texto que disciplina, atualmente, os padrões formais de o edital estar disposto no Decreto 6.944/2009, decreto esse que fala sobre normas gerais relativas a concursos públicos, entre outras providências. Conforme o texto normativo:

“Art. 19. Deverão constar do edital de abertura de inscrições, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação da instituição realizadora do certame e do órgão ou entidade que o promove;

II - menção ao ato ministerial que autorizar a realização do concurso público, quando for o caso;

III - número de cargos ou empregos públicos a serem providos;

IV - quantitativo de cargos ou empregos reservados às pessoas com deficiência e critérios para sua admissão, em consonância com o disposto nos arts. 37 a 44 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999;

V - denominação do cargo ou emprego público, a classe de ingresso e a remuneração inicial, discriminando-se as parcelas que a compõem;

VI - lei de criação do cargo, emprego público ou carreira, e seus regulamentos;

VII - descrição das atribuições do cargo ou emprego público;

VIII - indicação do nível de escolaridade exigido para a posse no cargo ou emprego;

IX - indicação precisa dos locais, horários e procedimentos de inscrição, bem como das formalidades para sua confirmação;

X - valor da taxa de inscrição e hipóteses de isenção;

XI - orientações para a apresentação do requerimento de isenção da taxa de inscrição, conforme legislação aplicável;

XII - indicação da documentação a ser apresentada no ato de inscrição e quando da realização das provas, bem como do material de uso não permitido nesta fase;

XIII - enunciação precisa das disciplinas das provas e dos eventuais agrupamentos de provas;

XIV - indicação das prováveis datas de realização das provas;

XV - número de etapas do concurso público, com indicação das respectivas fases, seu caráter eliminatório ou eliminatório e classificatório, e indicativo sobre a existência e condições do curso de formação, se for o caso;

XVI - informação de que haverá gravação em caso de prova oral ou defesa de memorial;

XVII - explicitação detalhada da metodologia para classificação no concurso público;

XVIII - exigência, quando cabível, de exames médicos específicos para a carreira ou de exame psicotécnico ou sindicância da vida pregressa;

XIX - regulamentação dos meios de aferição do desempenho do candidato nas provas, observado o disposto na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003;

XX - fixação do prazo de validade do concurso e da possibilidade de sua prorrogação; e

XXI - disposições sobre o processo de elaboração, apresentação, julgamento, decisão e conhecimento do resultado de recursos.

Essas são as exigências mínimas que, na elaboração, o edital se deve obedecer, mas sem prejuízo de outras disposições adicionais. Assim, a vinculação de números de vagas é uma exigência, que deve ser regulamentada tanto pelo próprio edital quanto lei de criação do cargo, emprego público ou de carreira.

4.2-Evolução nos tribunais

Foi mantido por muito tempo, pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento sobre o direito de nomeação de candidato aprovado em concurso público respaldada na Súmula nº 15 do STF, onde os administradores públicos baseavam-se suas decisões sempre, em não efetuarem a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público dentro das vagas, se justificando com a Súmula nº15 do STF. Podemos ver isso de forma mais clara no julgado proferido pelo Superior Tribunal Federal no Mandado de Segurança 21870, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO A NOMEAÇÃO. Súmula 15-STF. I. - **A APROVAÇÃO EM CONCURSO NÃO GERA DIREITO A NOMEAÇÃO, CONSTITUINDO MERA EXPECTATIVA DE DIREITO.** Esse direito somente surgira se for nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado. Súmula 15-STF. II. – Mandado de Segurança indeferido. (BRASIL, Superior Tribunal Federal, mandado de segurança 21870).

A compressão usada, respaldado na Súmula de nº 15 do Supremo Tribunal Federal, conforme a qual “Dentro do prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”, por meio do texto da referida súmula se entende que, apenas se não houver observância da ordem de classificação é que haveria direito subjetivo á nomeação.

