



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO
EXCLUSIVA DE CADASTRO DE RESERVA NOS EDITAIS
DE CONCURSO PÚBLICO

Mariana Carvalho de Souza

Rio de Janeiro
2017

MARIANA CARVALHO DE SOUZA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO
EXCLUSIVA DE CADASTRO DE RESERVA NOS EDITAIS
DE CONCURSO PÚBLICO

Monografia apresentada como exigência
para conclusão de Curso de Pós-
Graduação Lato Sensu da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador:

Prof^o Guilherme Braga Peña de Moraes

Coorientadora:

Prof^a Néli Luiza Cavalieri Fetzner

Rio de Janeiro
2017

MARIANA CARVALHO DE SOUZA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO
EXCLUSIVA DE CADASTRO DE RESERVA NOS EDITAIS
DE CONCURSO PÚBLICO

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2017 – grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA: _____

Presidente: Prof. Des. Cláudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

Convidado: Prof. Marcelo Pereira de Almeida – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Orientador: Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ –
NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESSE TRABALHO, QUE
SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

“Justiça é consciência, não uma consciência pessoal mas a consciência de toda a humanidade. Aqueles que reconhecem a voz de sua própria consciência normalmente reconhecem a voz da própria justiça.”

Alexander Solzhenitsyn.

SÍNTESE

O direito de nomeação dos candidatos aprovados no concurso público é tema de relevância social diante da grande demanda por emprego público nos dias atuais. Assim, com o intento de pesquisar sobre esse tema, buscou-se abordar os principais conceitos, tecer breves considerações relacionadas às discussões que norteiam a matéria, bem como apresentar as antigas e recentes teses desenvolvidas pela jurisprudência, as inovações legislativas que também vêm tentando pacificar o assunto a busca da satisfação do interesse público. Cabe salientar que não se teve a intenção de esgotar o assunto, que se encontra em fase de transição, mas sim, tentou-se contribuir para o debate e reflexão em relação à legalidade e constitucionalidade da abertura de concurso público exclusivamente com previsão de cadastro de reserva, e seus contornos sob o prisma dos princípios constitucionais e efeitos influentes na sociedade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL.....	09
1.1. Conceito de Concurso Público	16
1.2. Concurso Público e a Constituição de 1988 e a sua interpretação junto ao Neoconstitucionalismo	19
1.3. Da finalidade do concurso público e dos princípios que norteiam	23
1.3.1. Princípio Constitucional Democrático	23
1.3.2. Princípio da igualdade/isonomia	26
1.3.3. Princípio da Impessoalidade	27
1.3.4. Princípio da Supremacia do Interesse Público	27
1.3.5. Princípio da Segurança Jurídica	28
1.3.6. Princípio da Legalidade	30
1.3.7. Princípio da Moralidade	32
1.3.8. Princípio da Vinculação ao Edital	33
1.3.9. Princípio da Eficiência	34
1.3.10. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade	36
1.3.11. Princípio da Acessibilidade aos Cargos Públicos	37
2. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E VINCULADO	39
2.1. O mérito do ato administrativo discricionário	43
3. A REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR EM FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ OBJETIVA E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E A MUTAÇÃO RELATIVA À NATUREZA DO DIREITO A NOMEAÇÃO	46
3.1. Controle do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário	46
3.2. Princípio da confiança legítima: <i>venire contra factum proprium</i>	56
4. O DIREITO DE NOMEAÇÃO E SUA MUTAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES	63
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por escopo analisar e pesquisar sobre a constitucionalidade da abertura de concurso público exclusivamente com cadastro de reserva previsto nos editais.

O tema concurso público sofreu intensa modificação ao longo dos anos, mostrando-se, hoje, como a principal forma de recrutamento de agentes públicos pela Administração Pública, pois se apresentou como melhor modelo de seleção e que realmente atende à meritocracia, uma vez que se baseia em critérios objetivos, demonstrando maior consonância com os princípios constitucionais que regem a Administração, quais sejam: Legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e isonomia.

Porém, a partir de uma pesquisa jurídica é possível observar que, ao mesmo tempo em que se moralizou o ingresso aos cargos públicos, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, também cresceu, em demasia, a demanda pelo emprego público, seja diante da efetivação de acesso universal, seja pelo atrativo financeiro e de estabilidade.

Diante desse cenário, foi possível perceber uma verdadeira explosão na exploração comercial em tudo relacionado ao concurso público, como venda de livros, cursos preparatórios, “*coach*”, dentre outros - chamado de “indústria do concurso”. Assim, a Administração Pública vislumbrou a possibilidade de garantir sua parcela nesse mercado tão lucrativo, seja no descumprimento da regra do concurso público, nomeando pessoas que não se submeteram certame algum, seja abrindo, por vezes, concurso público com fins meramente arrecadatórios, por meio dos cadastros de reserva, em que ao final, nenhum candidato é convocado.

Assim, com essa monografia, ainda que não de forma exaustiva, pretendeu-se, a partir de um estudo jurisprudencial e doutrinário, evidenciar o desrespeito às normas constitucionais alusivas ao concurso público quando na modalidade exclusiva de cadastro de reserva de vagas, controvérsia de análise indispensável, diante de sua repercussão social, mormente quando se busca a satisfação do interesse público.

Com esse propósito, a pesquisa foi estruturada em quatro capítulos. O primeiro capítulo trouxe um conceito para concurso público, para depois abordar a evolução histórica do recrutamento de agentes públicos, desde a inexistência de concurso público, perpassando pela sua existência, mas ineficácia, até chegar a regra de obrigatoriedade da realização de concurso para ingresso no serviço público.

Teve-se o cuidado de trabalhar com o neoconstitucionalismo, responsável por dar maior importância e efetividade aos princípios constitucionais, para ao final, dissertar sobre cada um dos princípios que norteiam a finalidade do concurso público.

No segundo capítulo, a partir de uma pesquisa doutrinária administrativa, abarcou-se a classificação de ato administrativo em vinculado e discricionário, bem como se desenvolveu o tema mérito administrativo, para formar um substrato lógico ao capítulo seguinte.

No terceiro capítulo, deu-se ênfase à redução da discricionariedade administrativa, diante da previsão jurisprudencial da possibilidade de controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, reputando importância científica ao tema, pois traz à baila eficaz meio de ação do administrado no controle do poder estatal, chegando ao direito de nomeação e mutação de sua natureza.

Em subtítulo autônomo, deu-se destaque ao princípio do *venire contra factum proprium*, elucidando a figura e explicando seus pressupostos de incidência, diante da sua importância para o desenvolvimento da divergência que se apresenta no decorrer da monografia, atuando como um dos principais fundamentos utilizados na crítica que se faz à abertura de concurso público exclusivamente para cadastro de reserva, assim como, utilizado pelos tribunais superiores para modificação de sua jurisprudência sobre o tema.

No capítulo final, debruça-se no tema direito de nomeação, ilustrando a evolução e mutação nos posicionamentos dos tribunais superiores, bem como, de inovações legislativas, na tentativa de pacificar o assunto, ainda sem êxito. Foram abordadas, no que tange aos efeitos da aprovação em concurso público posicionamentos jurisprudenciais como se de direito subjetivo ou mera expectativa de direito à nomeação, sob o aspecto de ser o candidato aprovado e classificado, ou não, dentro do número de vagas previstas no edital do certame. Abordou, por fim, hipóteses em que a Administração, embora demonstre de forma inequívoca a necessidade do preenchimento da vaga, opta fazê-la sem a observância da regra do concurso público, bem como as hipóteses em que o judiciário vem buscando alternativas para controlar estas investidas da Administração em burlar, por via transversa, o direito do candidato aprovado.

A abordagem dessa pesquisa será essencialmente qualitativa, com seu foco voltado para as metodologias bibliográfica, e, principalmente, a jurisprudencial, com ênfase nos informativos dos tribunais superiores, permitindo uma visão global e sistemática da matéria, buscando os melhores argumentos que melhor se coadunam com a tese ora exposta.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL

Antes de adentrar na análise do tema objeto do presente trabalho, qual seja, a constitucionalidade, ou não, da utilização do sistema de cadastro de reservas com exclusividade para seleção de candidatos ao serviço público, afigura-se interessante tecer breves considerações sobre as diversas formas de recrutamento de agentes públicos ao longo da história e, em especial, sobre sua aplicação e evolução no Brasil.

Desde que os primeiros agrupamentos humanos que se formaram, houve necessidade de arguição de tarefas a requerer a distribuição de funções preponderantes, específicas e gerais, garantidoras até mesmo da sobrevivência e coesão daquela sociedade, a certos membros do grupo, escolhidos talvez aleatoriamente, mas, mais provavelmente, por suas habilidades e capacidade de ascendência sobre o grupo. Essa escolha era simples, como o era a sociedade, baseando-se, provavelmente na destreza física ou no domínio da magia.

Na medida em que as sociedades cresceram, as tarefas diversificaram-se significativamente e a distribuição de funções adquiriu grau maior e proporcional de complexidade. Para atender a essa circunstância, fazia-se necessário encontrar critérios, seja objetivos ou subjetivos, para a escolha de agentes mais aptos ao desempenho de funções em prol da sociedade. Assim, ao longo do tempo foram concebidos no mundo vários sistemas de recrutamento, aplicáveis em conformidade com o estágio atravessado pela sociedade à época, merecendo destaque: o sorteio, a compra e venda, a herança, o arrendamento, a livre nomeação absoluta e relativa, a eleição e o concurso.

O sorteio, como o nome propõe, consistia no uso desse método como forma de selecionar agentes ao acaso das circunstâncias e envolvia nuances de inspiração divina, uma predestinação, ou seja, como vontade de Deus. Nesse sistema, a análise prévia da capacidade do agente, se e quando houvesse, circunscrevia-se a uma primeira fase, a da escolha dos participantes. Foi um procedimento usado com mais frequência em uma época em que reinava a visão teocêntrica do mundo, em que Deus seria a convergência de todas as coisas.

Com o enfraquecimento da visão teocêntrica, que se deu com o iluminismo¹, houve o afastamento da ideia de que a função pública está condicionada a uma escolha divina, e tem-

¹Iluminismo - Também conhecido como o século das luzes, designa a revolução cultural da burguesia intelectual europeia no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento e procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade e o conhecimento herdado da tradição medieval. O antropocentrismo e o individualismo renascentista ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem, admitindo que os seres humanos estão em

se o início da concepção antropocêntrica do mundo, que considera o homem como o centro do universo e esse é concedido em termos de experiências ou valores humanos.

Nesse novo cenário, surge a modalidade de recrutamento de compra e venda de cargos públicos, em que o Estado considerava-se o dono do cargo público, e por isso, poderia vendê-lo a quem pagasse mais, primando pelo poder aquisitivo do agente, desinfluyente em geral, ignorando, muitas vezes, sua capacidade intelectual e técnica para o exercício da função.

Além da compra e venda de cargo, a figura do arrendamento também dava ênfase ao poder aquisitivo do interessado, pois consistia em a Administração ceder ao particular o exercício da função pública por prazo determinado e em função de contraprestação pecuniária paga ao erário, ou seja, alugava-se o cargo público ao particular que pagasse mais.

Outro meio de atribuição de cargo público foi o hereditário, sucessão *causa mortis*, que consistia em passar a função de seu titular a seus herdeiros, permitindo a usurpação da faculdade que a Administração tem de ela própria escolher seus agentes.

No Brasil, exemplo típico de sucessão em cargo público encontra-se nos serviços notariais e de registros, nos quais, quando da morte do delegatário titular, seu substituto o sucedia no cargo – geralmente os descendentes. Essa situação perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 236, parágrafo terceiro, determinou que: “o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”²

Nada obstante, o dispositivo constitucional só veio a adquirir eficácia em 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça – CNJ baixou a Resolução nº80³, na qual finalmente determinou a vacância da titularidade dos serviços notariais e de registro ocupadas por delegatários sem concurso, em manifesto desacordo com a Constituição Federal.

O sistema de eleição consiste no sufrágio pela comunidade de concidadãos para o exercício da função pública. A aplicação desse sistema no Brasil restringe-se a determinados cargos, com mandato a prazo determinado, permitida, em geral, a reeleição, não sendo adotado no preenchimento de cargos públicos de provimento efetivo. Um reparo que se pode

condições de tornar esse mundo um lugar melhor. Iluminismo. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Iluminismo>. Acesso em 27 de fev. 2017.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 04 de nov. 2015.

³BRASIL. Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº80 de 2009. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_80a.pdf. Acesso em: 04 de Nov.2015.

fazer a essa forma de recrutamento é que a mesma baseia-se em critérios subjetivos do eleitor e não na avaliação técnica e intelectual do candidato.

Merece destaque, no entanto, o fato de que se trata de um meio democrático de escolha e, nas pequenas comunidades, a mais das vezes, o eleitor conhece muito bem o candidato. Entretanto, a vantagem desse sistema é a faculdade que o eleitor tem de não reconduzir o candidato que não correspondeu a sua expectativa (no exercício do mandato).

No sistema de livre nomeação absoluta, o cargo público é atribuído a alguém, por uma autoridade, sem a interferência de qualquer outro Poder; na livre nomeação relativa, por sua vez, o agente é indicado por um Poder e aprovado por outro – um ato complexo portanto. Nestes sistemas de recrutamento, a autoridade nomeia o agente público calcado na plena liberdade de escolha, sem precisar motivar sua decisão. No Brasil, até hoje, se tem remanescente a nomeação livre absoluta, externalizada nos cargos em comissão, declarada em lei como de livre nomeação e exoneração, previsto expressamente no art.37, inciso II, parte final da Constituição Federal de 1988:

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.

No entanto, essa liberdade plena veio a ser mitigada a partir de 2008 quando o Supremo Tribunal Federal – STF, pela súmula vinculante nº 13 – conhecida como “vedação ao nepotismo” – proibiu a nomeação de parente, consanguíneo o afim, até o 3º grau, para o exercício dos cargos em comissão.

E finalmente, o concurso Público. A Constituição Federal de 1988, vigente até os dias de hoje, determinou de forma expressa a obrigatoriedade do concurso público para acesso aos cargos públicos, optando por um sistema de seleção que prima pela moralidade, impessoalidade e eficiência, selecionando – se aquele mais capacitado para o exercício de determinada função pública – ou seja, por estabelecer o sistema de meritocracia⁴ na seleção dos melhores candidatos.

⁴ Meritocracia (do *latim meritum*, "mérito" e do sufixo grego antigo κρατία (-cracia), "poder") - é um sistema de gestão que considera o mérito como a razão principal para se atingir posições de topo. Segundo a meritocracia, as posições hierárquicas devem ser conquistadas com base no merecimento, considerando valores como educação, moral e aptidão específica para determinada atividade. Constitui-se numa forma ou método de seleção e, num sentido mais amplo, pode ser considerada uma ideologia governativa. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Meritocracia>. Acesso em 27 de fev. 2017.

Para Márcio Barbosa Maia e Ronaldo de Pinheiro de Queiroz⁵, apesar das imperfeições, o concurso deve ser visto como a principal forma de seleção, tendo em vista a sua superioridade face aos métodos de recrutamento anteriormente concebidos no curso da história humana. Para os autores:

O concurso público não se fundamenta na álea, como o sorteio; não vislumbra o cargo público como objeto, como ocorre na compra e venda, sucessão hereditária e arrendamento; não adota como meio de seleção valores discricionários ou de índole política, como a livre nomeação e a eleição; e, enfim, é capaz de efetivamente eliminar os candidatos incapazes ao exercício da função administrativa, desde que seja bem conduzido.

De sua história, o Brasil apresentou períodos de grave instabilidade política, alguns, inclusive, com alteração do regime vigente à época. Em consequência, produziu oito cartas políticas e cada uma delas trouxe considerações próprias acerca do recrutamento de agentes públicos, que será examinado brevemente a seguir, em ordem cronológica.

No Brasil Império, a vontade do imperador confundia-se com a vontade do próprio Estado, ou seja, era a representação do interesse coletivo – a vontade do povo. Assim, nesse período, coerentemente, o sistema adotado para investidura em cargo público era o da livre nomeação por delegação direta ou indireta do Imperador, o real detentor da faculdade de admitir ou exonerar agente públicos.

Para Luis Roberto Barroso, a Constituição de 1824 trouxe o primeiro esforço de institucionalização do novo país independente, pretendendo iniciar, apesar das vicissitudes que levaram a sua outorga, um Estado de Direito, quiçá um protótipo de Estado liberal.⁶ De fato, no que respeita ao tema do ingresso no serviço público, se detiver a análise sob o prisma do acesso universal – qualquer pessoa pode ser nomeado agente público, sem qualquer diferença que não seus talentos e virtudes – é possível vislumbrar um viés de objetividade, isonomia e acesso universal e de forma indistinta aos cargos públicos, que possui contornos nos concursos públicos dos dias atuais.

No entanto, apesar de o acesso ao serviço público ser considerado universal, a admissão para a função pública achava-se atrelada apenas a critérios discricionários e políticos da autoridade nomeante, uma vez que talento e virtude são atributos muito vagos e que, de certa forma, dependem apenas da análise subjetiva de quem os avalia – ou seja, o critério subjetivo de nomeação abria margem para escolhas políticas, de afeição e não necessariamente ocorria a escolha do candidato mais adequado para o exercício da função.

⁵ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.6.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.68.

Além disso, segundo Raquel Dias Silveira, o serviço público no Brasil Imperial era muito privilegiado. Os agentes públicos tinham o *status* de nobres e, portanto, gozavam de privilégios estamentais.⁷ Diante dos benefícios, além da disputa por cargos públicos ser intensa, ainda que apenas no plano político, também havia um desvirtuamento na hora do preenchimento dos cargos, pois, estes viravam objeto de barganha política – conhecido pelo brocardo “amigo do rei”, tendo o apadrinhamento como ferramenta eleitoreira.

Quando da proclamação da República, com a promulgação da nova Carta Constitucional, em 1891, foi mantido o sistema discricionário de contratação e exoneração de servidores públicos, dispondo a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em seu art. 73, que “os cargos publicos, civis ou militares, são acessiveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedada as accumulações remuneradas.”⁸

É possível perceber que, embora a nova Carta Constitucional tenha mantido a ideia de acessibilidade, essa reduziu, mitigou a subjetividade quanto às exigências de capacidade especial, ao determinar sua definição legal– dando um viés mais objetivo para a nomeação dos agentes públicos. Hoje, a moralização dos concursos públicos é ainda mais presente, pois, o cargo público serve também como instrumento para gerar empregos, distribuir renda e dar função social ao serviço público.

Com a Revolução Constitucionalista de 1932, Getúlio Vargas dissolveu o Parlamento e convocou Assembleia Nacional Constituinte que votou e promulgou, em 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, em seu art. 170, 2º, fez nascer, o concurso público no ordenamento brasileiro, exigível apenas para o provimento no cargo inicial da carreira. No entanto, o acesso aos demais níveis da carreira se dava por meio de promoções discricionárias internas (promoções verticais). Desse modo, esta Constituição estabeleceu um duplo sistema para o ingresso no serviço – concurso e títulos. Eis o texto do artigo:

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionarios Publicos, obedecendo ás seguintes normas, desde já em vigor: (...)
2º- a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, effectuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos.⁹

⁷SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p.30.

⁸BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 04 out.2015.

⁹BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 04 de out.2015.