Então o fundamento usado era a inexistência de direito subjetivo e por um tempo essa apreciação refletiu nos tribunais e juízos de todo o país, que existiria, segundo Súmula de nº 15 do Supremo Tribunal Federal, apenas a expectativa de direito quanto à nomeação e a posse em cargo ou função pública. Podemos visualizar que os candidatados não tinham direito a nomeação e que era discricionário à Administração Pública nomeá-los ou não, a nova visão de que tais candidatos teriam direito subjetivo á nomeação passou a evoluir com a vigência da Constituição Federal de 1988 conforme ilustra ensinamentos de Florivaldo Dutra de Araújo:

Até a promulgação da Constituição de 1988, prevalecia à tese de que o candidato aprovado em concurso público, mesmo dentro do número de vagas previstas no

edital, não possuía direito à nomeação, constituindo prerrogativa discricionária do poder público o provimento, ou não, dos cargos em disputa. Na vigência da nova Constituição, ganhou muitos adeptos a tese de que os aprovados para as vagas previstas têm direito subjetivo à nomeação. O presente texto analisa as posições conflitantes e conclui que o mais consentâneo com a ordem constitucional vigente é o reconhecimento da obrigatoriedade, em princípio, da nomeação dos aprovados para as vagas em disputa, que deixará de existir caso a administração pública demonstre fundamento adequado e suficiente para não nomear. (ARAÚJO, Edição Especial – ano XXVII p. 86).

O direito se forma na expectativa devido à probabilidade ou possibilidade de o candidato vir a adquirir um direito subjetivo. O termo expectativa tem origem no latim *expectare*, esperar. Condição jurídica da pessoa no qual o direito subjetivo, para se perfazer, precisa da realização de um ato ou fato futuro e previsível. A situação mais elencada por alguns autores é sobre o candidato aprovado e classificado nas primeiras posições, com toda razão, espera por sua nomeação. Enquanto outros autores afirmam que não existe direito subjetivo ao candidato aprovado em concurso público, sendo poder discricionário de a administração pública atuar com base no juízo de conveniência e oportunidade, restando apenas uma expectativa de direito por parte do concursado, conforme leciona Celso Ribeiro Bastos:

(...) o aprovado não tem direito a exigir a sua contratação ou nomeação. O direito que o ampara é o de, em a Administração desejando prover o cargo ou emprego, ter de necessariamente sobre ele fazer incidir a investidura. Portanto, o que no fundo se reserva à Administração é o juízo de oportunidade e conveniência quanto à expedição ou celebração do ato admissível do servidor. (BASTOS, 1992, p.78).

O entendimento era que o direito estava em formação que a expectativa de direito não provocava de forma instantânea a conquista de um direito, mas sim de uma sequência de elementos constitutivos cuja obtenção faz-se passo a passo, vinculado ao termo final que o advém e o torna aplicável. Então haverá expectativa de direito enquanto ainda não se perfizerem os requisitos certos ao seu surgimento, no entanto, se mostra possível sua futura existência.

Até autores distintos como Hely Lopes Meirelles, sobre à expectativa de direito, respaldado pela súmula nº 15 do STF, afirmava em sua obras:

Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que a administração se disponha a prover o cargo ou emprego público, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discricção do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato que não o vencedor do concurso, pois, nesse caso haverá preterição do seu direito STF, RTJ 67/226. SÚMULA 15: ‘Dentro do Prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. (MEIRELLES, 1988, pp.410-4011).

É possível visualizar, ainda, a impossibilidade de se estabelecer um padrão para definir a questão, por causa da variação de posicionamentos, com relação ao tema e a análise do caso concreto. Pois nesse momento as decisões estavam vinculadas ao princípio do poder discricionário da Administração Pública e a Súmula n.º 15 do STF, sem qualquer análise de outros princípios constitucionais e sem qualquer fundamentação do motivo da não nomeação dos candidatos aprovados dentro das vagas oferecidas pelo edital.