As Constituições de 1937 (art.156) e de 1946 (art.186) não inovaram na matéria, determinando como obrigatório o ingresso em cargos de carreira por meio de aprovação em concurso público de provas ou títulos.¹⁰

Já com a promulgação da Constituição do Brasil de 1967, o seu artigo 95 determinou a obrigatoriedade de concurso público para provimento de todos os cargos públicos, excetuando os em comissão. Nesse momento, tem-se pela primeira vez a forma de livre nomeação como exceção, e não mais como a regra de recrutamento para o exercício da função administrativa. Esta constituição também afastou o concurso exclusivamente com base nos títulos. É possível vislumbrar uma similitude com a Constituição atual (de 1988) – art.37, II- Eis o texto da do art.95 da Constituição de 1967:

Art. 95. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.
§1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.
§2º Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.¹¹

O intuito moralizador do sistema de recrutamento da força de trabalho na Constituição de 1967 foi de tal ordem que determinou a realização de concurso não só para o provimento inicial do cargo, como também, para a progressão na carreira. Esse último dispositivo, porém, não surtiu o efeito esperado no que toca à organização dos quadros de pessoal (com reflexos nefastos), afetando diretamente a própria prestação do serviço público e, o instituto veio a ser abolido no art.97 da Emenda nº1, outorgada em 1969, pela Junta Militar, que trouxe o retorno da questão aos moldes anteriores, qual seja, a necessidade de que a investidura em cargo público fosse antecedida de concurso público como sendo aplicável tão-somente em relação à primeira investidura, dispensando claramente o concurso no tocante aos provimentos derivados.

Quando o Brasil retornou ao regime democrático, uma das primeiras providências adotadas foi a convocação da Assembleia Nacional Constituinte para elaboração de uma nova Constituição, de modo a desvencilhar o país das excrescências herdadas do regime militar, sendo promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vigente até os dias atuais. Prescreve seu artigo 37¹²:

Art. 37. A administração pública federal direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

¹⁰ MAIA, op.cit, p.9.

¹¹BRASIL. Constituição do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htmAcesso em: 04 de out.2015.

¹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 04 de Nov.2015.

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público dependem de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Sob a Constituição de 1988¹³, o direito constitucional no Brasil passou a desimportância ao seu apogeu. A nova Carta Política tem a virtude de simbolizar a travessia democrática brasileira, que contribuiu para a consolidação do mais longo período de estabilidade política no país. A nova Constituição procurou claramente resguardar o espaço público da apropriação privada, para tanto, estabeleceu regras objetivas na seara público-administrativa, impondo medidas como, entre outros: a exigência de concurso público para ingresso no serviço público e a realização de licitação para aquisição de bens e serviços, a obrigatoriedade de prestação de contas da utilização do dinheiro público e a imposição de sanções penalizadoras à improbidade administrativa – medidas essas que são verdadeiros marcos delimitadores do campo de discricionariedade e atuação da Administração Pública.

Por fim, cabe destacar que a nova Constituição considerou o tema de prestação de serviço público como relevante, tanto que traçou uma série de normas sobre a matéria. Mas, dentro da perspectiva histórica da evolução Constitucional brasileira aqui abordada, a Carta Magna de 1988¹⁴, ao manter a exigência de concurso público para investidura em cargo público veio a consolidar, em definitivo essa regra, garantindo, assim, pelo menos em parte, a universalidade de acesso ao serviço público de acordo com critérios objetivos de seleção estabelecidos em lei.

Certo é que, após a evolução histórica do concurso, em que se trouxe uma universalidade efetiva ao acesso aos cargos públicos, com critérios objetivos de seleção, sua obrigatoriedade fez aumentar consideravelmente a demanda por concurso público por parte da Administração. Além disso, o benefício da estabilidade e a sua boa remuneração, fez crescer o interesse e a busca dos cidadãos por um cargo público. Ademais, diante desse cenário de importância do concurso como meio de seleção dos mais preparados, de forma objetiva e impessoal, na busca da melhor prestação do serviço público, bem como um instrumento para instituir função social à prestação do serviço público de forma a minimizar os efeitos do

¹³ BRASIL, *op.cit.*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.ht. Acesso em 04 de Jul. 2017.

¹⁴ BRASIL, *op.cit.*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.ht. Acesso em 04 de Jul. 2017.

desemprego e reduzir as desigualdades sociais, o Concurso Público se fortaleceu como principal meio de recrutamento de agentes públicos.

1.1- Conceito de concurso público

Diante da análise histórica abordada no capítulo anterior, é possível compreender porque a Constituição de 1988¹⁵ consagrou o concurso público como forma mais justa e eficaz para a seleção de candidatos a agentes públicos, cujas funções constituem-se em múnus público, isso é, encontram-se imbuídos de uma obrigação, de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade, de forma eficiente e moral. Suficientemente demonstrada a superioridade do sistema de recrutamento de agentes públicos mediante a realização de concurso público franqueado a todos os cidadãos que preencham os requisitos prévios estabelecidos em lei para selecionar funções específicas voltadas para a melhor consecução do bem comum, é pertinente passar ao exame de sua conceituação doutrinária.

A Constituição Federal de 1988¹⁶ e todo o sistema do Direito Administrativo estabeleceram um modelo burocrático que se baseia na formalidade e na presença constante de normas e rigidez nos procedimentos, como forma de manutenção da democracia. O Estado burocrático apresenta como principal objetivo combater a corrupção e o nepotismo e, para alcançar este intento, organiza o Estado basicamente em instituições hierarquizadas e controle enfocado nos processos.

Sob o prisma da burocracia, Francisco Lobello de Oliveira Rocha conceitua o concurso público como o procedimento administrativo escolhido pelo legislador constituinte para assegurar a igualdade na disputa dos cargos públicos, atendidos os princípios da moralidade, impessoalidade e igualdade de oportunidades e, ainda, com vistas à profissionalização da burocracia administrativa, tendo em vista que os nomeados são apenas candidatos que atendam as necessidades da Administração.¹⁷

Assim, a burocracia - ao menos como tipo puro ou ideal - é um sistema organizacional que prima pela realização de políticas públicas de forma eficaz e eficiente, orientado pelas ideias de profissionalização, carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e

¹⁵ BRASIL, op.cit., Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.ht. Acesso em 04 de Jul. 2017.

¹⁶ BRASIL, op.cit., Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.ht. Acesso em 04 de Jul. 2017.

¹⁷ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. *Regime jurídico dos Concursos Públicos*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 53.

formalismo, o que é alcançado exatamente com a opção do concurso público como o principal sistema de recrutamento.

Carvalho Filho fornece uma definição subjetiva do instituto do concurso público:

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, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.¹⁸

Ou seja, o instituto do concurso público busca uma forma de seleção objetiva, como meio de evitar um meio propício ao examinador de escolhas com base em critérios subjetivos, pessoais, de afinidade, parentesco, ou mesmo barganha política. Este meio de recrutamento visa a garantir a impessoalidade na escolha dos candidatos, visando selecionar aquele que apresentar melhores habilidades para o exercício de uma determinada função.

Fernanda Marinela de Sousa Santos propõe que o concurso é um procedimento administrativo posto a serviço da Administração Pública com vistas a escolher seus servidores em caráter futuro, ao mesmo tempo em que se orienta pelos princípios da impessoalidade, isonomia e da moralidade administrativa, assegurando, outrossim, a ampla acessibilidade aos cargos públicos no Brasil.¹⁹

Deve-se ter em mente que a escolha do melhor candidato é importante, pois, para além de serem cargos muito visados e disputados, o exercício da função pública exige comprometimento do candidato escolhido, uma vez que a atividade pública constitui a gestão dos interesses públicos, por meio da prestação de serviços públicos. É a administração da coisa pública, *res publica*, no tocante aos fins da administração pública é de se salientar que os mesmos se resumem em um único objetivo: o bem comum da coletividade, de forma a atingir o bem estar social. Ou seja, visa a atender ao interesse e atingir benefícios à coletividade, como destinatária daquele serviço prestado, que deve ser exercido de forma perene, sistemática, legal e técnica. É, pois, um dever exercitado por quem de direito, em prol de toda a sociedade, devendo cumprir, plenamente os preceitos do Direito e da Moral administrativa que regem a sua atuação.

O edital constitui ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída para disciplinar o processamento do concurso público, estando, portanto, subordinado à lei, em atendimento ao princípio da legalidade, que, em sentido amplo, tem

¹⁸ CAETANO, Marcelo apud CARVALHO FILHO, op. cit., p.472.

¹⁹ SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. *Servidores Públicos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.38.

sido modernamente vislumbrado como o dever de a Administração pautar suas ações pelo direito, neoconstitucionalismo, e não estritamente na lei formal, positivismo. Sob o prisma da legalidade, o concurso público exige que o edital, baseado nas formalidades legais e nos princípios constitucionais, faz lei entre as partes, vinculando Administração e candidato reciprocamente.

Também conceitua o concurso público sob o prisma da legalidade, José Maria Pinheiro Madeira:

O concurso público é uma série complexa de procedimentos adotados com o objetivo de atestar as aptidões próprias de um ou mais candidatos a ocupar uma ou várias vagas na Administração, por meio da submissão voluntária ao crivo de uma comissão examinadora. Ou ainda, um procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura, que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores.²⁰

Assim, sob o aspecto da legalidade, deixa de lado um pouco as características pessoais do candidato, para focar na formalidade do certame, levando em consideração se o procedimento foi legal e adequado para o preenchimento de determinada vaga, bem como se obedecidas as regras do edital, que faz lei entre as partes.

Por fim, estabelecendo uma junção entre os aspectos trazidos nos conceitos anteriores Éder Sousa promove uma definição mais ampla, levando em consideração os sentidos, objetivo e subjetivo de concurso público:

[...]O primeiro diz respeito ao Poder Público, significando serem promovidos por entidades estatais e não por entes privados ou por pessoas físicas. Em sentido subjetivo quer dizer direcionado ao público em geral, ou seja, a todos aqueles que preencham, naquilo que nos interessa, os requisitos inerentes aos cargos, aos empregos ou às funções públicas que visa preencher. Nesse raciocínio, é correto afirmar que o concurso público é o instrumento através do qual o Poder Público, *lacto sensu*, escolhe, objetivamente falando, dentre os inscritos, o candidato que mais se destacar na somatória das notas obtidas nas diversas etapas do certame.²¹

Finalmente, pode-se perceber que os elementos dos conceitos de concurso abordados no decorrer do capítulo podem ser vistos sob três aspectos que naturalmente se entrelaçam: o democrático – cujo avanço é inegável, ao permitir a ampla acessibilidade aos cargos públicos e a igualdade de oportunidades dentro das condições prévias estabelecidas em lei; a busca da eficiência administrativa pela profissionalização dos agentes que, na disputa mostraram-se os mais aptos e adequados à realização das funções específicas do cargo, propiciando a reconstrução da Administração Pública, trazendo um novo momento fundamental do programa constitucional revolucionário, estabelecendo como requisitos essenciais a objetividade e a padronização, com vistas a alcançar uma avaliação padronizada dos

²⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.84-85.

²¹ SOUSA, Éder. *Concurso Público Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.21-22.

candidatos, que permita a comparação com os demais, constituindo um sistema de mérito, meritocracia; e, por último o legal, permeando todos os demais, ao determinar a adstrição do concurso ao Edital como lei entre as partes, veiculando-as reciprocamente.

1.2-Concurso Público e a Constituição de 1988 e a sua interpretação junto ao Neoconstitucionalismo

Com o desenvolvimento do estudo dos tópicos anteriores, é possível vislumbrar que, embora o instituto do concurso público tenha surgido desde a Constituição de 1934 (era Vargas), este não produzia os efeitos concretos esperados, sendo de mínima, para não dizer nenhuma aplicação, pois, as normas constitucionais tendiam a ficar no plano das ideias, como um ideal concretizador futuro. No entanto, com a revolução democrática no Brasil que culminou na elaboração da Constituição Federal de 1988, momento em que houve, ainda que não de forma automática, uma verdadeira superação na concepção abstrata e ideológica que vigoravam nas Constituições anteriores, fazendo surgir a natureza normativa concretista da atual Carta Política – conhecido na doutrina como Neoconstitucionalismo.

Assim, diante da moderna concepção do Direito Constitucional, o presente trabalho pretende, sem exaurir o tema, abordar o instituto do concurso público nesse novo cenário. Contudo, primeiro impõe-se um breve histórico para entender como o Neoconstitucionalismo surgiu e se firmou no país.

Ao longo do século XIX, o liberalismo²² e o constitucionalismo passaram a se difundir e se consolidaram na Europa. Já no século XX, a partir da Primeira Guerra Mundial, os Estados Ocidentais tornaram-se progressivamente intervencionistas, sendo rebatizados de Estado Social, pois já não se esperava mais um liberalismo puro, ilimitado, sem qualquer intervenção na esfera pessoal do indivíduo, mas o Estado passa a funcionar como instrumento da sociedade para combater as injustiças sociais e conter o poder abusivo do capital, além de prestar serviços públicos à população – ou seja, passa a exigir um atuar estatal, mitigando de certa forma o liberalismo.

Já no Brasil houve atraso na chegada do Estado liberal, o qual primou pela subsistência de traços do patrimonialismo²³, conservação do domínio territorial do rei, da

²²É um sistema político-econômico baseado na defesa da liberdade individual nos campos econômico, político, religioso e intelectual, contra as ingerências e atitudes coercitivas do poder estatal. Disponível em: <https://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2011/11/11/o-que-e-o-liberalismo/>. Acesso em 27 de fev. 2017.

²³ Trata-se da apropriação da coisa pública como se fosse uma possessão privada, passível de uso em benefício próprio ou dos amigos, ou ainda, em detrimento dos inimigos. O agente público que se vale da sua posição ou do

igreja e da nobreza. Tal perspectiva é fruto do colonialismo português, pois, produto de uma monarquia absolutista, que predispõe à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção. Segundo Luís Roberto Barroso, durante o Brasil Império os administradores designados ligavam-se ao monarca por laços de lealdade pessoal e por objetivos comuns de lucro, antes que por princípios de legitimidade e de dever funcional. Ou seja, a gestão da coisa pública tradicionalmente se deu em obediência a pressupostos privatistas e estamentais.²⁴

O Brasil, somente após a queda do regime militar, passou, sob a influência do constitucionalismo europeu, a reconhecer e a consolidar a força normativa da Constituição e a dar-lhe efetividade, modificando a interpretação prevalecente nas constituições anteriores de que as normas constitucionais eram diretivas políticas, passando a compreendê-las como normas jurídicas, passíveis de tutela judicial quando descumpridas. Assim, o marco histórico do novo estado constitucional brasileiro foi a Constituição da República Federativa do Brasil, juntamente com o processo de redemocratização em curso no país.

As Constituições anteriores eram uma espécie de instrumento de dominação ideológica, repletas de promessas que não seriam honradas, pois tinham menos força que as normas, traduzindo-se em uma falsa supremacia. Assim, uma das grandes mudanças de paradigma foi a atribuição de força normativa às normas constitucionais e sua elevação de patamar, estando situadas hoje, no centro do estudo do direito.

Desse modo, mesmo que tardiamente, superada a fase em que se concebia a relação entre Estado e indivíduo meramente como oriunda do poder autoritário de império e do exercício da gestão exclusivamente discricionária da Administração Pública, ocasião em que o poder político se apresentava desvinculado dos limites jurídicos emanados do próprio Estado, com o novo sistema democrático sendo instaurado, uma outra perspectiva se impunha, visando ao equilíbrio e à harmonia das relações entre o Poder Público e o administrado – o que faz surgir o Constitucionalismo.²⁵ No constitucionalismo contemporâneo a Administração Pública deve pautar sua gestão pelos ideais éticos e morais reinantes na sociedade, não havendo espaço para uma ideia de Administração autoritária e desrespeitosa de seus deveres.

patrimônio estatal para obter vantagens, praticar ou cobrar favores e prejudicar terceiros, de forma personalista, viola o princípio republicano. V. BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.11.

²⁴ BARROSO, op.cit., p.11.

²⁵ Os fundamentos teóricos do constitucionalismo moderno começaram a ser lançados após a Reforma Protestante, tendo como principais referências teóricas os autores que desenvolveram a idéia de contrato social, em especial, os ingleses Thomas Hobbes e John Locke, no século XVII – v. Thomas Hobbes, *leviathan*, 1651 e, John Locke, *Secondtreatise of government*, 1690 – e o francês Jean- Jacques Rousseau, no século XVIII – *ibid.*, p.94.

O constitucionalismo é a expressão da ideologia liberal, que surge como uma doutrina de limitação do poder do Estado. Como consequência, desde suas origens, sempre foi da essência da Constituição a separação dos poderes e as garantias de direitos.²⁶ A nova realidade atribuída às normas constitucionais faz surgir parâmetros de garantia ao administrado, de forma a balizar e legitimar todo e qualquer ato administrativo, como forma de repelir e/ou impedir o regresso a passos largos rumo ao totalitarismo. Para além disso, pode-se observar que a Constituição, em sua nova concepção, tem por escopo em um primeiro momento, limitar a atuação do Estado, garantindo a individualidade de cada um, observando seus direitos e garantias, e, concomitante, em um segundo momento passa a exigir uma atuação positiva do Estado, para garantir o bem estar social. Nas palavras de Barroso:

O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos da organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social.²⁷

Ainda nesse período de redemocratização, com o fito de se estabelecer um equilíbrio entre a liberdade individual e a atuação estatal, teve um movimento pela efetividade das normas constitucionais e dos princípios, acarretando mudanças na interpretação constitucional, atribuindo-lhe normatividade plena, tornando-se fonte de direitos e obrigações, plano jurídico, reconhecendo-lhe autonomia e ampliando o papel do Poder Judiciário na concretização dos valores e direitos constitucionais, promovendo o abrandamento na discricionariedade absoluta da Administração. Luís Roberto Barroso em sua obra afirma:

Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitrar. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais que contêm comandos, mandamento, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral.²⁸

Nesse cenário expandiu-se o estudo do Neoconstitucionalismo, que se caracteriza pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, passando a desfrutar de uma efetiva, e não mais falsa, supremacia formal e material, em que as normas constitucionais e os princípios passam a ter caráter normativo e eficácia jurídica.

A Constituição, portanto, transformou-se no parâmetro, na base através da qual se deve ler e interpretar todo o direito infraconstitucional, sendo esse fenômeno chamado de constitucionalização do direito, ou seja, as suas normas e princípios passam a ser de observância obrigatória, em ramos tradicionalmente considerados autônomos como o civil, o

²⁶ *ibid.*, p.83.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, p. 219.

administrativo, o penal e o processual, na prática, face à ausência de efetividade do comando constitucional à época - efeito expansivo das normas constitucionais – ou seja, a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais.²⁹

A Carta de 1988 impôs-se como uma Constituição normativa, dando aos princípios uma importância que no passado não tinham. Assim, ao nomear o seu Título I com o termo “Dos Princípios Fundamentais”, o constituinte originário pretendeu normatizar as diretrizes basilares da ordem política e institucional que estava nascendo atribuindo força normativa também aos princípios. Ante a normatividade que lhes foi inculcada, os princípios jurídicos, expressos ou implícitos, exercem, atualmente, papel fundamental na interpretação e aplicação do direito, tendo em vista a consagração do pós-positivismo ou neopositivismo.

Hans Kelsen, seguindo as tendências do neopositivismo lógico, concentra-se em uma análise da linguagem do direito, buscando esclarecer a estrutura lógica da argumentação jurídica. Ele percebe que se pensa o direito positivo como um conjunto sistemático de normas, o que o leva a analisar tanto a estrutura lógica dos enunciados normativos e o modo como as normas se organizam na forma de um ordenamento.³⁰

A atual Constituição estabeleceu princípios relacionados ao Estado Democrático, princípios esses que permeiam não apenas o texto constitucional, mas todo o sistema jurídico que orienta a República Federativa do Brasil – Bloco Constitucional. Desse modo, os princípios se prestam à organização de todos os elementos jurídicos que circundam o sistema positivado, com o fim de assegurar o funcionamento e a confiabilidade do sistema jurídico como um todo, com base em seu caráter universal, imutável e genérico.