3.3 Opiniões de autores sobre o direito subjetivo do candidato aprovado dentro das vagas

Fabrizio Motta fala sobre o assunto de forma temerosa, pois acredita que a Administração Pública usava o seu poder discricionário sem visualizar o objetivo principal do concurso público que é a nomeação de candidatos aptos:

Com efeito, o entendimento tradicional ofereceu amparo para situações de completo desvirtuamento do instituto do concurso público. Tornou-se relativamente comum a realização de concursos sem que, ao final, se procedesse à nomeação ou à contratação dos aprovados. Por acreditar que se tratava de competência puramente discricionária, a nomeação dos aprovados foi considerada por muito tempo ato de mera liberalidade, sem qualquer tipo de vinculação para a Administração. (MOTTA, 2011, p. 253).

Fabrizio Motta ainda traz a importância de planejamento e organização na seleção de pessoas por meio de concurso público:

Em se tratando da seleção de pessoas para servir a sociedade exercendo misteres públicos, o certame deve ser planejado e organizado para que a reposição da força de trabalho esteja sempre adequada, quantitativa e qualitativamente, à natureza e à complexidade das atividades, aos objetivos e às metas institucionais da Administração Pública. (MOTTA, 2011, p. 254).

Richard Paes Lyra Junior afirma que deve existir vinculação administrativa ao ato de nomeação. E que a presença de vagas não-preenchidas pela Administração Pública viola os princípios constitucionais da “legalidade, eficiência, moralidade e, por derradeiro, o princípio da dignidade da pessoa humana”. (LYRA JUNIOR, 2011, p. 364).

Podemos observar que o princípio da legalidade sofre violação, pois existem vagas disponíveis. “a Administração Pública restou vinculada ao número de vagas ofertadas e dispunha de meios materiais para seu preenchimento.” (LYRA JUNIOR, 2011, p. 364).

Afirma ainda:

Na mesma esfera, o não aproveitamento desse material humano coloca em xeque a estrutura jurídico-constitucional estatuída pelo princípio da eficiência administrativa, visto que, dessa forma, a Administração simplesmente descarta profissionais de comprovada boa técnica e aptos a atender às expectativas almejadas pela máquina pública. (LYRA JUNIOR, 2011, p. 364).

Alguns autores fazem referência às formas da Administração Pública burla o direito subjetivo do candidato usando o instituto do cadastro de reserva. Segundo Fábio Henrique Alves Dias:

À medida que se consagrou nos tribunais da tese consagradora do direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, as autoridades administrativas elaboraram um sistema que negligencia a interpretação do Judiciário em relação à correta aplicação da lei e da Constituição, maquiando o seu ato eivado de inconstitucionalidade. Surge o malfadado sistema de cadastro de reserva de vagas. Segundo esse expediente, basta à Administração omitir o quantitativo de vagas quando da criação do edital, publicando a confortável cláusula que lhe confere o direito de não nomear ninguém, para desobrigar-se dos deveres mais elementares afetos a qualquer concorrência pública. (DIAS, 2011, p. 16-17).

O autor ainda faz uma confrontação entre o direito subjetivo à nomeação do candidato e a existência do cadastro de reserva:

Tal sistema, para além de significar violenta afronta aos princípios administrativos da impessoalidade, moralidade e eficiência, representa inegável burla ao entendimento jurisprudencial consolidado acerca do direito subjetivo à nomeação, já que o ente promotor do concurso público pode sutilmente eximir-se da obrigação de convocar o candidato simplesmente prevendo o cadastro de reserva de vagas, contornando pela trilha da imoralidade, toda a evolução histórico-jurídica relativa à proteção dos direitos do candidato que se submete a concursos públicos. (DIAS, 2011, p. 17).