No Brasil, com a adoção da doutrina do Neoconstitucionalismo, como visto, as normas constitucionais e os princípios passaram a ter normatividade jurídica plena, sendo, pois, prudente que a análise e a interpretação de qualquer matéria deva passar pelo crivo de seus fundamentos principiológicos, sob pena de serem feitos de forma incompleta ou mesmo equivocadamente alicerçadas. Transpondo todo o panorama exposto para o instituto do concurso público, verifica-se que este é fortalecido no momento em que o poder público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade do mesmo, ao lado das garantias da publicidade, isonomia, transparência e impessoalidade. O direito a um certame honesto é também garantia fundamental da plena efetividade do preceito. A atual Constituição cuida dos princípios constitucionais relacionados ao Estado Democrático e o

²⁹ Ibid.p., 244.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 364.

Poder Judiciário zela por sua aplicabilidade efetiva e, no que concerne ao instituto em causa, vem produzindo uma jurisprudência ampla sobre a obrigatoriedade do concurso público e uma relativização na discricionariedade administrativa.

Os princípios, hoje, são os principais norteadores para o estudo e a interpretação da matéria concurso público. Diante da força normativa dos princípios, e sua força coercitiva, trazendo sua aplicabilidade para o objeto do trabalho, é possível defender a inconstitucionalidade dos concursos com previsão exclusiva de cadastro de reservas por afronta direta aos princípios constitucionais da moralidade, dignidade da pessoa humana, eficiência, impessoalidade e *venire contra factum proprium*, a serem abordados em tópicos autônomos. A eventual inconstitucionalidade decorre principalmente da eficácia negativa atribuída atualmente aos princípios constitucionais, que consiste na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em desacordo com os mesmos.

1.3 – Da finalidade do concurso público e dos princípios que o norteiam

O Concurso Público tem por objetivo a seleção de forma impessoal de candidatos para exercício do cargo público, de forma a impedir o uso político dos cargos pelos governantes e garantir a todos cidadãos o direito de disputar o acesso aos cargos públicos, sendo uma das maiores conquistas da democracia, pois, depois de empossado no cargo, aquele cidadão passa a ter a condição e a responsabilidade de servir à coletividade por meio de seu trabalho, com a autonomia da estabilidade e a competência exigida no concurso. Constitui uma forma de garantir que os cargos sejam ocupados por trabalhadores habilitados e selecionados publicamente pelo concurso para prestar serviços à população.

Para alcançar essa finalidade, é de inquestionável importância que o certame se sustente em bases principiológicas, baseado em princípios constitucionais, explícitos e implícitos e também nos princípios administrativos, a serem abordados um a um.

1.3.1- Princípio constitucional democrático

O princípio constitucional democrático, também chamado de princípio da soberania popular exsurge como o mais excelso princípio do ordenamento jurídico atual, condicionante tanto das regras políticas como jurídicas da Lei Maior. Em torno da democracia levanta-se um

movimento de reorientação conceitual que intenta transformá-la em direito de quarta geração, o mais fecundo e subjetivo dos direitos políticos da cidadania, em escala de concretude.³¹

O princípio democrático é orientador de toda ordem constitucional que ressurgiu com a nova Carta Constitucional de 1988³², carta esta que veio desconstruir o modelo de governo ditatorial que vigorou no Brasil desde o Golpe Militar em 1964, e implantar, renovar a democracia e o Estado de direito. Constitui-se em um princípio com poderes prospectivos, informadores, compõe um impulso dirigente do Estado e da sociedade, fundamentalmente radical e funcional de qualquer organização do poder. A norma constitucional envolve toda a base do Estado Democrático³³ e serve de norte para todos os demais princípios vigentes na sistemática constitucional. Nunes define democracia como:

Regime político originariamente criado em Atenas, no século IV a.C. e defendido por Platão e Aristóteles. Funda-se na autodeterminação e soberania do povo que, por sua maioria e em sufrágio universal, escolhe livremente os seus governantes e seus delegados às câmaras legislativas, os quais, juntamente com os membros do poder judiciário, formam os poderes institucionais, autônomos e harmônicos entre si, em que se divide o governo da nação, onde todos os cidadãos gozam de inteira igualdade perante a lei.³⁴

A nova Constituição surgiu, portanto, para se opor ao regime de governo anterior (Ditadura) e de forma eficiente, instaurou uma nova ordem política e efetivou o regime democrático, na qual se funda todo o resto, diante do seu viés liberal, democrático e nacionalista. Sob essa perspectiva, manteve a forma de governo Republicano³⁵ e a forma de estado Federativo³⁶, assim como o sistema de governo Presidencialista³⁷, concedeu ampla

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.127.

³² BRASIL. op. cit. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05 de jul. 2017.

³³ A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art.1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa em essência, limitação do poder e supremacia da lei; democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. v. BARROSO, op. cit., p.89.

³⁴ NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 305.

³⁵ A República constitui-se em uma organização política na qual os cidadãos, ou seja, seus representantes, o povo, elege um chefe de Estado para representá-los por tempo determinado. No Brasil, a eleição do representante é dada através de voto livre e secreto. Disponível em: <http://paginadoenock.com.br/professor-naime-martins-cientistas-politicos-poderao-mostrar-as-inumeras-diferencas-entre-um-governo-e-outro-seus-feitos-e-fracassos-quanto-a-mim- apenas-um-palpiteiro-e-falador-me-permito-ver-um/>. Acesso em 27 de fev. 2017.

³⁶ Federação é uma forma de estado caracterizada pela existência de duas ou mais ordens jurídicas que incidem simultaneamente sobre o mesmo território sem que se possa falar em hierarquia entre elas, mas em campos diferentes de atuação. Como regra geral, os estados ("estados federados") que se unem para constituir a federação (o "Estado federal") são autônomos, isto é, possuem um conjunto de competências ou prerrogativas garantidas pela constituição que não podem ser abolidas ou alteradas de modo unilateral pelo governo central. Disponível em: <http://missaodiplomatica.blogspot.com.br/2014/05/organizacao-do-estado-na-constituicao.html>. Acesso em 27 de fev. 2017.

³⁷ Esse tipo de sistema de governo só é utilizado em república. Nele, o Presidente da República é chefe de estado e também chefe de governo, portanto tem plena responsabilidade política e muitas atribuições. O mesmo é eleito pelo povo de maneira direta ou indireta. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Presidencialismo>. Acesso em 27 de fev. 2017.

liberdade na organização partidária, proclamou o direito de greve sem restrições, suprimiu a censura prévia, qualificou como crimes de extrema gravidade o racismo e a tortura. Paralelamente, criou mecanismos de democracia direta, como o plebiscito e o referendunum.

O princípio democrático se mostra como aquele que requer a participação de todos os componentes de um dado grupo social para a escolha da vontade da maioria, significa que a gestão pública deve ser voltada para o povo, por ser ele o verdadeiro titular da soberania. Na lição de Diniz, Democracia é:

Forma de governo em que há participação dos cidadãos, influência popular no governo através da livre escolha de governantes pelo voto direto. É o sistema que procura igualar as liberdades públicas e implantar o regime de representação política popular, é o Estado político em que a soberania pertence à totalidade dos cidadãos.³⁸

Sob a ótica do concurso público, o princípio democrático constitui-se em um dos pilares em que se sustenta o Estado Democrático de Direito, colocando o concurso como principal forma de recrutamento de agentes para o exercício da atividade pública, em resposta à titularidade do poder conferida aos cidadãos, e, de tal assertiva decorre o direito dos indivíduos de participarem ativamente do exercício e do controle das funções estatais. Baseia-se, em suma, na premissa de que todos têm direito de concorrer para ocupar as posições estatais.

Na Constituição Federal, consta no artigo nº 3º, inciso I como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Tal orientação tem por finalidade minimizar as desigualdades entre os brasileiros, oferecendo-lhes as mesmas oportunidades e condições para exercerem seus direitos e cumprirem seus deveres. Nesse contexto é que se insere nos concursos o direito à acessibilidade universal, bem como os critérios objetivos de seleção – oportunizando a todos participarem dos certames, vedada qualquer distinção.

Qualquer ato de manifestação de vontade da Administração Pública deve compatibilizar-se com o princípio democrático, objetivando a prática de atos administrativos condizentes com tal postulado, ou seja, que assegure e respeite os interesses constitucionalmente garantidos dos administrados, principalmente aqueles que afetam potencialmente a sua esfera jurídica. Não se admite que um Estado Democrático se amolde a condutas estatais que se voltem para certos particularismos ou interesses singulares.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.52.

1.3.2- Princípio da igualdade/isonomia

O princípio da isonomia constitui-se no desdobramento do princípio democrático, determinando um equânime tratamento dos cidadãos, de acordo com sua situação pessoal, não havendo amparo para tratamento injustificadamente privilegiado ou desfavorecido por parte do Estado. Este princípio parte de uma premissa de igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozarem um tratamento isonômico pela lei, em que são vedadas diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal – concepção de igualdade formal. No entanto, a regra da isonomia pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual – é a igualdade em seu prisma material: dar um tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.³⁹

Conclui-se, portanto, que o princípio constitucional da igualdade, exposto no artigo 5º, da Constituição Federal, traduz-se em norma de eficácia plena, cuja exigência de indefectível cumprimento independe de qualquer norma regulamentadora, assegurando a todos, indistintamente, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, orientação sexual, convicções políticas e religiosas, igual tratamento perante a lei, mas, também e principalmente, igualdade material ou substancial.

É neste contexto que se vislumbra nos concursos públicos as cotas para deficientes e as cotas raciais e sociais como um meio de atribuir eficácia material ao princípio da isonomia, ao conferir tratamento diferenciado para estes, que se encontram em evidente desigualdade, seja diante de limitações físicas, seja por injunção histórica. Essa medida tende a permitir a acessibilidade aos concursos de forma verdadeiramente isonômica a todos integrantes da sociedade, atingindo uma real universalidade, bem como, servindo de instrumento para geração de empregos e redução das desigualdades sociais.

³⁹Essa definição de igualdade que predomina em toda doutrina nacional decorre de discurso escrito por Rui Barbosa para parabenizar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado Oração aos Moços, onde se lê: "A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real". Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em 28 de fev. 2017.

1.3.3- Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade impede que o administrador pratique atos imbuídos de seu próprio interesse, mas atento à vontade da lei, comando geral e abstrato em essência, pois, tem-se como finalidade principal o alcance do interesse público e, como finalidade específica o fim direto ou imediato que a lei pretende atingir. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, a impessoalidade, especialmente na acepção da finalidade, é decorrência da isonomia (ou igualdade) e tem desdobramentos explícitos em dispositivos constitucionais como o art.37, inciso II, que impõe o concurso público como condição para ingresso em cargo efetivo ou emprego público (oportunidades iguais para todos), e o art.37, inciso XXI, que exige que as licitações públicas assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes.⁴⁰

O princípio da impessoalidade tem por escopo, ainda, proibir a vinculação de atividades da Administração à pessoa dos administradores, evitando-se com isso, que estes utilizem a propaganda oficial para promoção pessoal. Tal perspectiva está expressa no art.37, parágrafo primeiro da Constituição Federal: “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

Sob o contexto do concurso público, pode-se perceber que a abertura de cadastro de reservas no concurso público não desatenderia abertamente à finalidade geral, porque realmente é importante – e atende ao interesse público - assegurar candidatos preparados para eventual necessidade da administração, diante da demora na seleção por meio de concurso público, visando, principalmente, a continuidade do serviço público; mas, a partir do momento em que se desvirtua esse objetivo inicial e passa-se a utilizar este mecanismo com fins arrecadatórios apenas, é evidente o desvio de finalidade específica, o que deveria tornar o ato nulo.

1.3.4- Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público constitui-se em um princípio implícito, não expresso na Constituição Federal, mas que decorre do próprio regime

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. apud ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo descomplicado*. 24. ed. São Paulo: Método, 2016, p.194-196.

democrático e do sistema representativo, em que, toda atuação do Estado deve ser pautada pelo interesse público, como manifestação da vontade geral. Assim, por óbvio, a atuação do Estado subordina os interesses privados e, existindo conflito entre o interesse público e o privado, o primeiro deve prevalecer. Nas lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Tem incidência direta, o princípio em foco, sobretudo nos atos em que a Administração Pública manifesta poder de império (poder extroverso), denominados, por isso, atos de império. São atos de império todos os que a Administração impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente para ele obrigações, ou restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou de atividades privadas; são atos que originam relações jurídicas entre o particular e o Estado caracterizadas pela verticalidade, pela desigualdade jurídica.⁴¹

No entanto, ainda que haja uma prevalência do interesse público, irradiada por toda a atuação administrativa, pois revestida de aspectos próprios do direito público, essa atuação não é irrestrita, pois, adstrita aos princípios constitucionais que determinam a forma e os limites de sua atuação como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa bem como a razoabilidade e proporcionalidade.

1.3.5- Princípio da segurança jurídica

A segurança jurídica, embora consista em um princípio implícito, é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança e está intimamente relacionado com os princípios da boa-fé administrativa e o *venire contra factum proprium* (não pode a Administração Pública agir de forma contrária aos seus próprios atos) – este, diante da sua relevância para o trabalho, será abordado em outro momento, de forma individual. A ideia de segurança jurídica e a necessidade constante de proteger o administrado culminou na consagração do princípio infraconstitucional da proteção da confiança legítima.

Almiro do Couto e Silva esclarece:

Por vezes encontramos, em obras contemporâneas de Direito Público, referências à boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança como se fossem conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas. Não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras.⁴²

⁴¹Ibid., p.184-185.

⁴² COUTO e SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Instituto de Direito Público da Bahia. Salvador, nº. 2, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em 16 out.2015.

O princípio da confiança tem um componente de ética jurídica que se expressa no princípio da boa-fé, cujo fundamento constitucional implícito seria a própria cláusula do Estado Democrático de Direito, e aparece como uma forma de limitar as normas jurídicas abusivas e os atos administrativos que surpreendam bruscamente seus destinatários, tais como: limitação ao exercício da autotutela administrativa, garantia de tratamento igualitário entre os administrados e ressarcimento por frustração das expectativas legítimas. Apesar de o princípio da proteção da confiança estar relacionado diretamente com o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, a sua importância gerou a necessidade de consagrá-lo como um princípio autônomo, dotado de peculiaridades próprias.

Sob o prisma do concurso público, o princípio da segurança jurídica está intrínseco no postulado do *venire contra factum proprium*, assim, quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem da seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento perante aqueles cidadãos que decidiram se inscrever e participar do certame e depositaram sua confiança no administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento, além de ter que moldar seus atos às normas e princípios constitucionais administrativos. Perpassando por isso, a Administração deve pautar-se na boa-fé objetiva, que diz respeito à lealdade e à lisura da atuação dos particulares, bem como na boa-fé subjetiva, que se relaciona com o caráter psicológico daquele que acreditou atuar em conformidade com o direito, com respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos que acreditaram nas expectativas geradas pela atuação estatal.

Com o desenvolvimento dos conceitos de segurança jurídica e confiança legítima, é possível estabelecer que com o princípio do *venire contra factum proprium* forma-se uma segurança e credibilidade nas relações sociais e jurídicas, em que a Administração e cidadãos mantêm um comportamento coerente e leal, surgindo como verdadeiro princípio básico de convivência social, evitando-se prejuízos às expectativas despertadas em outrem. Nesse contexto estabelecido, os candidatos não podem ficar reféns de uma discricionariedade absoluta da Administração quando, por exemplo, deliberadamente, deixa escoar o prazo de validade do concurso para, em seguida, prover os cargos mediante a nomeação de novos concursados, ou o que é pior, por meio de contratação de terceirizados.

Como principal aplicação desses princípios no concurso público e ratificando a ideia de concretude e normatividade dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, pode-se observar a recente jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que a Administração

Pública ao dispor de forma expressa o número de vagas no edital vincula-se com o candidato e, uma vez este sendo aprovado dentro do número de vagas estabelecidas, terá então direito subjetivo à nomeação e posse, tendo como fundamento os princípios da segurança jurídica, boa-fé administrativa, *venire contra factum proprium*, não podendo a Administração Pública ir de encontro aos seus próprios atos. (Entendimento este expresso no informativo do Supremo Tribunal Federal de número 520⁴³ e no informativo do Superior Tribunal de Justiça de número 354⁴⁴).

1.3.6- Princípio da legalidade

A interpretação que se dá ao princípio da legalidade previsto no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal de 1988 é a de que ao Administrador Público somente é permitido fazer o que está previsto na lei, inexistindo liberdade para realizar o que não é expressamente admitido. Ou seja, a Administração Pública está adstrita à lei, sem vontade autônoma, pois, expressa a vontade geral, a vontade do povo, titular originário da coisa pública. Distintamente, o princípio da legalidade para os particulares significa que é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíba, ou seja, impera a autonomia da vontade. Neste sentido:

A Administração Pública somente tem possibilidade de atuar quando exista lei que determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária), devendo obedecer estritamente ao estipulado na lei, ou, sendo discricionária a atuação, observar os termos, condições e limites autorizados na lei.⁴⁵

Diante da diferenciação externada entre os sentidos dados ao princípio da legalidade, sob o prisma da Administração e do particular, pode-se observar que para a Administração o princípio tem um conteúdo muito mais restritivo do que para a conduta dos particulares. Em contrapartida, para o particular, além do princípio apresentar um sentido mais amplo, a legalidade administrativa funciona para os indivíduos como garantia constitucional, exatamente porque a atuação da administração estará adstrita ao que determina a lei.

O princípio da legalidade constitui-se no princípio basilar de toda atividade administrativa e consagra a ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida conforme a lei, ou seja, está submetida a normas gerais e abstratas emanadas da vontade geral, manifestadas pelo Poder que possui representatividade para tanto – o Legislativo. Significa,

⁴³ Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0B4mQkJ-pSXwqNUZJLUFmMnUwNUE/edit>. Acesso em 28 de fev.2017.

⁴⁴ Disponível em: <http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com.br/2008/12/informativo-stj-354-superior-tribunal.html>. Acesso em 28 de fev.2017.

⁴⁵ ALEXANDRINO, op.cit., p.189-191.

portanto, que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal, devendo cingir-se aos comandos legais, que lhe impõem limitações, garantindo, por conseguinte, os indivíduos contra abusos de conduta e desvios objetivos, pois, a atuação do Poder Executivo nada mais é do que a concretização da vontade geral.

O autor Guilherme Peña de Moraes⁴⁶ traz uma conceituação interessante, em que aborda o princípio da legalidade sob o enfoque de três dimensões: legalidade, legitimidade e licitude. A primeira consiste na concordância entre atividade administrativa e a vontade da lei, positivamente imposta no Estado de Direito, como objeto de estudo da Ciência Dogmática, ou dogmática jurídica; a segunda é a conformidade entre a atividade administrativa e a vontade do povo, consensualmente manifestada no Estado Democrático, como objeto de estudo da Ciência Sociológica; a terceira é a consonância entre a atividade administrativa e a vontade moral, expressa no Estado de Justiça, como objeto de estudo da Ciência Axiológica.

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao lecionar sobre a seleção por concurso, assim dispõe:

[...] O concurso, formalmente considerado, vem a ser procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores. O edital não poderá criar outras condições de acesso que não as que se encontrem em lei.⁴⁷

Assim, trazendo a análise do princípio da legalidade para sua aplicação ao objeto do trabalho, deve-se repelir eventual argumento de que a Administração Pública pode instituir Concurso exclusivamente para cadastro de reserva de vaga, uma vez que o edital é a “lei” do Concurso Público, gerando direitos e obrigações para as partes, pois, o edital, que possui a natureza jurídica de ato administrativo, somente pode estar formulado de acordo com a Constituição Federal e a lei, bem como, deve estar em consonância com os princípios administrativos, não podendo, de forma alguma, extrapolar os comandos legais. Ademais, é possível perceber que a discricionariedade administrativa não é absoluta, uma vez que, ainda que haja uma margem de escolha, esta deve estar pautada nas imposições constitucionais e legais.

⁴⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.109.

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 234.

1.3.7- Princípio da moralidade

Para o princípio da moralidade os agentes da Administração Pública têm que atuar em consonância com a moral, os bons costumes e os princípios éticos da sociedade. Este princípio torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração Pública, estabelecendo uma verdadeira aproximação entre a ética e o direito, colocando a moralidade administrativa como pressuposto de validade de todo ato da Administração, que deve atuar de forma ética e moral em todos seus comportamentos - A ética pública consiste na moralidade com vocação de incorporar-se ao Direito Positivo, orientando seus fins e objetivos como o Direito justo. Além disso, a moralidade administrativa complementa e torna mais eficiente materialmente o princípio da legalidade, que não se satisfaz apenas com a conformação do ato com a lei, mas também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.

O princípio ora em análise está consagrado na Lei 9784/1999, em seu art.2º, parágrafo único, vinculando-se a uma ideia de probidade administrativa e boa-fé - “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. Também se apresenta expresso no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, Decreto 1.171/1994 – “o servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno ou inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto”. Ademais, encontra-se como princípio administrativo expresso no art.37, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil, já exaustivamente citado.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles declara que “o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.”⁴⁸

Na modernidade, o paradigma de ética pública parte da noção de liberdade social, complementada pelos valores segurança, igualdade e solidariedade, assim, a liberdade social permitirá que cada pessoa, de maneira autônoma, venha a exercer sua liberdade moral, enquanto os administradores têm o dever de zelar pela fixação e observância da ética pública.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Medeiros, 2012, p.90.

De acordo com o princípio da moralidade administrativa o Estado brasileiro tem a obrigação de se conduzir moralmente em todas suas exteriorizações, buscando, no desempenho de suas funções primárias e diretas alcançar uma operacionalidade e eficiência em padrões que correspondam ao ideal da sociedade quanto ao funcionamento da máquina pública, ideal esse, cuja consecução dos agentes depende precipuamente da realização de concursos públicos capazes de propiciar a escolha adequada dos funcionários públicos. Para tanto, faz-se necessária a circunscrição do poder discricionário da Administração Pública, exigindo-se dela mesma e de seus agentes comportamento conforme os preceitos éticos, podendo sua violação implicar em uma transgressão do próprio direito, configurando um ato ilícito, uma conduta viciada, suscetível de invalidação.

Sob a ótica do concurso, presume-se que a Administração, ao convocá-lo, tenha efetuado um estudo sério, com levantamento prévio do número de vagas a preencher para o bom desempenho do serviço. Desse modo, em respeito ao cidadão, que depositou sua confiança e credibilidade na Administração Pública, não lhe será facultado deixar de nomear aquele candidato aprovado dentro do número de vagas fixadas no edital, sob pena de violação aos princípios da moralidade, da legalidade e da segurança jurídica.

Tal assertiva pode estar alicerçada no artigo 37, inciso IV da Constituição Federal: “durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.”

1.3.8- Princípio da vinculação ao edital

Esse princípio decorre diretamente dos princípios da legalidade e da moralidade, e traduz-se na segurança de uma atuação administrativa objetiva, isenta, previsível, moral e eficazmente controlada em que todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital e estão sujeitos aos princípios e regras constitucionais.

Nas lições de Romeu Felipe, com efeito, o edital é ato normativo editado pela Administração Pública para disciplinar o processamento do concurso público. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitem com regras e princípios superiores

e que por isso são ilegais ou inconstitucionais.⁴⁹ O Edital constitui-se em norma regente que sujeita tanto a administração pública como o candidato, assim, pelo princípio da vinculação ao edital, os procedimentos e regras nele traçados deverão ser rigorosamente observados.

A observância desse princípio tem ainda maior ingerência na atuação do poder público que se encontra tão ou mais sujeito à observância do edital que os candidatos, pelo simples fato de que presidiu à sua elaboração e, portanto, escolheu seu conteúdo. Por isso, a Administração não pode modificar as regras por ela mesmo determinada e às quais aderiram os candidatos, consagrando o princípio do *venire contra factum proprium*.

1.3.9- Princípio da eficiência

O princípio da eficiência passa a integrar a legislação pátria com a edição da Emenda Constitucional nº 19 (de 04 de junho de 1998), visando solucionar o problema antigo da má prestação do serviço público. Este princípio atribuiu à Administração Pública e seus agentes a busca do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e primando pela rentabilidade social. Este princípio é dirigido a toda Administração Pública, estando representado por uma noção de administração que propõe uma aproximação do gerenciamento público ao das empresas do setor privado, privilegiando a aferição de resultados, ampliação da autonomia dos entes administrativos e a redução de atividade-meio, ou seja, consiste no dever da boa administração, que deve ser dirigida à consecução do máximo proveito, com o mínimo de recursos humanos, materiais e financeiros com destinação pública.

Neste sentido, Alexandre de Moraes, citado por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

O princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta ou indiretamente e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.⁵⁰

Assim, o escopo principal da inclusão do princípio no rol de princípios norteadores de boa administração foi dar maior efetividade à prestação do serviço público, e, em paralelo a isso, tornar essa prestação menos onerosa para os cofres públicos.

⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.67.

⁵⁰MORAES. Apud ALEXANDRINO, op.cit., p.200.

A eficiência, além de dizer respeito à otimização dos meios, prima pela qualidade do agir final da administração pública, estando o administrador público compelido a agir com base no parâmetro de melhor resultado, que está atrelado ao princípio da proporcionalidade, o qual estará sujeito à aferição do controle jurisdicional. Existem duas dimensões que se conferem ao princípio da eficiência, sendo elas a exigência da economicidade e a avaliação de resultados, as quais devem conviver com o controle de legalidade. Para atender a este princípio, faz-se necessário que o administrador sempre procure a solução que melhor contemple o interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme uma análise de custos e benefícios correspondentes (relação custo/benefício).

Para a professora Maria Sylvia Zanela Di Pietro, o princípio em foco apresenta dois aspectos, duas abordagens interpretativas: o primeiro relativo ao melhor desempenho possível de suas atribuições, a fim de obter os melhores resultados; o segundo, quanto ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, sendo o mais racional possível. Assim:

A primeira interpretação está intrinsecamente ligada ao modo de atuação do agente público. Já a segunda interpretação, está relacionada diretamente com a maneira estrutural, organizacional e disciplinar da Administração Pública, também com a finalidade de alcançar os melhores resultados na gestão pública, para que o bem comum seja alcançado da forma mais adequada.⁵¹

Sob a perspectiva do concurso público, tal princípio impõe à Administração a seleção transparente e objetiva dos que mais atributos – méritos, qualificações e aptidões - possuem para se adequar ao necessário oferecimento de um serviço eficiente. Este não se resume em um atuar com economia, zelo e dedicação aos bens e aos recursos públicos, mas também na necessidade de se produzir no ato a eficácia, ou seja, o comprometimento político e institucional com um planejamento competente, ocasionando a obtenção de resultados sociais aspirados pela sociedade, nele incluindo a eficiência e a moralidade na realização do concurso público. Nesse sentido:

A dúvida do gestor sobre “quantos” chamar, após o recrutamento e a seleção pública, não pode ser resolvida depois de o concurso ser realizado, pois isso caracteriza falta de planejamento e inexistência de diagnóstico para a mensuração instrumental da quantidade de pessoas que precisam ser agregadas em função da demanda permanente de serviços que necessita ser atendida. A falta de planejamento é falta de efetividade e isso contraria princípios, inclusive os da eficiência e da moralidade, e, ao contrariar princípios, o procedimento perde sua sustentação administrativa e jurídica. Como derivação do lançamento da eficiência à condição de princípio, depreende-se que o gestor público não dispõe de “poder” para ser eficiente, mas tem o dever de ser eficiente. Trata-se, como bem refere a melhor doutrina, de um “dever-poder”. (...) Ao gestor cabe decidir, e aí está a

⁵¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.79.

discricionarieidade, sobre o momento mais oportuno e conveniente de a convocação ser feita. Mas não lhe cabe a opção de não fazê-la.⁵²

Sob essa ótica trazida, o administrador público não poderia efetuar um concurso público sem prévio planejamento e avaliação do número de vagas que satisfaria à demanda de serviços do setor para o qual se abriu a seleção. De concluir, portanto, que não mais é possível, tanto jurídica como administrativamente a promoção de um concurso público sem previsão do número disponível de vagas.

1.3.10- Princípio da razoabilidade e proporcionalidade

Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem princípios gerais de direito aplicáveis a praticamente todos os ramos da ciência jurídica, embora não expressos na Constituição. Estes encontram aplicação no direito administrativo, principalmente no controle dos atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento aos direitos dos administrados ou imposição de sanções administrativas. Estes princípios constituem instrumentos dos mais relevantes para o controle da legitimidade do exercício do poder discricionário pela Administração Pública, funcionando como limitadores à discricionarieidade e ampliando o controle dos arbítrios dos atos administrativos pelo Poder Judiciário – A discricionarieidade por parte do agente não pode resultar em atitudes incoerentes, desconexas e desprovidas de fundamentação, na medida em que a Administração só poderá ter sua competência validamente exercida se tiver extensão e intensidade proporcionais para o cumprimento satisfatório de atendimento aos interesses públicos. Sobre o assunto, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

É diante de situações concretas, sempre no contexto de uma relação meio-fim, que devem ser aferidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, podendo o Poder Judiciário, desde que provocado, apreciar se as restrições impostas pela Administração Pública são adequadas, necessárias, justificadas pelo interesse público: se o ato implicar limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (além da medida) deverá ser anulado.⁵³

O princípio da razoabilidade seria um regulador dos atos administrativos, sendo utilizado para que a realização destes possa dar-se de forma compatível com o fim almejado, sem quaisquer tipos de exageros que venham a macular o ato, supondo o equilíbrio, moderação e harmonia. Assim, sob a perspectiva da finalidade não é suficiente que o ato tenha uma finalidade legítima, é necessário mais, requer-se que os meios empregados pela

⁵² Disponível em: <https://cidadaniaedemocracia.wordpress.com/2009/08/03/o-principio-da-eficiencia-e-o-concurso-publico/>. Acesso em: 02 de out.2015.

⁵³ ALEXANDRINO, op cit., p.202.

Administração sejam adequados à consecução do fim desejado e que sua utilização seja realmente necessária. Serve também como parâmetro para a observância da isonomia, tendo em vista que se o meio de diferenciação para a aplicação da norma for carente de embasamento lógico, haverá conseqüente irrazoabilidade.

De forma bem completa Caio Vinicius Carvalho de Oliveira, em sua obra, conclui que a razoabilidade enquanto equidade significa a harmonização da escolha de uma norma para sua aplicação em um determinado caso em concreto, respeitando-se as peculiaridades específicas deste caso e ponderando sua utilização de forma a suavizar a colisão da norma com o fato, de maneira a otimizar sua aplicação, produzindo com excelência os resultados que realmente o legislador, ao editar a norma, pretendia alcançar.⁵⁴

Já quanto ao princípio da proporcionalidade, embora não tenha uma conceituação pacífica na doutrina, prevalece o entendimento de que representa uma das vertentes do princípio da razoabilidade, exigindo uma proporção entre os meios empregados e o fim pretendido. Ou seja, consiste em promover a melhor escolha para se alcançar um determinado fim e, assim, evitar a imposição de medidas com intensidade e extensão supérfluas, desnecessárias, induzindo à ilegalidade do ato. Diante do que se expõe, por este princípio, o meio escolhido deve ser suficientemente apropriado ao fim a ser atingido, bem como, na escolha do meio deve-se adotar, dentre os possíveis, aquele que cause à coletividade uma menor desvantagem no que concerne à restrição dos direitos fundamentais - o meio somente não será desproporcional se as desvantagens que ele ocasionar não virem a superar as vantagens que ele deveria trazer.

1.3.11- Princípio da acessibilidade aos cargos públicos

O princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos esteve presente em todas constituições brasileiras, uma vez que, já em 1824, a Constituição do Império previa em seu art. 179, item 14 – “Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos ou Militares, sem outra differença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes” – no entanto, somente passou a ter um caráter objetivo e efetividade na Constituição de 1934, era Vargas, e se firmou com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na moderna sistemática, o princípio da ampla acessibilidade impõe-se como decorrência do trinômio democracia-isonomia-eficiência. Sob o aspecto democrático,

⁵⁴ Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22438/as-diferencas-entre-os-principios-da-razoabilidade-e-da-proporcionalidade-e-sua-correta-aplicacao-em-nosso-ordenamento-juridico/2>. Acesso em: 31 set.2015.

entende-se que o Estado tem o dever de propiciar a todos os cidadãos condições materiais, intelectuais, psicológicas, políticas e sociais mínimas que os habilitem à disputa do cargo público; já a isonomia envolve a igualdade perante à lei e, por isso, não admite, no que concerne ao direito de acesso aos cargos públicos, a consideração de quaisquer elementos externos à qualificação do candidato para o desempenho das atribuições de que não deve se desincumbir; quanto a eficiência, o concurso público objetiva selecionar, de forma democrática e isonômica, os mais aptos a proporcionar uma atuação administrativa eficiente no atendimento ao interesse público e ao cidadão, com base em critérios objetivos e meritórios.

2 –ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO E DISCRICIONÁRIO

Após analisados, ainda que de forma não exauriente, a parte histórica e os conceitos de concurso público e dos princípios, voltados para as questões pertinentes ao concurso, faz-se relevante, para o melhor desenvolvimento da tese abordada neste trabalho, uma breve explanação dos conceitos de ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário, e seus desmembramentos, o que será feito no presente capítulo.

O ato administrativo vinculado e discricionário são expressões que se referem a critérios de classificação do ato administrativo quanto ao grau de liberdade de apreciação pelo administrador ao executá-lo. Embora não se ignore que existam outros critérios para a classificação do ato administrativo, os demais não têm relevância para o estudo do presente trabalho.

De início, é relevante dizer que o ato administrativo é composto por cinco elementos, competência⁵⁵, forma⁵⁶ e finalidade⁵⁷ como elementos sempre vinculados. Já os elementos objeto⁵⁸ e motivo⁵⁹ podem ser vinculados ou discricionários, a depender da natureza do ato realizado.

O ato administrativo vinculado, ou regrado – como denominado por alguns doutrinadores, é aquele que a lei determina, em absoluto e previamente, todos os elementos e requisitos necessários para a formalização do ato a ser executado, impondo à Administração Pública a prática de atos de sua competência. Nesses atos, o administrador público só terá a opção de agir nos estritos termos fixados na legislação, uma vez que a Administração Pública está presa ao que dispõe a lei, não havendo qualquer margem de escolha para o administrador. Ou seja, o legislador pré-definiu a única conduta possível ao administrador diante da uma situação específica. Este conceito pode-se depreender da concepção do administrativista Hely

⁵⁵ A competência administrativa constitui-se no poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada, não podendo ser alterada ao livre arbítrio do administrador, por tratar-se de requisito intransferível e improrrogável. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/andressa%20farinon.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2017.

⁵⁶ A forma do ato administrativo é o seu revestimento, o modo como revela sua existência, ou seja, a exteriorização do ato. Constitui-se em um elemento que exige procedimento especial e forma expressamente prevista na lei, sendo a predominante, a forma escrita. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/andressa%20farinon.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2017.

⁵⁷ A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/andressa%20farinon.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2017.

⁵⁸ O objeto do ato administrativo constitui-se em sua própria substância/conteúdo, que está relacionado com o efeito prático que se pretende alcançar. Em outras palavras, é o efeito jurídico que o ato produz quando praticado pelo administrador. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/andressa%20farinon.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2017.

⁵⁹ O motivo é a circunstância e situação de fato ou de direito que autorizam ou ensejam a realização de um ato. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/andressa%20farinon.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2017.

Lopes Meirelles: “Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”⁶⁰

Nestes atos, o comportamento ideal já pôde ser previamente definido em lei, não demandando maior inteligência com base em critérios subjetivos. Não resta ao gestor qualquer margem de escolha na execução do ato, pois, todos os seus elementos estão minuciosamente descritos na lei, cabendo ao administrador aplicá-lo exatamente como expressado. Assim prescreve Meirelles:⁶¹

Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.

A partir do conceito de ato vinculado, é possível entender que, no momento em que um particular se depara com um ato dessa natureza, ele passa a ter direito subjetivo⁶² de exigir da autoridade administrativa, além da efetiva prática do ato, que o mesmo seja praticado na forma e nos prazos exigidos por lei, valendo-se, para tanto, dos meios processuais legítimos, exigindo que os direitos eventualmente violados venham a ser viabilizados de acordo com o que estabelece o diploma legal.

Diante da definição atribuída ao ato regrado, quase pacífico na doutrina, não existe qualquer divergência ou restrição de que caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar sua eventual nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.⁶³ Este tema, controle judicial dos atos administrativos será aprofundado em um capítulo próprio.

Já os atos discricionários são aqueles nos quais a lei confere ao agente público a possibilidade de escolher a solução que melhor satisfaça o interesse público, finalidade de todo e qualquer ato administrativo. Em outras palavras, são aqueles atos cuja própria lei permite ao administrador executor decidir, dentre as diversas alternativas estabelecidas, aquela que melhor se adéqua à realização da finalidade pública. A discricionariedade, como conceituada, é chamada de mérito administrativo, possibilitando uma opção ao administrador por meio da emissão de valores acerca da oportunidade e da conveniência na prática de determinado ato, diante da impotência em se estabelecer um comportamento único na lei que pudesse atender ao interesse público tutelado de forma ideal, pois é inequívoco que existem

⁶⁰ MEIRELLES, *op.cit.*, p 156.

⁶¹ *ibid.*, p.164/165.

⁶² O Direito Subjetivo se caracteriza por ser um atributo da pessoa. Esse faz dos seus sujeitos titulares de poderes, obrigações e faculdades estabelecidos pela lei. Em outras palavras o direito subjetivo é um poder ou domínio da vontade do homem, juridicamente protegida. É uma capacidade própria e de competência de terceiros. Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/direito-subjetivo/>. Acesso em 28 de fev. 2017.

⁶³ DI PIETRO, *op.cit.*,p.210.

várias soluções possíveis para casos semelhantes, em razão da diversidade das variáveis componentes da realidade, percebendo-se uma impossibilidade material de previsão de todas as situações concretas. Nesse sentido, os ensinamentos de Meirelles⁶⁴:

A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem em solucionar a cada passo e para as quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou pelo menos, a mais vantajosa para cada caso concreto.

Os conceitos jurídicos indeterminados estão intimamente vinculados a noção de discricionariedade do poder público, pois não apresentam a sua característica de fluidez apenas em abstrato, mas também em concreto, tendo em vista que, mesmo diante de uma situação de fato, não ganham densidade intelectual suficiente para afastar sempre todas as dúvidas que pairam acerca da aplicabilidade ou não – da subsunção ou não – do conceito impreciso por eles recoberto.