Fala também sobre de nepotismo e violação ao princípio da impessoalidade, na realização do concurso, citando Luciano Henrique da Silva Oliveira:

A violação do princípio da impessoalidade se mostra ainda mais evidente diante da farta experiência brasileira com as práticas de nepotismo. É que a vinculação da Administração ao número de vagas se apresenta como valioso mecanismo de proteção ao candidato vitorioso em relação ao administrador que, considerando a possibilidade de abrir novo certame para que seu protegido tenha nova chance, deixe escoar o prazo legal sem nomear os candidatos aprovados, em prejuízo de sua expectativa e do erário, que arcará com novos gastos para operacionalizar o novo concurso. (DIAS, 2011, p. 18).

3.4-Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o direito subjetivo dos candidatos era aplicado por todos os Tribunais e Juízos de forma indistinta, porém muitas vezes a solução dada aos casos concretos não parecia a mais justa e adequada. O Superior Tribunal de Justiça de forma inovadora, em sentença proferida no Recurso em Mandado de Segurança nº 20.718, alterou o seu posicionamento garantindo aos candidatos o direito líquido

e certo á nomeação, dando um novo entendimento a matéria e uma nova visão sobre a Sumula nº 15 do Superior Tribunal Federal. Sendo tal precedente ementado nos seguintes termos:

1.Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. 2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes. 3. Recurso ordinário provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 20 718).

Esse julgamento teve grande relevância, pois o Superior Tribunal de Justiça começou a se posicionar a favor de que a divulgação do edital com vagas discriminadas vincula a administração á nomear os candidatos aprovados dentro destas vagas. O julgamento do Mandado de segurança nº 20.718 foi uma evolução na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por que afirmava a existência de direito subjetivo á nomeação a cargo ou emprego público.

O Superior Tribunal de Justiça continuou a inovar sobre seu entendimento sobre a matéria e em outro julgamento decide sobre o direito dos candidatos aprovados em concurso público com prazo de validade expirado, afirma:

A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre o Poder Público observar. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 27 311).

Assim, mesmo que já terminado o prazo de validade do concurso, os candidatos aprovados entre as vagas vinculadas ao edital não perderiam o direito á nomeação.

Então, com essas novas decisões pode-se visualizar que quando a administração pública manifesta ânsia de preenchimento de cargos com número de vagas definidas em edital de abertura do concurso, o Superior Tribunal de Justiça entende que dá direito líquido e certo á nomeação dos candidatos aprovados e classificados dentro do numero das vagas oferecidas. Entendimento este inovador, pois substitui a visão anterior, onde as decisões baseavam-se muitas vezes na Sumula nº 15 do Supremo Tribunal Federal, e no conceito que as vagas

oferecidas no edital só davam mera expectativa de direito aos candidatos aprovados, ficando a nomeação vinculada ao poder discricionário da administração pública.

3.5- Entendimento do Superior Tribunal Federal

Após uma nova visão sobre a matéria aqui estudada a sumula nº 15 do Superior Tribunal Federal vem sendo deixada para trás, resultado da inovação jurisprudencial que vem ocorrendo no Superior Tribunal de Justiça e no Superior Tribunal Federal. Porém pode haver situações que se justifica a não nomeação de candidatos aprovados em concurso público dentro das vagas oferecidas, vale ressaltar que estamos diante de casos de excepcionalidade extrema, justificadas de forma adequada usando critérios objetivos. Como relata o Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 598.099 do Supremo Tribunal Federal, onde o mesmo foi relator:

a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário (BRASIL, Superior Tribunal Federal, Emb. Decl. RE nº 598.099).

Hoje o entendimento do Superior Tribunal Federal é que o candidato aprovado em concurso público dentro das vagas oferecidas no edital tem direito líquido e certo à nomeação, pode-se citar assim a seguinte decisão proferida no Recurso Extraordinário 598.099 do Superior Tribunal Federal:

Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas (BRASIL, Superior Tribunal Federal, RE nº 598.099).

Ainda vale ressaltar, mais uma vez, que o reconhecimento pelo Superior Tribunal Federal acerca do direito subjetivo do candidato classificado dentro o número de vagas do edital não é pleno, conforme a seguinte ementa:

(...) este Supremo Tribunal Federal também reconhece a possibilidade da recusa, pela Administração Pública, da nomeação de aprovados que passaram dentro do número de vagas previstas no edital, desde que devidamente motivada, sendo que tal motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466543).

Então pode-se observar que existem casos em que pode haver recusa, por parte da Administração Pública, da nomeação de aprovados que passaram dentro do número de vagas previstas no edital, casos de excepcionalidade extrema, justificadas de forma adequada usando critérios objetivos. Pode-se ver assim que a administração pública pode usar seu poder discricionário, mas tem que mostrar a sua devida motivação, já que ela própria declarou no edital existir as vagas dando a entender que necessita de forma urgente desses funcionários executando suas funções.

3.6 Contratações Precárias e o Direito dos Candidatos

O Supremo Tribunal de Justiça se posiciona a favor do direito á nomeação dos candidatos, dentro das vagas e até além das vagas oferecidas no edital, quando houver candidatos aprovados em concurso ainda vigente e a Administração Pública realize contratações precárias. Isto é, contratação de pessoal na modalidade em comissão, temporário ou terceirizado, para exercer o mesmo cargo/função para os quais o aprovado estaria habilitado.

O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preferência daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 36831).

Ainda sobre o tema acima, se posiciona o Supremo Tribunal Federal a favor do direito á nomeação dos candidatos, dentro das vagas e até além das vagas oferecidas no edital, quando a Administração Pública realize contratações precárias, se consolidando assim a jurisprudência. Dessa forma decidiu o Supremo Tribunal Federal no agravo regimental do Recurso Extraordinário, no qual era Relator o Min. Luiz Fux, da seguinte forma:

I- A aprovação em concurso público, fora da quantidade de vagas, não gera direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito. II- Essa expectativa, no entanto,

convola-se em direito subjetivo, a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 649046 AgR).

Para o Superior Tribunal Federal o direito subjetivo de nomeação e posse para o candidato aprovado fora do número de vagas só pode ser validado se além da existência de contratação precária nas respectivas atribuições, as quais o aprovado estaria habilitado, faltando comprovar a existência de cargo, evidenciando-se assim desvio de finalidade, como pode-se ver na ementa da seguinte decisão:

O direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente somente surge quando, além de constatada a contratação em comissão ou a terceirização das respectivas atribuições, restar comprovada a existência de cargo efetivo vago (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 273605).

3.7 - Projeto de Lei do Senado nº 74/2010

O projeto de lei nº 74/2010, de autoria do Senador Marconi Perillo, conhecido como Lei geral os concursos, é de muita importância para nossa matéria de estudo, pois visa disciplinar o procedimento de inscrição, das vagas e dos prazos para realização de concurso público. Essa lei entrando em vigor representaria uma inovação jurídica, pois seria o primeiro texto legislativo a disciplinar expressamente, o concurso público em âmbito nacional.

Esse projeto de lei vai orientar como Administração Pública deve proceder no que tange a matéria de concurso públicos, além de disciplina o procedimento de inscrição, das vagas e dos prazos para realização de concurso público; diferencia rol das informações que devem estar contidas no edital de abertura de inscrições; proíbe a realização de concurso público que se destina exclusivamente à formação de cadastro de reserva; determina em lei a existência de direito líquido e certo da nomeação do candidato aprovado dentro das vagas estabelecidas e delimita sua utilização a não mais do que 50% do número de vagas ofertadas. Como se pode ver no seu texto:

Art. 8º É vedada a realização de concurso que se destine, exclusivamente, à formação de cadastro de reserva.

§ 1º - Todos os candidatos aprovados dentro das vagas ofertadas deverão ser empossados até o decurso do prazo legal de validade do concurso, com a prorrogação, vedada a realização de novos certames durante o referido período.