Não obstante, por certo os conceitos jurídicos indeterminados não conferem ampla liberdade à Administração Pública para a sua aplicação, vez que possuem sempre uma densidade mínima, formada por uma zona de certeza positiva (dentro da qual possui aplicação inequívoca) e por uma zona de certeza negativa (dentro da qual não possui aplicação). É neste intervalo entre as zonas que atua a discricionariedade do administrador, sendo-lhe vedado que aplique a norma na zona de certeza negativa, e que não a reconheça na zona de certeza positiva.⁶⁵

Deve-se ter em mente que nenhum ato é discricionário na sua integralidade, o que inclusive, é repudiado nas legislações brasileira, pois, como mencionado antes, a opção deve recair apenas sobre os elementos objeto (conveniência) e motivo (oportunidade) do ato administrativo, desde que a lei assim autorize, permanecendo os demais, competência, finalidade e forma, vinculados, ou seja, os limites e os contornos do ato a ser praticado devem estar descritos na lei. O mérito administrativo é, portanto, a prerrogativa atribuída por lei ao poder público, quando do exercício das suas funções administrativas, como alternativa para viabilizar a integração da vontade da lei durante a execução de seu conteúdo diante de determinada situação em concreto, constituindo-se em verdadeiro poder vinculado ao atendimento da finalidade pública que dita a sua existência. Por outro prisma, entende-se o ato discricionário como a valoração intrínseca do ato com vistas a delimitação de sua conveniência e oportunidade, sempre de acordo com o interesse público.

A principal justificativa para se conceder uma margem de discricionariedade na atuação da Administração Pública é a necessidade de evitar o engessamento da atividade administrativa, mormente diante dos vícios existentes em torno da produção legislativa no

⁶⁴ MEIRELLES, op.cit., p.166.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed, São Paulo: Malheiros, 2003, p.28 a 32.

país. A discricção permite, então, a adoção do melhor comportamento na situação de fato, vez que é inviável que todas suas hipóteses de incidência venham previstas na lei. A discricionariiedade significa, portanto, que existem soluções perfeitas, ainda que distintas, para as diversas situações que a vida impõe, a fim de atender à finalidade da lei. Em outras palavras, a discricionariiedade existe em benefício do interesse público visado pela lei, já que permite que em cada caso concreto o administrador faça a escolha adequada para cumpri-lo.

Ora, não se quer dizer que existe apenas uma solução rígida para todos os casos nela contemplados, mas apenas que a previsão de vinculação abstrata poderia vir a ensejar a prática de atos administrativos contrários aos próprios interesses públicos nela contemplados.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma esclarecedora, assim dispõe:

Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo que sempre seja adotada a solução pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato. Ou seja, a variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção não significa que todas estas soluções sejam iguais e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos.⁶⁶

Ademais, não se deve confundir discricionariiedade com arbitrariedade⁶⁷, esta absolutamente vedada no direito brasileiro, devendo-se fazer certas ponderações acerca dos conceitos acima expostos. Dessa forma, a ideia de vinculação deve estar adstrita à lei, assim como a ideia de discricionariiedade só pode ser pensada e efetivada nos limites autorizados pela lei. Portanto, embora a Administração Pública esteja adstrita à observância da lei quando da realização das suas atividades, não raro, faz-se necessário que se atribua ao administrador certa margem de liberdade na escolha da opção ótima, do contrário, sua atuação se reduziria a algo mecânico: mero reproduzidor das ordens do legislador – ou seja, a discricionariiedade não autoriza ao gestor público adotar a solução que simplesmente reputar ser a mais adequada, utilizando-a como um Poder, uma prerrogativa pessoal, mas é conferida para que este exerça seu intento na busca pela efetivação do interesse público da melhor maneira possível.

O que se conclui do estudo desse tópico é que há casos em que a regra imposta pela lei se omite em mencionar a situação de fato, ou, ao regular determinada situação, descreve-a

⁶⁶ Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 812.

⁶⁷ SILVA, de PLACIDO E. *Vocabulário Jurídico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991. Arbitrariedade é ato ou procedimento caprichoso, que se executa, ou se formula, contrariamente ao que está instituído na lei, portanto é um ato além de ilegal, ilegítimo. Também diz se tratar de ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, oriundo de autoridade constituída, que venha ameaçar ou violar direito alheio, certo e incontestável. O ato administrativo arbitrário é resultado da prática do desvio do poder atribuído ao agente público.

mediante expressões que ensejam um juízo subjetivo do administrador. Diante desta circunstância, e as vezes por insuficiência legislativa, o mérito administrativo constitui uma tentativa de evitar a petrificação dos atos, impondo a discricionariedade administrativa, mas dentro dos regulares ditames da lei.

Analisada e estabelecida brevemente a contraposição de ato administrativo vinculado e discricionário, passa-se ao estudo da caracterização do mérito administrativo discricionário.

2.1 – O Mérito Do Ato Administrativo Discricionário

Pretendendo complementar o conteúdo desenvolvido no tópico anterior, o presente vem tratar de forma minuciosa, mas não exauriente, o conceito e aplicação do mérito administrativo. Destaca-se que a palavra “mérito” tem sentidos distintos no direito, não devendo confundir-se o mérito do processo civil⁶⁸ com o do direito administrativo. No entanto, visando objetividade e atendimento ao tema do trabalho, o tópico limitar-se-á ao estudo e caracterização do mérito administrativo. Segundo Cretella Júnior⁶⁹:

Para o Direito Administrativo, “mérito” é a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade.

Na tentativa de manter uma coerência e clareza no desenvolvimento do tema apresentado no tópico, de forma a viabilizar o melhor entendimento, antes de caracterizar o mérito e a discricionariedade dos atos administrativos, convém abordar um breve conceito de ato administrativo. A doutrina é pacífica ao classificar o ato administrativo como uma espécie de ato jurídico, do qual se diferencia essencialmente por ser destinado ao fim, ao interesse público. De outro modo, encontrar um conceito convergente entre os estudiosos não é tarefa fácil.

Alexandre de Moraes⁷⁰ traz uma definição completa de ato administrativo.

Ato administrativo é a declaração de vontade, expressa ou tácita, do Estado ou de quem lhe faça às vezes, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria em fiel observância à lei e sob regime jurídico de direito público, com produção de efeitos jurídicos imediatos e sempre sob a possibilidade de controle jurisdicional.

⁶⁸ Matéria sobre que versa, no processo, o pedido do autor. Tudo quanto diz respeito à substância do pedido, ao conteúdo do feito, razão de ser de uma petição, arazoado ou causa. Disponível em: <http://advogada-valderezbosso.blogspot.com.br/2006/08/conceito-de-mrito-em-processo-civil.html>. Acesso em 10 jul. 2017.

⁶⁹ CRETELLA Júnior, José. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense.1998, p.154.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2002, p. 122.

Embora haja divergência na doutrina, prevalece que apenas os atos administrativos discricionários contém a figura do mérito, pois esse se localiza na integração de seus elementos formadores como resultado do exercício da discricionariedade resultante de avaliações e escolhas perpetuadas pelo administrador, quais sejam: objeto e motivo, conveniência e oportunidade. Por outro lado, não havendo discricionariedade, como nos atos vinculados, não há falar em mérito, pois o legislador cuidou de regular a situação em todos os aspectos do ato, não subsistindo espaço para uma avaliação subjetiva no caso concreto. Um autor que defende a possibilidade de existência, ainda que potencialmente, de mérito nos atos administrativos vinculados é Cretella Júnior, porém, ele mesmo reconhece que, rigorosamente, a existência de mérito somente se encontra nos atos discricionários.⁷¹

Com efeito, se a Administração levasse em conta a oportunidade ou a conveniência, na edição do ato vinculado, estaria invadindo o terreno da legalidade. Rigorosamente, só em se tratando de discricção se pode falar de mérito, fator obrigatório na estrutura do ato administrativo discricionário.

O mérito administrativo constitui-se no aspecto do ato administrativo relativo, não só a conveniência e oportunidade, mas em todos seus aspectos, como a utilidade intrínseca, a justiça, a fidelidade aos princípios da boa gestão, a obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal, edificados por um juízo de adequação da lei ao caso concreto, intimamente vinculado ao dever/poder de boa administração e a finalidade precípua do interesse público. O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem princípios, mas por critérios não positivados. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles:⁷²

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária.

Constitui-se como pressuposto da atividade administrativa a realização de um juízo de valor pelos gestores públicos, que irão sopesar e escolher, não só a melhor forma de praticar o ato, mas também analisando as consequências menos gravosas à Administração – princípio da eficiência. Nesse cenário, o mérito se apresenta como o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou

⁷¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky. p.78.

⁷² MEIRELLES, op.cit., p152.

mais soluções admissíveis, tendo em mente o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única ótima, ou seja, a mais adequada ao caso.

3 – A REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR EM FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ OBJETIVA E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E A MUTAÇÃO RELATIVA À NATUREZA DO DIREITO A NOMEAÇÃO

Nos capítulos anteriores desta monografia foram exploradas a evolução histórica do concurso público e os importantes princípios relativos à disciplina jurídica dos atos administrativos, bem como os conceitos de ato administrativo vinculado e discricionário, que servirão para construir um raciocínio sistemático, servindo de base ao tema a ser desenvolvido no presente capítulo, relativo a redução da discricionariedade administrativa e ao controle dos atos da administração pública pelo poder judiciário.

Neste capítulo, o que se pretende é estabelecer um paralelo entre a força da discricionariedade do mérito administrativo quase que absoluta no passado, com sua evolução para os dias atuais diante da nova força normativa dada aos princípios, neopositivismo, percebendo-se a inquestionável possibilidade de controle de legalidade dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário e conseqüente redução da discricionariedade do administrador, levando a uma atuação dos tribunais superiores a mudarem seu posicionamento sobre o direito de nomeação em concurso público, o que pode trazer mudanças, como já vem trazendo gradativamente, em relação à possibilidade ou não da abertura de concurso público exclusivamente para cadastro de reservas – objeto deste trabalho.

Então, o novo contexto trazido e a moderna compreensão filosófica do direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma delimitação dos confins de controle jurisdicional da Administração Pública.

3.1 – Controle do Ato Administrativo Discricionário pelo Poder Judiciário

Este título irá ocupar-se exatamente sobre o modo e os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários e sua repercussão na diminuição da discricionariedade do administrador. Tendo em vista que os atos administrativos discricionários, como já aventados, são aqueles em que a Administração pratica com margem de liberdade para decidir acerca de sua oportunidade e conveniência, a questão que merece ser abordada, portanto, é até

que ponto o controle judicial pode intervir no ato discricionário, e, sob outra ótica, até onde pode ir essa discricionariedade. Ressalta-se, também, que tipo de efeitos o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição é capaz de surtir no controle dos atos administrativos discricionários.

Em primeiro lugar cumpre apresentar um panorama geral sobre o controle exercido sobre os atos administrativos. O controle da Administração Pública pode ser definido como o “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”⁷³. Referido controle não se restringe ao âmbito interno, mas também dispõe de mecanismos jurídicos de atuação, abrangendo toda a atividade administrativa dos poderes, seja de forma revisional, ou meramente fiscalizatória.

Com relação à natureza do controle há o controle de legalidade, e o controle de mérito⁷⁴. No primeiro o ato administrativo é confrontado com o ordenamento jurídico a fim de que se possa aferir a sua validade, podendo ser exercido tanto pela Administração Pública, como por órgãos de poderes diversos. O controle judicial é normalmente exercido contra os atos administrativos vinculados, em sede de juízo de legalidade ou de constitucionalidade, com o fim de se buscar a invalidação dos atos nulos ou anuláveis, contrários ao ordenamento jurídico.

O controle judicial é exercido pelo poder Judiciário, com base na sua função constitucional de apreciador equidistante da constitucionalidade e legalidade de atos e normas jurídicas, fiscalizando, desta forma, a atividade administrativa exercida pelo poder Executivo, pelo poder Legislativo, pelo Ministério Público, e pelo próprio poder Judiciário.⁷⁵

Já o segundo, constitui o controle administrativo e, diante de uma visão mais clássica, diz respeito ao mérito propriamente dito do ato, relacionando-se com os critérios de conveniência e oportunidade que levaram à sua prática e somente pode ser exercido pela Administração Pública, que é quem detém a legitimidade para aferir se determinado ato administrativo deve subsistir ou não, sendo este um efeito da autotutela administrativa (Enunciados nº. 346⁷⁶ e 473⁷⁷ da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF, por meio do qual pode a Administração Pública anular, corrigir, reformar, revogar seus próprios atos, de

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.836.

⁷⁴ ALEXANDRINO, op.cit., p.553 a 556.

⁷⁵ Ibid. p. 895 a 898.

⁷⁶ BRASIL. STF. Enunciado nº. 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”.

⁷⁷ BRASIL. STF. Enunciado nº. 473: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

forma auto-executória, de ofício, para prover o interesse público e recompor a legalidade, tudo isto em seu âmbito interno, sem recorrer a outra autoridade ou poder).

Durante muito tempo, e ainda é o que prevelece, afirmou-se que o Judiciário não poderia efetuar qualquer controle de mérito sobre os atos administrativos discricionários, apresentando dessa forma uma imunidade à apreciação jurisdicional, haja vista que competiria exclusivamente à Administração Pública a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, pautado nos elementos objeto e motivo, para editar um ato. Porém, é pacífico o entendimento de que é possível que os atos administrativos discricionários sejam controlados pelo Judiciário, no que tange a sua legalidade e a sua legitimidade. Ou seja, o posicionamento clássico da doutrina é de controle restrito do poder judiciário sobre os atos administrativos discricionários, somente circunscrito àquela noção de legalidade como atuação conforme à lei e à Constituição, sob o argumento de impossibilidade de ingerência do Judiciário em atividade típica do Executivo, ante o princípio da separação de poderes. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho⁷⁸ defende que o controle judicial sobre os atos administrativos se dá exclusivamente no plano da legalidade.

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência.

Mas, deve-se atentar que a competência discricionária administrativa possui limites traçados dentro do ordenamento jurídico pátrio, especificamente em razão dos princípios da realidade e razoabilidade, cuja integração, realizada pela análise da conveniência e da oportunidade, dimensiona o mérito administrativo e define a extensão do controle jurisdicional dos atos discricionários.

Por realidade, entenda-se que o direito não existe para dar suporte às ilações desprovidas de suporte fático, buscando a concretização de um objeto intangível. Ou seja, o ato administrativo que não busca um objeto real, verdadeiro, não pode estar galgando uma finalidade pública – Logo, o objeto tem que existir no plano fático e no jurídico. Com relação à razoabilidade, trata-se do atendimento ao interesse público de forma satisfatória. Não basta a prática do ato administrativo de forma mecânica, os motivos devem ser adequados, compatíveis e proporcionais com o objeto almejado, buscando-se sempre o interesse público.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, op.cit., p.900.

É diante destes aspectos que surge a controvérsia. Quando se fala da extensão desse controle, sobretudo a partir da introdução de uma nova concepção do princípio da legalidade, que passa a abranger não só a conformidade com a lei, mas também com os princípios norteadores do ordenamento jurídico, o que se chama de princípio da juridicidade, que restringe o chamado mérito administrativo, diminuindo sua amplitude, observando-se uma limitação paulatina à discricionariedade com o intuito cada vez mais, de submetê-la ao controle judicial. Nesse sentido, Carmem Lúcia Antunes Rocha⁷⁹.

O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de legalidade administrativa e, agora, mais propriamente rotulado de juridicidade administrativa, adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.

O princípio da juridicidade pressupõe que a atividade administrativa não deve se nortear tão-somente pela ideia de legalidade formal, mas por um valor mais amplo, que é a justiça, consistente na conformidade do ato não só com as leis, mas para além disso, exige conformidade com os princípios contidos no ordenamento jurídico, englobando o princípio da legalidade e acrescentando a este a necessidade de observância ao ordenamento jurídico como um todo. Então, conclui-se que com a positivação dos princípios administrativos, neoconstitucionalismo – princípios considerados como verdadeiras normas, aspectos que antes eram pertinentes ao mérito, agora dizem respeito à juridicidade do ato, permitindo ao julgador examinar o ato à luz também dos princípios da impessoalidade, da igualdade, da eficiência, da publicidade, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

O princípio da impessoalidade exige que o Administrador Público, ao praticar ato discricionário, na ponderação da conveniência e da oportunidade da sua prática, não vise, com sua conduta, a outro fim senão o atendimento ao interesse público. Já a moralidade administrativa relaciona-se não só com os fins da norma jurídica, os quais devem ser atingidos com a prática do ato, como também com os meios empregados para atingir estes fins, que devem ser pautados na ética, na boa-fé, no dever de probidade e de honestidade, consistindo numa adequação da atividade estatal aos valores basilares da sociedade, cuja moldura jurídica são os direitos fundamentais. Dessume-se, portanto, que, com a positivação do princípio da moralidade, elevado ao nível de norma constitucional, exige-se não mais somente uma conduta do gestor público pautada na legalidade, mas também em consonância com valores éticos, morais.

⁷⁹ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.79.

A positivação do princípio da eficiência, devido à amplitude de suas repercussões, atua como mais um referencial de controle, constituindo-se em inequívoco avanço institucional. Então, dessa forma, o controle mais eficaz do ato administrativo discricionário passa a ser desempenhado em conjugação tanto da legalidade quanto da legitimidade, cabendo ao administrador avaliar sobre o que melhor possa atender ao interesse público na concretude da situação. Para Santos⁸⁰:

Atuando discricionariamente, o administrador não pode optar por um objeto que seja de eficácia duvidosa ou então menos eficiente que outros possíveis. Doravante o Judiciário, em vista da eficiência, e diante dos argumentos claros e técnicos, poderá dizer se o ato administrativo praticado, embora de acordo com a lei, revelou-se, concretamente, a solução mais eficiente.

Quanto à proporcionalidade e a razoabilidade, embora já tratados no primeiro capítulo do trabalho, cumpre trazer uma abordagem destes sob a ótica da limitação ao poder discricionário da administração pública, sendo estes, sem dúvidas, os maiores parâmetros de fundamento para o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos da Administração pública, podendo serem vistas como incrementos da legalidade e mecanismos de controle da atuação do aparelho estatal e de seus agentes.

De certo é que a teoria da razoabilidade não invade mérito, mas impõe limitações à atuação do agente público, a fim de que o ato por este exercido não se transforme em um poder arbitrário, promovendo a manutenção da ordem jurídica. O princípio da proporcionalidade consiste basicamente no dever de não serem impostas aos indivíduos obrigações, restrições ou sanções em medidas superiores àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público - adequação entre meios e fim. Nas lições de Gasparini: “nada que esteja fora do razoável, do sensato e do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária.”⁸¹

Ou seja, a redefinição no conteúdo da legalidade com o aparecimento do princípio da juridicidade acarreta alguns reflexos no âmbito da discricionariedade, tendo aspectos que antes eram pertinentes ao mérito, agora dizem respeito à juridicidade do ato. Permite-se um maior controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, permitindo-lhe examinar o ato à luz de outros princípios que não apenas os da legalidade estrita, mas também aspectos antes impenetráveis, pertencentes ao mérito administrativo – o ato deve ser respaldado por todo o ordenamento jurídico.

Vale trazer à baila trecho do livro do Celso de Mello, prevendo a gravidade do descumprimento/violação dos princípios.

⁸⁰ SANTOS, Alvacir Correa dos. *Princípio da eficiência da Administração Pública*. São Paulo: Ltr, 2003, p.203.

⁸¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25

Os princípios constituem mandamento nuclear de um sistema jurídico e sua violação é muito mais grave que a violação a uma regra, visto que não configura uma ofensa pontual a um mandamento obrigatório, mas um verdadeiro atentado ao sistema jurídico, como um todo, abalando as vigas mestras nas quais as regras encontram suporte.”⁸²

Um exemplo de exercício imoral pelo administrador, e sanado pelo Poder Judiciário é a possibilidade de preenchimento de cargo em comissão, que constitui decisão discricionária do Administrador Público (diante da conveniência e oportunidade), no entanto, sua utilização para fins de favorecimento pessoal de parentes e afins, caracterizando a figura do nepotismo, é considerado ato contrário à moral administrativa, bem como contrário ao princípio da impessoalidade, tendo o STF, após inúmeros julgados neste sentido, pacificado o entendimento e elaborou, inclusive, a súmula vinculante nº13.⁸³ Nesse sentido, acerca do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁴ inclui um novo parâmetro a ser observado no exercício do controle jurisdicional da Administração Pública: a moralidade.