§ 2º - A aprovação dentro das vagas anunciadas no edital assegura ao candidato direito líquido e certo à investidura no cargo ou emprego público, dentro do cronograma previsto no Caput deste artigo.

§ 3º Durante o período de validade do concurso público, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar, mediante motivação expressa, a nomeação de candidatos aprovados e não convocados, podendo ultrapassar em até cinquenta por cento o quantitativo original de vagas.

O Projeto de Lei do Senado nº 74/2010 tem muita importância, pois vai evitar futuras omissões por parte da Administração Pública e uma maior garantia para os candidatos de concursos públicos no Brasil. O projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, tendo sido remetido à Câmara dos Deputados para revisão em 17/07/2013, estando até a data atual nessa situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após se expor ao máximo a matéria sobre o direito subjetivo do candidato aprovado em concurso público dentro das vagas chegou à conclusão que o concurso público é a forma mais apropriada para eleger mão-de-obra pelo Estado, já que o concurso buscará selecionar candidatos melhor preparados e sendo o concurso público a forma mais democrática e justa, pelo qual os candidatos vão concorrer em igual condição, não ocorrendo preferências pessoais e qualquer ingerência do Poder Público nessas contratações, salvo as previstas em lei. Deste modo, fundamentado por um processo altamente fiscalizado e baseado na lei que se firma cada vez mais com o passar dos anos, dando, assim, maior segurança jurídica ao processo, maior seriedade a Administração Pública e maior confiança aos candidatos.

Por causa dessa confiança que os candidatos, ao cargo público, se sujeitam ao concorrido processo de seleção para por a prova seu conhecimento técnico e científico com o objetivo de conquistar o tão desejado cargo ou função pública. Então a Administração Pública não pode quebrar a promessa existente no edital do concurso publica e não nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas publicado por ela, nem também nomear um numero menor de candidatos do que as vagas oferecidas no edital do concurso. Quando Administração Pública anuncia o numero de vagas a serem disputadas no concurso, por meio do edital, presume-se que houvesse previsão orçamentária para as contratações e necessidade de mão-de-obra para os cargos/funções oferecidos.

Então, não teria direito à Administração Pública, e nem é justo, a quebra do compromisso firmado com os candidatos por meio do edital do concurso, ferindo também o princípio constitucional da moralidade, o administrador publica não pode dispensar os preceitos éticos, do justo e honesto, muito menos, ferindo o principio da legalidade, exercer praticas que configurem fraude ao concurso publico. Deste modo não pode a Administração Pública rejeitar os candidatos, não os nomeando, quando existam vagas em aberto, ou pior, preencher essas vagas com contratações precárias quando ainda existe concurso com validade.

Chega-se ao entendimento que após a vigência da Constituição Federal de 1988 o tema em questão conquistou base mais solida, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firma a sua jurisprudência no entendimento de garantir cada vez mais o direito subjetivo dos candidatos aprovados em concurso público, conduzindo assim as decisões de todos os Tribunais e juízos dos estados proporcionando maior segurança jurídica à Administração Pública e aos candidatos, na forma em que se resolvem casos há muito tempo controvertido.

Se deve lembrar também da importância do Projeto de Lei do Senado nº 74/2010, que tem objetivo de orientar como Administração Pública deve proceder no que tange a matéria de concurso públicos, além de disciplinar o procedimento de inscrição, das vagas e dos prazos para realização de concurso público; diferencia o rol das informações que devem estar contidas no edital de abertura de inscrições; proíbe a realização de concurso público que se destina exclusivamente à formação de cadastro de reserva; determina em lei, a existência de direito líquido e certo da nomeação do candidato aprovado dentro das vagas estabelecidas e delimita sua utilização a não mais do que 50% do número de vagas ofertadas. Pois vai evitar futuras omissões por parte da Administração Pública e uma maior garantia para os candidatos dos concursos públicos no Brasil.