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (artigo 5º, inciso LXXIII e 37).

Com efeito, a positivação dos princípios que regem a administração no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal permitiu que o Judiciário realizasse não somente um controle de legalidade dos atos administrativos, mas também um controle principiológico, abrindo-se a possibilidade de análise não só dos aspectos vinculados do ato, como também de seus aspectos não-vinculados.

No Brasil, verificou-se a introdução do princípio da juridicidade com a positivação dos princípios informadores da Administração Pública no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: "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 [...]". Foi com a Constituição de 1988 e a nova roupagem dada aos princípios constitucionais que se estabeleceu maior tendência na ampliação do controle jurisdicional da Administração, pois o texto está

⁸² MELLO, op.cit., p.807 a 810.

⁸³ BRASIL. STF. Súmula vinculante 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

⁸⁴ DI PIETRO, op cit., p. 616.

impregnado de um espírito de priorização dos direitos e garantias individuais ante o poder público.

Diante do cenário apresentado, é possível concluir que a afirmação de que não há controle judiciário do mérito administrativo vem perdendo força e, fundado na melhor doutrina e no entendimento jurídico que vem se consolidando gradativamente, é possível admitir que o ato administrativo, sob a ótica da discricionariedade, também pode sofrer controle pelo poder judiciário, sem que esse fato se torne um fator de desequilíbrio entre os Poderes constituídos, não havendo falar em fonte de ingerência indevida nas esferas do Estado. O entendimento mais moderno, então, inclina-se para um controle mais amplo do poder judiciário, cabendo-lhe o controle judicial dos atos administrativos, incluindo os atos vinculados (legalidade) e os discricionários (mérito).

No Brasil, o primeiro acórdão a tratar do controle judicial sobre atos administrativos discricionários foi proferido pelo Desembargador Miguel Seabra Fagundes, ainda antes da instituição da Constituição Federal de 1988, que acolheu a noção de desvio de finalidade, rompendo com o modelo vigente à época. Por se tratar do primeiro caso. Vale a transcrição:

PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – ABUSO DESSE PODER – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito a textos legais como qualquer outro. O ato que, encobrindo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. O “fim legal” dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito que resulta, não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para a concessão do mandado de segurança.”⁸⁵

O acórdão em questão representou grande avanço na jurisprudência brasileira, por ter rompido com a antiga praxe de impossibilidade absoluta de apreciação dos atos discricionários pelo poder judiciário, no entanto, esse rompimento foi ínfimo, não sendo suficiente para afirmar que era possível o controle do mérito pelo Poder Judiciário, posição que veio a se firmar, como já mencionado, com a Constituição de 1988, e, mesmo assim, constitui entendimento novo e ainda em evolução.

A verdade é que o crescimento e desenvolvimento da Administração Pública ao longo do tempo trouxe uma gama cada vez maior de atividades e funções, o que incentivou extrapolações, abusos e excessos na utilização de suas prerrogativas. Deste modo, o exercício do controle dos atos administrativos se faz imprescindível num Estado Democrático de

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível nº 1.422. Relator Desembargador Seabra Fagundes. Disponível em: file: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789/9778>. Acesso em 27 de fev. 2017.

Direito, já que o administrador público, por gerir interesses alheios (dos administrados) enquanto exerce atividade estatal voltada para a realização do interesse público, uma vez que trata da gestão de interesses da coletividade, tem como dever primordial o de prestar contas de suas ações e responder por eventuais danos causados à coletividade, uma vez que não é concebível que haja total liberdade para que se pratique o ato discricionário. O controle da Administração Pública constitui, assim, em garantia aos cidadãos de que os bens públicos sejam devidamente utilizados em consonância com seus fins, bem como de que sejam respeitados seus direitos individuais, sempre atuando em observância ao ordenamento jurídico e aos princípios, evitando a ocorrência de arbitrariedades, ilegalidades e lesões a direitos subjetivos.

Para França:⁸⁶ “Não há administração pública democrática sem controle. O controle da administração pública representa um dos meios mais hábeis e adequados para garantir o acesso à ação estatal, fazendo-se através de diversos meios.

Cumpra esclarecer que o controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário não mitiga sobremaneira o princípio que tem por base a separação de poderes. Como já demonstrado, de forma exaustiva, a discricionariedade constitui prerrogativa legítima, sem a qual a administração pública estaria atrelada aos desejos e anseios do Poder Legislativo. No entanto, o que comumente ocorre é uma má utilização deste direito por parte do Poder Executivo, deixando o ato de ser legítimo e, por consequência, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, o que não se admite, fazendo urgir o controle sobre estes atos. Isto posto, deduz-se que o controle jurisdicional analisará o mérito do ato discricionário praticado, levando em consideração a abrangência do mesmo perante os administrados, e verificando se todos os aspectos formais foram preenchidos, de forma que a discricionariedade não pode constituir um cheque em branco dado ao gestor público, contribuindo desta forma para efetivar uma melhor administração, mais justa e coerente com as expectativas dos administrados.

Sendo assim, foi conferido ao Poder Judiciário o poder/dever de extirpar, ou pelo menos tentar fazê-lo, todas as condutas provenientes do Poder Executivo que se mostrem ilegítimas, que são praticadas utilizando o argumento da discricionariedade, mas que em verdade ultrapassa os limites que são impostos a ela, exacerbando à margem de atuação que lhe é conferida e desta forma, violando os ditames normativos que lhe concederam essa liberdade. Conclui-se, então, que não se poderá invocar a previsão da discricionariedade

⁸⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.03.

contida na lei para afastar o controle pelo Judiciário, pois o exame no caso concreto acerca da ocorrência regular e legítima da discricionariedade não constituirá invasão de mérito administrativo, uma vez que é do poder judiciário a competência para apreciação e o deslinde dos conflitos sociais, inclusive os de natureza administrativa, consoante previsto na Constituição Federal, art.5º, inciso XXXV.⁸⁷

Portanto, a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário devem observar os princípios constitucionais relativos a administração pública, não podendo ser o mérito algo imune ao exame do Poder Judiciário, a quem compete verificar se o administrador, a título dos critérios de conveniência e oportunidade, não excedeu na utilização desse poder discricionário, valendo-se de sua faculdade de livre apreciação, de forma contrária à moralidade, à proporcionalidade e à razoabilidade administrativa.⁸⁸

Esse poder concedido ao judiciário permite ao administrado que tome conhecimento dos mecanismos de controle e passe a conhecer os limites impostos pela norma jurídica à atuação da liberdade discricionária confiada a administração. Dentro deste quadro, sentindo-se prejudicado por um ato de autoridade, não só poderá, como deverá o indivíduo controlar o atuar da Administração Pública através do Estado-Juiz que possui a prerrogativa de pronunciar-se acerca da legalidade da apreciação do mérito do ato administrativo discricionário, pois só a Justiça poderá dizer da conformidade e dos limites de opção do agente, cabendo-lhe invalidar os efeitos daquele ato eivado de nulidade e contrário aos princípios jurídicos, coibindo eventuais abusos.

Todo o exposto não significa, entretanto, que o mérito do ato administrativo discricionário tenha desaparecido totalmente, pois no que tange a aspectos não valorados juridicamente, não é possível ao Judiciário exercer seu controle. Esta nova sistemática não pretendeu substituir o juízo do administrador acerca da oportunidade e conveniência de um ato administrativo discricionário pela escolha do Judiciário (a quem não cabe fazer opções administrativas), mas apenas faz compreender que, mesmo o ato administrativo discricionário, muitas vezes, terá seu mérito com o âmbito reduzido, de forma a evitar que a solução adotada não seja tão grosseiramente ineficiente e que signifique o desprezo do dever da boa administração. Assim, o controle exercido pelo poder Judiciário não elimina a discricionariedade, pois não ultrapassa os limites objetivos de significação da norma, mantendo íntegro o campo de apreciação subjetiva do administrador.

⁸⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art.5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 de fev. 2017.

⁸⁸ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p.61.

O poder Judiciário deve efetivamente atuar de forma comissiva, e de fato invalidar os atos que excedam os limites da discricionariedade, deixando de realizar uma análise restrita de legalidade para passar a realizar uma análise principiológica e teleológica dos atos administrativos diante do sistema jurídico pátrio.⁸⁹

Ainda, além do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, algumas teorias foram elaboradas no intuito de fixar limites a este exercício. A teoria do desvio de poder, formulada com o objetivo de controlar a finalidade do ato administrativo e outra, teoria dos motivos determinantes, que tem por fito o controle do motivo do ato administrativo discricionário.

A teoria dos motivos determinantes regula exatamente os casos em que a lei silencia a respeito da motivação, sendo mais constante nos atos discricionários, pois nos atos vinculados já está definido na lei qual a providência qualificada como hábil e necessária ao atendimento do interesse público. No caso dos atos discricionários, o motivo não foi previsto em lei, ficando o agente com a faculdade de praticar o ato sem a devida motivação, no entanto, se a fizer, vincular-se-á aos motivos aduzidos, que devem existir e serem verdadeiros, legítimos. Havendo desconformidade entre a realidade e o motivo declarado ou não sendo ele causa justificável, torna-se possível a declaração da invalidade do ato. No mesmo entendimento, corrobora Mello⁹⁰:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido antecipadamente os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez anunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificaram.

Assim, percebe-se que a teoria dos motivos determinantes afasta a discricionariedade do ato administrativo, contornando-os para além da legalidade estrita, apurando-se sua suficiência, adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade, principalmente, pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e moralidade.

Diante dos conceitos abordados, do panorama desenhado, é possível concluir que, faz-se necessário atribuir-se uma parcela de discricionariedade ao agir do agente, administrador público. No entanto, este, no cumprimento de sua função e para atender ao interesse coletivo e também à lei, é imprescindível estabelecer-se uma margem de limitação a esses atos, com a finalidade precípua de evitar abusos. Assim, o agente responsável deve se ater se esse ato está em consonância com a lei, ou seja, se os seus elementos vinculados

⁸⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60 a 61.

⁹⁰ MELLO, op.cit., p.370.

(competência, forma e finalidade) estão conformes. Mas não é só isso, deve ter cautela e observar se o uso de seu poder discricionário, quando da avaliação do mérito (motivo e objeto), não invadiu a esfera de direitos e garantias individuais dos administrados. Na nova concepção, portanto, o Estado Democrático de Direito abandona o Positivismo Jurídico puramente formal, e passa a buscar uma interpretação global das normas jurídicas.

3.2 - da confiança legítima (*venire contra factum proprium*)

Neste subitem o objetivo é aprofundar, mas não exaurir, o fundamento e conceito do principal princípio que norteia a tese explanada durante o trabalho, o princípio da *venire contra factum proprium*, princípio este previsto de forma implícita na Constituição Federal, trazendo em um primeiro momento um panorama geral e depois sua aplicação e incidência especificamente no tema em análise.

Tem-se que o Direito brasileiro moderno vislumbra uma tendência à mecanismos de estabilização das relações jurídicas e obrigações, e isto ocorre tanto na seara pública quanto na privada, ganhando força o princípio da confiança e levando à difusão do seu conceito, o que ajuda no processo de consolidação de sua aplicação na seara administrativa, inclusive no que se refere ao concurso público.

A expressão *venire contra factum proprium* significa vedação ao comportamento contraditório, intrínseco a regra da *pacta sunt servanda*.⁹¹ A sua aplicação incide no momento em que se postula dois comportamentos vindos de uma mesma pessoa, todos lícitos em si, mas contraditórios entre si, em que o primeiro ato, *factum proprium*, é contrariado pelo segundo. Respalda-se na ideia de que uma pessoa física ou jurídica, por um certo período de tempo se comporta de uma determinada maneira no contrato/vínculo estabelecido com o outro e cria neste uma expectativa de que seu comportamento não irá se modificar, fazendo surgir na outra parte um investimento, uma confiança legítima.

No entanto, passado um determinado período de tempo, seu comportamento é alterado por outro diametralmente oposto ao inicial, e a outra parte vê-se desiludida e ludibriada as lúdimas expectativas geradas a partir da primeira conduta, opondo-se a boa-fé objetiva, com violação da vocação ética, psicológica e social da *pacta sunt servanda*.

Nesse sentido Aldemiro Rezende Dantas Júnior:

⁹¹ *Pacta sunt servanda*: é um brocardo latino que significa "os pactos devem ser respeitados" ou mesmo "os acordos devem ser cumpridos". Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Pacta_sunt_servanda. Acesso em 28 de fev. 2017.

Parece-nos que o *venire* pode ser conceituado como sendo uma seqüência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um deles podendo ser omissivo ou comissivo e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em uma pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida em certas condições, enquanto o segundo vem frustrar a legítima e razoável expectativa que havia sido criada no outro sujeito, sem que exista justificativa fática ou amparo legal que possa justificar a contradição entre os comportamentos e a conseqüente frustração da expectativa, sem em tal caso irrelevante averiguar se houve dolo ou culpa do que agiu de modo contraditório.⁹²

Diante do conceito trazido, vislumbra-se então quatro pressupostos para aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório: *factum proprium*; legítima confiança de outrem; comportamento contraditório e a existência de um dano ou um potencial dano decorrente da contradição.

O *factum proprium* consiste em uma conduta humana inicial, que, *per si*, é lícita e não é juridicamente vinculante, mas, no momento em que surge a confiança alheia no sentido de manutenção do primeiro comportamento, a vinculação surge e se impõe, ou seja, constitui-se no ato inicial que será contrariado no futuro. Com esta afirmação é possível concluir que as ações possuem a capacidade de influenciar na esfera dos outros, o que é pautado pela tutela da confiança e pela solidariedade social nas relações públicas ou privadas, relacionada e decorrente da dignidade da pessoa humana, de forma direta.

Consoante os ensinamentos de Anderson Schreiber, a vedação ao ato contraditório caracterizar-se-ia como um instrumento de realização da solidariedade social prevista no artigo 3º da Magna Carta.⁹³

O princípio da solidariedade social, protegido como objetivo da República brasileira no artigo 3º da Constituição de 1988, impõe a consideração da posição alheia também na atuação privada. O *nemo potest venire contra factum proprium*, concebido como uma vedação ao comportamento incoerente dirigida à tutela da confiança, não é outra coisa senão um instrumento de realização deste valor constitucional. Há, em outras palavras, direta vinculação entre a solidariedade social e o princípio de proibição ao comportamento contraditório.

A contradição não é simples, mas qualificada, ou seja, a conduta contraditória por si só não é proibida e por isso, não merece ser objeto de penalidade. A vedação apenas surge quando é despertada no outro uma expectativa, uma legítima confiança, causando-lhe efetivo prejuízo, seja a existência de um dano ou ameaça de dano. Por outros termos, o ato contraditório é em princípio lícito, mas se torna abusivo, combatível no momento em que fere

⁹² DANTAS JR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2007, p.291.

⁹³ *ibid*, p.101.

a confiança legítima e a boa-fé objetiva, ao descumprir a exigência de comportamentos éticos durante toda a relação jurídica, que deve pautar-se pela honestidade, lealdade e probidade.

Cláudia Lima Marques explica a boa-fé⁹⁴:

Boa-fé objetiva, significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

A boa-fé objetiva se revela satisfeita quando o comportamento das partes observa, de forma integrada e recíproca, o comportamento esperado em uma determinada relação jurídica. O que se espera é o concurso efetivo de ambos os contratantes para que o acordo se perfeça dentro da legalidade, observando-se, sempre, a lealdade, sem que qualquer dos envolvidos seja surpreendido e prejudicado ou onerado além do que normalmente se espera.

Por sua vez, a confiança legítima deve ser observada sob dois aspectos, com o fim de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta inicial: a) a necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que antijurídicos - se um ato, aparentemente legítimo, é perpetrado por uma parte, gerando na outra a expectativa de continuidade, o ato deve ser estabilizado, ainda que tenha se fundado na ilegalidade; b) a mutação de um ato lícito em ilícito, decorrente de uma conduta contrária a inicial, após gerar expectativa no outro. Assim, se o princípio da confiança pode prevalecer em casos de atos praticados na ilegalidade, mais ainda se praticados na legalidade.

Em palavras mais simples, na primeira hipótese a expectativa é criada a partir de um ato ilegal, mas que deve subsistir em favorecimento ao princípio da confiança; na segunda, a legítima expectativa surge de um ato legal, mas que, após, é frustrada por uma conduta também legal, mas que conflita com a primeira. Essa última, ancorada no princípio da boa-fé objetiva, estimula que a parte se abstenha do exercício de um direito se for razoavelmente possível presumir que esse exercício irá quebrar a justa expectativa criada na outra parte.

Importante esclarecer que a proibição do comportamento contraditório não visa estirpar a liberdade de mudar de opinião, mas apenas neutralizá-la sempre que esse segundo comportamento vier/puder causar prejuízo a quem tenha acreditado que o comportamento inicial permaneceria inalterado. Assim, a vedação ao *venire contra factum proprium* funciona como instrumento de estabilização das relações jurídicas e proteção às expectativas na medida em que tutela a confiança, pretendendo justamente obstar que a pessoa que, ao contrariar sua

⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 216.

posição inicial, comportando-se de forma lesiva, venha a beneficiar-se da própria desonestidade e causando prejuízo à outrem.

Passada a visão geral, inicia-se a abordagem do princípio e sua influência no objeto da monografia, pretendendo avaliar os preceitos do instituto no âmbito do Direito Administrativo e Direito Constitucional, especialmente no âmbito do concurso público.

Primeiramente, de se ressaltar que a Administração Pública tem como dever inerente as suas atividades, incluindo o âmbito do concurso público, atender ao interesse público e, pretendendo este como objeto de discussão verticalizada, o Estado deve traduzir a sensação de lealdade junto aos seus administrados.

Então, não se pretende negar que a elaboração do edital do concurso, até a sua publicação é um ato puramente discricionário da administração, tendo em vista o poder do administrador em usar da conveniência e oportunidade que lhes são conferidas pela lei, como bem exposto em capítulo alhures. No entanto, após a publicação do edital, surge para a administração determinados deveres, vinculando a administração nos seus termos, produzindo lei entre as partes.

O Ministro Ayres Britto, citado pelo STF no AI 850608 já proferiu ⁹⁵:

Um edital, uma vez publicado – norma regente, interna, da competição, na linguagem de Hely Lopes Meireles –, gera expectativas nos administrados; expectativas essas que não de ser honradas pela Administração Pública. Ela também está vinculada aos termos do edital que redigiu e publicou.

Assim, quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando os cidadãos a participarem da seleção para preenchimento de um número específico de vagas no serviço público, faz gerar uma inevitável expectativa nos interessados quanto ao seu comportamento conforme as regras, por ela estipulada, do edital, depositando verdadeira confiança no Estado, passando este de ato discricionário a vinculado. Este entendimento se funda no dever de boa-fé, objetiva e subjetiva, da Administração Pública e do necessário e incondicional respeito à segurança jurídica e à confiança como princípios do Estado de Direito, em que a Administração deve atuar de forma prudente, refletida.

Há bem da verdade, o trecho do Agravo trazido, bem como a explanação realizada, referem-se à obrigatoriedade de nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstos no edital, no entanto, o objetivo do trabalho é exatamente transportar os fundamentos já consolidados na jurisprudência para este tema, e demonstrar, a partir disso, a

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 850608. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22872994/agravo-de-instrumento-ai-850608-rs-stf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

incompatibilidade dos concursos de cadastro de reservas e os princípios constitucionais/administrativos.

Ora, a abertura do certame e publicação do edital faz julgar real a necessidade de pessoal para compor o quadro funcional da administração, passando para o candidato a ideia de que os aprovados terão a oportunidade de ingressarem no serviço público. Esta conduta gera no concursado a expectativa de que haverá convocações, pois, é, no mínimo, ilógico realizar todo um procedimento de concurso, movimentando a máquina administrativa, para, no final, não convocar absolutamente ninguém.

Desta maneira, no momento em que a Administração publica o edital, ela inicia os atos preparatórios que evidenciam a oportunidade (existência de cargos vagos) e conveniência (interesse em provê-los) – Mérito Administrativo - concretizando o poder discricionário que lhe pertence, e obtém inscrições de interessados, entende-se que ela passa a vincular-se ao seu compromisso finalístico, qual seja, a contratação de pessoal para o serviço público, tendo por implícita a obrigação de não frustrar a confiança gerada no candidato, não devendo eximir-se de nomear, vez que a participação na seleção e todas as providências para isto, são decorrentes da garantia de haver provimento.

A Administração deve respeitar a confiança que lhe é destinada pelo cidadão e não pode, portanto, voltar sobre os seus próprios passos (*venire contra factum proprium*), a vista de ato contraditório ao não prever vagas, deixando escoar o prazo do concurso sem convocar aprovados, alterando completamente o seu comportamento inicial, ferindo de morte seu dever legal de agir conforme a boa-fé objetiva, a razoabilidade, a lealdade, a isonomia e a segurança jurídica.

Nesses termos Maia e Queiroz⁹⁶, ressaltam que se deve cumprir a finalidade da abertura do certame, porque com a publicação do edital, convocando a sociedade para nele participar, a Administração está vinculando os seus termos, bem como a necessidade de concluir o concurso e nomear os candidatos, princípios da eficiência, da segurança jurídica, da moralidade, da boa-fé e do *venire contra factum proprium*.

E não é só isso, quando a administração realiza um concurso público sem informar o número de vagas, conhecendo a possibilidade de não convocação dos concursados, perpetra verdadeiro ato ilícito, em contrariedade a dignidade da pessoa humana, desrespeitando os extensos investimentos realizados pelos concursados, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem com às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público.

⁹⁶ MAIA, op.cit., p. 225.

Quer dizer, em um país onde ainda existe verdadeira batalha contra o desemprego, certamente dispor dessa segurança ofertada pelo serviço público, bem como os bons salários oferecidos, é o sonho de muitos brasileiros. Então, quando o administrador abre o certame, provoca, dentre outras coisas, a mudança na vida do cidadão. Neste cenário, o candidato investe toda sua confiança e esperança no administrador, passando por uma seleção difícil e demasiadamente concorrida, despendendo todo seu esforço para aprimorar seu conhecimento técnico e científico e obter êxito na conquista do cargo almejado.

No mais das vezes, para garantir a aprovação em um desses certames o candidato abre mão de toda uma vida social, destinando muito tempo de preparação para alcançar a vaga. Sendo assim, quando a administração provoca inesperada mudança de atitude, conflitante com a sua conduta inicial, recusando-se em convocar os aprovados, ela rompe com todos os paradigmas fáticos e, o candidato observa esvair-se a esperança de ocupar o cargo público, pelo qual lutou tanto e se mostrara capacitado, o que lhe causa inequívoco e grande prejuízo.

Logo, pode-se concluir que a previsão de concursos exclusivamente para cadastro de reserva, sem previsão de vagas disponíveis, introduziu, no âmbito das relações de direito administrativo entre a Administração e os candidatos, um fator de fragilidade, desestabilização e de insegurança, frustrando, de maneira indevida, a legítima expectativa de nomeação.

Por tudo o que foi exposto, deve-se interpretar o princípio do concurso público e o cadastro de reserva à luz dos princípios constitucionais/administrativos, de forma a impedir que se institucionalize a adoção de comportamentos contraditórios, sem o amparo do interesse público. Assim, o que se espera é que só haverá abertura de concurso público se a administração realmente necessitar de novos servidores, caso contrário, o edital a ser publicado estará desprovido de motivação, o que configura evidente desvio de finalidade.

Cristina Andrade Melo⁹⁷, de forma brilhante, defende a existência de direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas (objeto do trabalho), utilizando toda a abordagem principiológica e sociológica utilizada até o momento.

De fato, soaria extremamente contraditório imaginar que a Administração possa anunciar a abertura de concurso público para preenchimento de determinado número de cargos e, ao final, concluída a via crucis, se recusar a nomear os candidatos aprovados, menosprezando a boa-fé dos candidatos e a confiança por eles depositada na Administração. O concurso público não é um fim em si mesmo, mas sim um meio posto à disposição da Administração Pública com o escopo de selecionar os

⁹⁷ MELO, Cristina Andrade. Direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas: análise da evolução jurisprudencial desde o Enunciado n. 15 da Súmula do STF. Direito Público: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v. 6, n. 1-2, jan./dez. 2009, p.62.

melhores profissionais dentre aqueles inscritos no certame. Um concurso público que não gera o que dele se espera, isto é, nomeações dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, é um contra-senso e um atentado ao princípio da eficiência, uma vez que tempo, verba e recursos humanos terão sido gastos em vão, sem contrapartida alguma ao bom andamento do serviço público.

Abordado o panorama geral e específico do princípio, sustentáculo deste trabalho, é importante aludir que todo o fundamento apresentado é utilizado pela jurisprudência moderna dos tribunais superiores, servindo de elemento para a mudança de entendimento sobre a regra de nomeação nos concursos públicos, assunto a ser esmiuçado no capítulo seguinte.

4 – O DIREITO À NOMEAÇÃO E SUA MUTAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

É evidente a evolução da doutrina e, principalmente, da jurisprudência quanto ao tema direito de nomeação do candidato aprovado em concurso público, partindo-se de um momento em que se entendia pela mera expectativa de direito daquele candidato aprovado, até alcançar a pacificação do entendimento de direito subjetivo à nomeação daquele classificado dentro do número de vagas existentes previstas no edital.

Em breve retrospecto jurisprudencial, durante décadas (até meados de 2011), a doutrina e jurisprudência pátrias sustentaram que quando se questionava sobre o direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, prevalecia o posicionamento de que se tratava de “mera expectativa de direito”. Nesse contexto, a Administração Pública estaria livre para exercer na plenitude seu poder discricionário para convocar, ou não, a contratação. No entanto, a preterição do candidato aprovado pela inobservância da ordem de classificação consubstanciaria o direito subjetivo de nomeação, sendo este entendimento, inclusive, matéria sumulada pelo STF desde 1963.

Súmula nº 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.

De observar que o Supremo, ao afirmar que a expectativa de direito somente se transformaria em direito subjetivo à nomeação caso houvesse preterição na ordem de classificação do concurso, suprimindo da análise a previsão para a omissão na hipótese de convocação de aprovados dentro do número de vagas, adotou uma linha de conteúdo dogmático-legalista. Ainda, em consulta ao site do Supremo Tribunal Federal sobre os dados da Súmula 15, observou-se que a data de sua aprovação se deu em 13/12/1963⁹⁸, portanto, em um ambiente de cultura forense ainda avesso a princípios com força cogente, como explanado no primeiro capítulo do trabalho. Nesse diapasão, é de ressaltar que a interpretação a *contrariu sensu* dada à época, é no sentido de que o candidato aprovado não tem direito subjetivo à nomeação senão no caso em que for preterido em favor de outro em pior classificação e, ainda assim, dentro do prazo de validade do concurso.

Porém, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir de 2012, e dos Tribunais Regionais e Estaduais mudou gradativamente de posicionamento, passando a entender que os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital têm direito subjetivo à nomeação, apontando para a obrigatoriedade de a administração nomeá-los. Essa, sem dúvida,

⁹⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/.asp?s1=15.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSúmulas>. Acesso em: 28 de dez.2016.

uma evolução inovadora de grande importância no mundo jurídico. Todavia, em relação ao candidato aprovado à margem do número de vagas fixadas no edital ainda prevalece a regra de que não tem senão mera expectativa de direito. Contudo, com o passar dos anos, vem aumentando nos tribunais a adesão à tese de admissibilidade excepcional de direito subjetivo também nessa segunda situação, caminhando para que a exceção se torne a regra.

O fato é que o estudo de casos julgados nas Cortes Brasileiras, jurisprudência, ganha uma nova abordagem jurídica após o advento da Constituição Federal de 1988, trazendo a possibilidade de se suprir lacunas legislativas, bem como, a modificação de interpretações há muito consagradas. Sendo certo que o tema direito de nomeação constitui expressão desta mutabilidade jurisprudencial, o que reforça e confere relevo necessário ao postulado constitucional do concurso público, exige-se, neste trabalho, uma abordagem/explicação mais detalhada sobre os fundamentos de cada posição adotada no decorrer dos anos.

O precedente que melhor encara a questão que se pretende discutir, direito adquirido x expectativa de direito, está nos Embargos de Apelação Cível nº 7387, egresso do Estado de Pernambuco, de relatoria do Ministro Orosimbo Nonato da Silva, em 1944, que embasou, inclusive, a supracitada súmula nº15 do STF, o que demonstra que a divergência não é nada nova. Nesse, firmou-se o entendimento de que não podia o “concorrente alegar direito adquirido ao fito de reclamar a nomeação, pois que apenas lhe assiste, no caso, uma *spes iuri* (...), a não ser que aquele direito encontre nascente em texto de lei ou no caso de preterição ilegal.⁹⁹” Vislumbra-se nesse precedente um caráter claramente positivista/legalista e avesso a força cogente dos princípios.

Em relação ao primeiro entendimento, qual seja, de que não há direito subjetivo, mas mera expectativa de direito à nomeação, entendiam os tribunais que devia ser preservada a autonomia da Administração Pública, conferindo-lhe margem de discricionariedade para aferir a real necessidade da nomeação de candidatos aprovados em concurso público. Portanto, não havia se falar em violação aos artigos 5º, LXIX e 37, *caput* e IV da CRFB. Essa vertente alicerçava-se na conveniência de preservar-se a autonomia da Administração Pública, entendendo-se como equivocada a interpretação sistemática constitucional ao tratar como direito líquido e certo a nomeação dos aprovados.

O principal fundamento para justificar a mera expectativa de direito à nomeação era a de que a instauração do concurso público, a nomeação dos aprovados, bem como a

⁹⁹ Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14463720/embargos-na-apelacao-civel-aci-7387-pe>. Acesso em: 28 de dez.2016.

prorrogação do certame estaria submetida integralmente à discricionariedade administrativa, sob o crivo da conveniência e oportunidade da Administração em prover o cargo.

Essa corrente estava sedimentada nos tribunais e na doutrina. Tal fato pode ser demonstrado no RE 190.264/RJ (rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, 10.2.2000.), que declarou inconstitucional a EC referente ao art. 77, VII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que dava direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação. Nesta oportunidade, transcreva-se trecho do informativo nº 177 do STF.

Declarada a inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 77, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, "a classificação em concurso público, dentro do número de vagas obrigatoriamente fixado no respectivo edital, assegura o provimento no cargo no prazo máximo de cento e oitenta dias, contado da homologação do resultado."¹⁰⁰

Ainda, para reiterar a linha de pensamento predominante, no curso da ADI 2.931-2¹⁰¹ (2005) ficou vitoriosa a concepção de que a convocação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas é puramente discricionária, ensejando, assim, a mera expectativa de direito à nomeação. O relator do acórdão, o Ministro Carlos Ayres Brito, defendeu que o texto constitucional federal (art. 37, IV) assegura ao candidato em concurso público tão somente: 1) o direito implícito de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação de todos os aprovados e, 2) o direito explícito de precedência sobre candidatos aprovados em concursos posteriores. Porém, ambos têm sua existência condicionada ao querer discricionário da Administração.

Já em 2006, embora ainda prevalecesse a regra da mera expectativa, o STF começava a apresentar exceções à regra, prevendo algumas hipóteses de verdadeiro direito subjetivo à nomeação. Tinha início uma tendência de mudança no entendimento vigente.

Assim, após décadas, e um movimento paulatino para alteração da jurisprudência então predominante, a partir de 2012, pacificou-se a orientação de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo à nomeação. Entendeu o Supremo que, quando a Administração Pública divulga um edital de concurso público, impreterivelmente gera uma expectativa no candidato quanto ao seu comportamento segundo as regras expressas no mesmo. Então, os cidadãos que decidirem se inscrever para participar do certame depositam verdadeira confiança na Administração, que tem o dever de atuar de forma responsável, observando o princípio da segurança jurídica como regra comportamental.

¹⁰⁰ Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo177.htm#Concurso Público e Direito à Nomeação](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo177.htm#Concurso%20P%C3%BAlico%20e%20Direito%20%C3%A0%20Nomea%C3%A7%C3%A3o) – 1. Acesso em 29 de dez.2016.

¹⁰¹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266957>. Acesso em 30 de dez.2016.

Nessa nova interpretação também ficou assentado que a Constituição, em seu artigo 37, inciso IV, garante prioridade aos candidatos aprovados em concurso e que, dentro do prazo de validade do certame, a Administração pode optar pelo momento que julgar mais adequado para efetuar a nomeação, respeitando a discricionariedade administrativa. Não pode, entretanto, eximir-se de levar a efeito a nomeação, uma vez que, sob a nova ótica, esta se impões ao Poder Público como direito subjetivo do concursando aprovado dentro do número de vagas..

Convém destacar o julgamento do RE 227480/RJ (de 16/09/2008), que representa momento histórico e se coloca como um marco do novo posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores. Neste, finalmente se reconheceu o direito subjetivo aos candidatos pleiteantes.

Direito constitucional e administrativo. Nomeação de aprovados em concurso público. Existência de vagas para cargo público com lista de aprovados em concurso vigente: direito adquirido e expectativa de direito. Direito subjetivo à nomeação. Recusa da administração em prover cargos vagos: necessidade de motivação. artigos 37, incisos II e IV, da Constituição da República. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.¹⁰²

A respeito da decisão acima cabe um esclarecimento no sentido de que os julgadores não lhe atribuíram efeito *erga omnes*, o que demonstra certa relutância na adoção da tese em sua inteireza.

Seguindo a mesma linha, o STJ, no informativo 495¹⁰³, pronunciou-se no sentido de que, dentro do prazo de validade do concurso, a Administração tem a discricionariedade para avaliar a oportunidade ou conveniência para realizar as nomeações durante o período de validade do concurso, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, considerando que, uma vez publicado o edital com previsão de número específico de vagas, o ato da Administração transmuda-se em ato vinculado, criando um dever de nomeação para a Administração e um direito subjetivo de nomeação ao aprovado dentro do número de vagas.

Esse novo entendimento delineou-se e sedimentou-se após longas batalhas jurisprudenciais e doutrinárias, estabelecendo finalmente que o edital uma vez vinculado que é, garante o direito subjetivo à nomeação aos candidatos aprovados dentro do número de vagas nele previstas. Esse surgiu de uma necessidade social, considerando que a discricionariedade irrestrita da Administração Pública estava dando margem a que os concursos não estivessem cumprindo sua finalidade precípua, qual seja, o preenchimento dos

¹⁰²Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718421/recurso-extraordinario-re-227480-rj>. Acesso em: 29 de dez.2016.

¹⁰³ Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/informativo-esquemalizado-495-stj.html>. Acesso em 10 de jan.2017.

quadros, pois, apesar do alto investimento em sua realização e a complexidade de todo o seu procedimento, em suas várias fases, desde a verificação prévia da necessidade atual e futura de novos servidores à nomeação do candidato, ao final, poucas ou nenhuma vaga eram preenchidas, frustrando, ainda, a legítima expectativa criada nos candidatos.

Para o STJ, no RMS 26.507/RJ¹⁰⁴, o princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, tratando como ilegal o ato omissivo da Administração ao não assegurar a nomeação do candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas ofertadas, por tratar-se de ato vinculado, diante da expectativa criada nos candidatos. Então, a partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, a nomeação e posse do candidato nestas condições, transforma-se de mera expectativa em direito subjetivo.

Os Tribunais Superiores utilizam também como argumento justificador para reconhecer o direito subjetivo, a necessidade de afastar-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação – pois, a discricionariedade do Poder Público não pode ser entendida como a prerrogativa de o administrador agir segundo seu puro arbítrio - considerando a postura da Administração em deixar transcorrer o prazo do certame sem proceder à nomeação daqueles legalmente habilitados, como verdadeira lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar.

Cumpram-se, ainda, que a histórica Súmula 15 do STF ainda é tida como cabível, embora invertido o posicionamento jurisprudencial, como bem abordado por Paulo Alexandrino.

Com efeito, os dois entendimentos jurisprudenciais coexistem, uma vez que a Súmula 15 do STF tem aplicação em qualquer caso, haja ou não vagas certas definidas no edital, tenham ou não as nomeações ocorrido dentro do número inicialmente previsto de vagas (se houver).¹⁰⁵

Porém, essa imposição à nomeação não é em qualquer hipótese, não constitui direito absoluto, devendo-se ressaltar que esse direito surge com a observância das seguintes condições fáticas e jurídicas, decidiu o STF¹⁰⁶: a) previsão em edital de número específico de vagas; b) realização de certame conforme as regras do edital; c) homologação do concurso e

¹⁰⁴Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935759/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-26507-rj-2008-0052991-1/inteiro-teor-12763881>. Acesso em 20 de dez.2016.

¹⁰⁵ ALEXANDRINO, op cit., p.382.

¹⁰⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186382>. Acesso em 28 de fev.2017.

proclamação dos aprovados dentro do número de vagas, em ordem de classificação, por ato inequívoco e público da autoridade competente.

Assim, diante dos fundamentos espostos, reputou-se que o direito à nomeação é público subjetivo em face do Estado, fundado nos princípios informadores da organização do Poder Público no Estado Democrático de Direito, como: o democrático, o republicano e o da igualdade. E mais, o STF começou a sinalizar avanços e passou a propagar decisões balizadas no princípio da segurança, passando a defender que a segurança jurídica é pedra angular do Estado de Direito, sob a forma da proteção à legítima confiança. Assim, o dever de boa-fé da administração pública exige o respeito incondicional às regras do edital, incluindo a previsão das vagas. Dessa maneira, pode-se concluir que a acessibilidade aos cargos públicos constitui direito fundamental, limitador da discricionariedade do Poder Público quanto a sua realização e gestão.

Portanto, certo concluir que diante da ausência de legalidade estrita a respeito do tema, passou-se, com o “neoconstitucionalismo” - que atribui maior força normativa aos princípios constitucionais, que deixam de ser meros informadores e passam a ter força cogente – a colocar a boa-fé como vetor de mitigação em face do dever de lealdade, pondo fim a qualquer discussão existente sobre o tema, ao menos a nível prático/fático. Então, o Poder Público passou a vincular-se ao número de vagas publicadas nos editais de concursos, devendo obrigatoriamente nomear os aprovados dentro do prazo de validade do certame. Para a jurisprudência atual, a consolidação do novo posicionamento decorreu do entendimento delineado no sentido de que a mera expectativa feria de morte a segurança jurídica e a legítima confiança do candidato, uma vez que, embora houvesse a previsão em edital - ato administrativo público e dotado de presunção de legitimidade - o aprovado ficaria à mercê da discricionariedade e, muitas vezes, da boa vontade do gestor.

No mais, é importante destacar que, ainda que os aprovados dentro do número de vagas previstas possuam, como regra, direito subjetivo à convocação, tal regra não se mostra absoluta, tendo em vista que a Administração pode deixar de realizar a nomeação, desde que se verifique a ocorrência de circunstância excepcional, superveniente, imprevisível, grave - implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital – e, absolutamente necessário, conforme bem explicado no RE 598.099/MS¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re598099GM.pdf>. Acesso em 11 de jan.2017.