Por fim, se concluí que no momento que o edital é publicado, anunciando o desejo de a administração preencher cargos e funções que se encontram vagos, surge a obrigação de nomeação dos candidatos classificados dentre as vagas ofertadas, situação onde a mera expectativa de direito transforma-se em direito líquido e certo á nomeação, não havendo possibilidade para a discricionariedade do administrador público. Podendo, de forma excepcional, a Administração Pública não nomear os candidatos que possuem direito subjetivo mediante a apresentação de justificativa plausível, provando-se as dificuldades insuperáveis, demonstrando-se a imprevisibilidade, a urgência, à relevância do ato negativo, tudo isso subordinadas ao interesse público e sujeitas ao controle do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, F. D. Professor Associado de Direito Administrativo na UFMG. Procurador da Assembléia legislativa do MG. Artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Edição Especial – ano XXVII, p. 86.

BASTOS. L. C. R., **Comentários à Constituição do Brasil**, 3º vol., Tomo III, Saraiva, 1992, p.78.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 15**. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=15.NUME.NAOS.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 06/07/2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 20.718** – São Paulo, Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Medina, data de julgamento 04/12/2007, publicado em 03/03/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2005/0158090-4&data=3/3/2008. Acesso em: 15 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 27.311** – Amazonas, Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi, data de julgamento 04/08/2009. Publicado em 08/09/2009 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801519642&dt_publicacao=08/09/2009>. Acesso em: 15 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Emb.Decl. no Recurso Extraordinário 598.099**, Relator Min. Gilmar Mendes, Sessão Plenária, data de publicação 18/12/2012. . Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=598099&origem=AP>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 466543 AgR**, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, Publicado em 07/05/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466543%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466543%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bnsj2yj>>. Acesso em: 18 de jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 36831/MA**, Rel. Min. Herman Benjamin, Publicado em 15/06/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201103129213&dt_publicacao=15/06/2012.>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n. 273605**, Relator Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 23/04/2002, DJ 28-06-2002. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1824639>>.
Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 649046 AgR**, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, publicado em 13/09/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ARE&numero=649046&origem=AP>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 74/2010**. Lei Geral dos Concursos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96038>. Acesso em: 18 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Recurso em Mandado de Segurança n. 21870-3/DF**, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 07/10/1994, Órgão Julgador: Pleno. Publicado em 19/12/1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1578942>> Acesso em: 10 jul. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal, **RE nº 209.174-0**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 13.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo102.htm>>. Acesso em: 06 jul. 2014.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 18.ed. rev., ampl. e atual. 2007.

DIAS, F. H. A. **A inconstitucionalidade do sistema de cadastro de reserva em concursos públicos: A fraude ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/FabioHenriqueAlvesDias.pdfww> Acesso em: 11 jul. 2014.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 19ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 20. ed. - 2007.

EISENBERG, J. **Pragmatismo, Direito reflexivo e judicialização da Política**. In: VIANA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG: 2002. 559 p.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. 1408 p.

LYRA JUNIOR, R. P. **Cadastro reserva em certames públicos: mera discricionariedade ou vinculação administrativa?** In: *Revista Zênite: informativo de regime de pessoal: IRP*, v. 11, n. 124, p. 363-366, nov. 2011.

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

MAURER, H. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p 68.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª Edição. Editora Moderna 1988. p.410-411.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro**. 24ª Edição. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade *et al.* São Paulo: Ed. Malheiros:1999.

MELLO, C. A. B. de M. **Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta**, RT, 1990, p.45

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2009. P.883.

MILESKI, H. S. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: RT, 2003, p. 92.

MOTTA, F. **Concurso público: direito à nomeação e a existência de cadastro de reserva**. In: Revista Zênite: informativo de regime de pessoal: IRP, v. 11, n. 123, p. 248-258, out. 2011.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros. 2007. 928 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 70018957142** Relator Desembargador Arno Werlang, Julgado em 24.09.2008, Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2014.