Hoje, por mais que pacificado o entendimento de direito subjetivo do candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, campo ainda nebuloso se mostra em relação àqueles aprovados fora do número de vagas, cadastro de reserva, pois, ainda que se tenha como regra tratar-se de mera expectativa de direito, certo é que há inúmeros julgados mitigando e prevendo hipóteses em que a mera expectativa se transforma em direito subjetivo. Ou seja, com o tempo o STJ e o STF vêm ampliando as hipóteses extraordinárias em que, preterida a ordem de classificação no concurso - ainda que por via indireta - há o direito à nomeação também para aquele candidato aprovado fora do número de vagas existentes, não cabendo à Administração opor sua discricionariedade.

Essa nova postura do Judiciário, ainda que casuística (não observando uma tendência significativa), surgiu para atender a demanda social, pois, passou a surgir inúmeras situações em que a Administração Pública demonstra, de modo inequívoco, a necessidade de preenchimento de vagas e, após, opta por preenchê-las sem observância à regra do concurso público. Observa-se, dessa maneira, que há progressiva transformação da jurisprudência no sentido de tutelar o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas, desde que fique configurada, no caso concreto, a necessidade de a Administração preencher a vaga a que se destina o concurso público realizado. Este posicionamento vem se firmando, pois, se há cargo vago e, é inequívoca a necessidade de provimento, não há explicação para não se convocar o aprovado no cadastro de reserva, sujeitando-se a possível violação da eficiência administrativa, causando prejuízos tanto e, principalmente, ao aprovado - que mesmo após grande esforço, vê furtada sua chance de acesso ao cargo público -, como também à própria administração pública, pois poderá enfrentar déficit na prestação do serviço.

Para ilustrar, é possível trazer algumas decisões dos Tribunais Superiores que contemplam algumas hipóteses de direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital. Assim, ante o recente posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores, o direito à nomeação passou a alcançar também aqueles aprovados para formação de cadastro de reservas, relativamente às vagas que vierem a surgir na validade do certame.

Assim, no RMS 32105/DF¹⁰⁸, o STJ reconhece o direito dos candidatos aprovados fora do número de vagas ao preenchimento dos cargos vagos decorrentes de desistência ou desclassificação de candidatos convocados.

¹⁰⁸ Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15933067/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-32105-df-2010-0080959-0/inteiro-teor-17013276>. Acesso em 05 de jan.2017.

A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas. A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas.

Posteriormente, no acórdão RMS nº 37882-AC¹⁰⁹, o STJ veio a ampliar esse leque, assegurando também ao candidato aprovado para compor cadastro de reserva o direito à nomeação quando surgirem novas vagas em razão de exoneração, demissão, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento de servidores, dentro do prazo de validade do certame. Então, caso haja vagas disponíveis, mas a Administração opte por não nomear os aprovados fora das vagas, deverá justificar essa posição. No entanto, impõe-se ressaltar que, para o STJ, o simples argumento de que tais candidatos ficaram mal posicionados no concurso não constitui justificativa por si só, pois considera que do primeiro ao último aprovado, todos foram julgados aptos, conforme bem exposto no RMS 27.389-PB¹¹⁰.

Em 2015, o STJ, no informativo 567¹¹¹, reputou haver direito subjetivo à nomeação quando o candidato passe a figurar entre as vagas em virtude da desistência de candidatos classificados em colocação superior, uma vez que demonstrada a necessidade e o interesse da Administração no preenchimento do cargo, considerando que este foi ofertado no edital, impondo a convocação do próximo na ordem de classificação. O STF possui precedentes no mesmo sentido, vide RE 598.099/MS¹¹²

O STJ¹¹³ previu outro fato excepcional para convolar a mera expectativa em direito adquirido do candidato, qual seja, quando o edital prevê explicitamente cadastro de reserva para além das vagas disponibilizadas. Em outras palavras, o edital prevê que o concurso se destina para as vagas que surjam durante o prazo de validade do concurso, tornando vinculante o dever de nomear os candidatos aprovados se surgirem novas vagas, pois, o princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório.

Com essa nova jurisprudência acerca da matéria, é possível observar uma alteração substancial à compreensão até então dominante na jurisprudência, afastando-se

¹⁰⁹Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23096958/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-38443-ac-2012-0133140-0-stj>. Acesso em 05 de jan.2017.

¹¹⁰ Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270502%27&tipo=informativo. Acesso em 11 de jan.2017.

¹¹¹ Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270567%27. Acesso em 11 de jan.2017.

¹¹² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re598099GM.pdf>. Acesso em 11 de jan.2017.

¹¹³ Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23009977/mandado-de-seguranca-ms-18881-df-2012-0155345-3-stj/inteiro-teor-23009978>. Acesso em 11 de jan.2017.

excepcionalmente a discricionariiedade da Administração quanto à nomeação de candidatos aprovados em concurso público fora das vagas previstas no edital.

Outra circunstância que se mostrou excepcional foi a situação de contratação de terceirizados para ocupar a função objeto de concurso anterior. Constatou-se que se divulgava edital e se perfazia todo o trâmite complexo, longo e custoso de um concurso público e ao final, poucas, ou nenhuma vaga era ocupada por efetivos e, muitas vezes se detectava que os cargos eram preenchidos por contratação temporária, sob o pretexto de que os aprovados no concurso que estavam em cadastro de reserva possuíam mera expectativa de direito e, por isso, não tinham direito de serem nomeados.

Nesse sentido, o STF no AI nº 777644/GO¹¹⁴ e o STJ, no MS 13575/DF¹¹⁵, entenderam que se a Administração oferta concurso público para cadastro de reserva, há presunção relativa de que não existem vagas a serem preenchidas. No entanto, a presunção será afastada caso haja a contratação de mão de obra precária para exercer a mesma função dos efetivos, contrariando a afirmação de inexistência de vagas e demonstrando indubitável necessidade do serviço, o que caracteriza verdadeira preterição disfarçada, fazendo nascer para o aprovado o direito subjetivo à nomeação.

Outro caso semelhante pode ser encontrado no Informativo 763¹¹⁶ do STF, neste, o Supremo compreendeu que, se existem candidatos aprovados para advogado da sociedade de economia mista e esta, no entanto, contrata escritório de advocacia, tal contratação é ilegal, pois configura ato eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, ensejando o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados.

Esse novo entendimento encontra guarida também na doutrina. Destarte, para Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁷, o ato de a Administração Pública abrir novo concurso, nomeando em seguida os candidatos aprovados, enquanto há aprovados remanescentes do concurso anterior, pode ser caracterizado como desvio de poder ou desvio de finalidade. O autor defende sua tese afirmando que não pode o Poder Público deixar escoar, deliberadamente, o prazo de validade do certame para, após, sem prorrogá-lo, abrir novo concurso com o fim de preencher as respectivas vagas, pois, a instauração de novo concurso

¹¹⁴ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7193372/agravo-de-instrumento-ai-777644-go-stf>. Acesso em 07 de fev.2017.

¹¹⁵ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848826/mandado-de-seguranca-ms-13575-df-2008-0108038-2/inteiro-teor-100538726>. Acesso em 07 de fev.2017.

¹¹⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo763.htm>. Acesso em 11 de jan.2017.

¹¹⁷MELLO, op. cit.,p. 283.

para preencher os mesmos cargos, demonstra a necessidade/interesse da Administração em provê-los.

Tem-se, além disso, que na jurisprudência (RE 581113)¹¹⁸ prevalece o entendimento de que a Administração não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos, por tratar-se de ato discricionário, sujeito ao juízo de oportunidade e conveniência. Porém, se novos cargos vêm a ser criados durante o prazo de validade do certame, é recomendável que se proceda à prorrogação.

Também entende-se que há direito subjetivo à nomeação quando, logo após o término de validade do concurso – compreende-se por 6 meses aproximadamente – e há a realização de novo certame para os mesmos cargos dos aprovados não convocados, configurando verdadeira tentativa de burlar a regra que determina o dever da Administração de preencher todas as vagas necessárias.

Isso posto, certo inferir que em casos específicos, como os acima exemplificados, o juiz é capaz de presumir a necessidade e o interesse da Administração no preenchimento de mais vagas, além daquelas previstas originalmente no edital, reconhecendo o direito subjetivo à nomeação e impondo, por via de consequência, a contratação do aprovado, sem qualquer ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.

No mais, também merece destaque a circunstância de que após a consolidação da tese de direito subjetivo à nomeação, outra controvérsia surgiu, tendo por base uma nova tendência da Administração de não mais prever em seus instrumentos convocatórios um número de vagas a serem preenchidas, burlando o novo entendimento e os princípios norteadores do concurso público e, mais uma vez, colocando a nomeação do candidato aprovado subordinada e orientada pela discricionariedade administrativa. Essa prática deu origem a uma enxurrada de demandas sobre o tema cadastro de reserva e o direito de nomeação, obrigando os tribunais buscarem alternativas para controlar as tentativas da Administração de burlar, por via transversa, o direito do candidato aprovado.

Uma das alternativas encontradas foi a de definir que o Poder Público tem o dever de nomear o primeiro colocado no concurso, ainda que não estabelecida qualquer vaga no edital, pois, não se mostra razoável abrir um concurso público para ao final não chamar nenhum aprovado, ou seja, se não havia vaga disponível, o concurso não seria necessário, o que afronta sobremaneira os princípios da razoabilidade e da legítima expectativa do candidato. Essa decisão, talvez, seja a principal indicação de possível guinada na jurisprudência para

¹¹⁸ Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/09/candidato-aprovado-fora-do-numero-de.html>. Acesso em 10 de jan.2017.

coibir a realização de concurso exclusivamente para cadastro de reserva, ou pelo menos minorar as violações ao direito de nomeação do candidato pela discricionariedade da Administração.

Nesse sentido também o informativo 495¹¹⁹, em que o STJ decidiu que há direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em primeiro lugar no certame, pois, embora não haja a indicação da quantidade de vagas no município, há a informação de necessidade de vaga para este, sendo presumível que ao menos uma vaga estaria disponível àquele. Em outras palavras, desde que haja a previsão de vaga entre as ofertadas, no cargo e localidade para a qual se inscreveu o candidato, é irrelevante que tenha sido divulgado apenas o quantitativo total das vagas existentes.

Outro precedente importante encontra-se no RE 581113/SC¹²⁰, em que o STF estabeleceu o dever de a Administração Pública preencher todas as vagas existentes no prazo de validade do concurso, convocando os candidatos aprovados, caso adote, no edital, o cadastro de reserva.

A Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação.

Na hipótese de haver novas vagas, prestes a serem preenchidas, e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso.

Diante das incongruências do cadastro de reserva face aos ditames e princípios que devem nortear o concurso público, verifica-se que a problemática atravessou o Poder Judiciário e alcançou o Poder Legislativo que, atento, vem buscando formas de solucionar a questão e evitar arbitrariedades da Administração, bem como tutelar o direito de nomeação daquele aprovado em concurso, ainda que em cadastro de reserva. Dessa forma, para tolher essa prática, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 369/2008¹²¹ de autoria do Senador Expedito Junior (PR – RO), que veda a realização de concurso público com a previsão exclusiva de cadastro reserva, trazendo assim, estabilidade/ segurança jurídica aos atos da Administração Pública, resguardando a legítima expectativa do candidato.

Da mesma forma, na Câmara, a PEC 483/2010, projeto de Emenda Constitucional de autoria do Deputado Gonzaga Patriota (PSB-PE), considerando o sem número de certames

¹¹⁹ Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/informativo-esquemalizado-495-stj.html>. Acesso em 10 de jan. 2017.

¹²⁰ Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734069/recurso-extraordinario-re-581113-sc>. Acesso em 10 de jan. 2017.

¹²¹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/87661>. Acesso em 06 de jan. 2017.

realizados país afora sem a ocorrência de uma nomeação sequer (ou apenas uma nomeação), propõe o fim dos concursos públicos para cadastro de reserva. Esta PEC pretende, portanto, mudar a redação do art.37, II da Constituição da República do Brasil¹²², passando a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 37: 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, vedada a realização de concurso público exclusivamente para a formação de cadastro de reserva.

De todo o exposto, diante do objetivo deste trabalho, parece possível concluir que, embora a jurisprudência, a doutrina e a legislação caminhem no sentido de barrar a abertura de concurso com o propósito único de cadastro de reserva, em boa hora virá a aprovação da PEC 483, tornando manifesta a inconstitucionalidade desse procedimento injusto, contrário, como procurou-se evidenciar, a todos os princípios constitucionais que devem nortear a conduta de todos e, muito especialmente, do Poder Público.

¹²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 de fev. 2017.

CONCLUSÃO

O tema concurso público e a natureza do direito de nomeação, se mera expectativa ou direito subjetivo do aprovado, representa o mais polêmico hoje em direito administrativo. Tal ocorre, pois a obrigatoriedade de concurso público, além de ser relativamente novo, ganhando efetividade após a Constituição Federal de 1988, envolve muitos interesses, com repercussão social.

O princípio do concurso público representa uma conquista democrática e moralizadora de acesso aos cargos e empregos públicos, que ganhou força com a maior importância conferida aos princípios constitucionais – neoconstitucionalismo – que trouxe um sistema de imposições constitucionais, bem como, de interpretação jurisprudencial e doutrinária, destinados a garantir a força normativa dos princípios.

Porém, se por um lado, de forma escurra evoluiu a doutrina constitucionalista, buscando o acesso meritocrático, universal e isonômico aos cargos públicos, na contramão caminhou a Administração que, como meio de burlar a regra do concurso, seja para troca de favores, seja com fins arrecadatórios, passou então a contratar pessoas não aprovadas em concurso público, por meio da terceirização ou contratação precária, ou mesmo, promovendo concursos exclusivamente para o preenchimento de cadastro de reserva, em que não se prevê um quantitativo de vagas, atribuindo discricionariedade na convocação ou não de candidatos aprovados.

Sendo certo que, na atual situação de crise política e econômica do país os concursos públicos se tornam ainda mais atrativos, em razão das boas remunerações e, principalmente, a estabilidade, urge a necessidade de se problematizar, debater e trazer soluções às famigeradas tentativas da Administração em tentar violar esta regra, com ênfase na abertura exclusiva de cadastro de reserva, discutindo-se a incompatibilidade entre o cadastro de reserva e os princípios inerentes ao tema.

O candidato, para garantir a aprovação, percorre verdadeira *via crúcis*, onde as pessoas testam seus limites e as renúncias são inevitáveis – abrem mão de uma vida social, destinando meses e até mesmo anos de preparação, sem falar de todos os recursos despendidos. A divulgação de abertura do certame pela Administração, portanto, tem impacto brutal na vida desses “concurseiros”, que alteram o curso de suas vidas em busca daquele sonho, mostrando-se a prática de abertura de concurso exclusivamente para cadastro mais um fator que agrava a sensação/sentimento de inseguranças e incertezas. Assim, os cadastros de

reservas mostram-se realmente temerários, trazendo verdadeiro desconforto aos candidatos, que vêm mitigado o seu direito subjetivo conquistado.

A Administração Pública, por sua vez, de encontro com a demanda social, tem utilizado os editais de concurso com o fito de não comprometer o ente administrativo às nomeações, ao não prever o número de vagas e muitas vezes, não nomeando sequer um candidato, frustrando as demandas futuras, seja por temerem complicações financeiras orçamentárias ou como meio de aferirem lucro, revelando-se em lúdimo absurdo jurídico, violando frontalmente a moralidade administrativa.

Diante desse cenário vislumbrou-se um exponencial crescimento de demandas junto ao judiciário, clamando que esse se posicione. Porém, o tema está longe de ser pacificado, ainda que se perceba uma mudança satisfativa em favor dos candidatos, atendendo ao interesse público.

Então, no decorrer da monografia pretendeu-se estabelecer um relevante panorama representativo, traçando os principais precedentes dos tribunais superiores e demonstrando que a análise vem ganhando contornos jurisprudenciais cada vez mais definidos, caminhando para reconhecer, de maneira mais abrangente, as hipóteses de direito subjetivo à nomeação dos aprovados fora do número de vagas, bem como a tendência em se reconhecer a inconstitucionalidade de abertura de concurso com previsão exclusivamente de cadastro de reserva, ainda que não consolidado.

Teve-se o cuidado de esclarecer que a inconstitucionalidade do instituto não se fundamenta em violação expressa a alguma norma constitucional, mas que contraria diretamente princípios constitucionais expressos e implícitos relativos à administração pública. Tratou-se de ressaltar, também, que além de inconstitucional, essa modalidade de concurso é também ilegal, pois, não tem previsão expressa legal e nem constitucional, e, diferente do princípio da legalidade para o particular – que pode fazer tudo que a lei não proíbe – o Administrador Público só pode fazer aquilo que a lei autoriza.

Portanto, ao se criar uma espécie de certame não previsto na lei ou na Constituição, a Administração excede sua competência originária, praticando abuso de poder e violação ao princípio da legalidade. E mais, em razão da lacuna legislativa, exige-se do administrador uma postura que se coaduna com os princípios constitucionais, mostrando-se sua não observância ainda mais grave que a violação a uma norma expressa. Ora, os princípios constitucionais, pós Constituição Federal de 1988, ganharam força coercitiva, deixando de ser meras orientações, definindo a lógica e racionalidade do sistema normativo como um todo,

dando sustentação ao ordenamento jurídico e servindo de norte para a interpretação das regras jurídicas, representando sua violação verdadeira insurgência contra todo o sistema.

Quando se prevê a abertura de cadastro de reserva, pode haver a violação ao princípio da moralidade administrativa, pois muitas vezes é um facilitador para a ocorrência de fraudes, fazendo dos certames, muitas vezes, grandes fontes de enriquecimento ilícito ou nomeando pessoas que não se submeteram à concurso, retrocedendo à época de nomeação daquele “amigo do rei”, servindo muitas vezes como cabide de empregos e troca de favores.

Evidencia-se, ainda, afronta à dignidade da pessoa humana, conjuntamente com o princípio da legítima expectativa do candidato, pois, inequívoco que, ao abrir um concurso, a administração passa para o candidato a ideia de que existem vagas a serem preenchidas, mostrando-se necessária a convocação dos aprovados, fazendo este mudar seu comportamento e se dedicar a tão sonhada vaga, para ao final, a Administração não convocar sequer um candidato, gerando desequilíbrio na sua esfera psicológica e patrimonial, em evidente contradição a sua postura inicial, institucionalizando a possibilidade de adoção do comportamento contraditório - *venire contra factum proprium* – sem respaldo do interesse público e afronta a segurança jurídica.

Nesse passo, defende-se que essa forma de concurso público – cadastro de reserva – é inconstitucional e ilegal, bem como não se coaduna com os princípios orientadores da Administração Pública, funcionando como fomento à indústria do concurso e ao enriquecimento ilícito da Administração, em desfavor do candidato, aprovando as mudanças na jurisprudência e na legislação com o fito de moralizar e pacificar o tema.

REFERÊNCIAS

A FEDERAÇÃO. Disponível em:

<http://missaodiplomatica.blogspot.com.br/2014/05/organizacao-do-estado-na-constituicao.html>. Acesso em 27 de fev. 2017

A FORMA. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/andressa%20farinon.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2017.

A REPÚBLICA. Disponível em: <http://paginadoenock.com.br/professor-naime-martins-cientistas-politicos-poderao-mostrar-as-inumeras-diferencas-entre-um-governo-e-outro-seus-feitos-e-fracassos-quanto-a-mim-apenas-um-palpiteiro-e-falador-me-permito-ver-um/>. Acesso em 27 de fev. 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo, VICENTE, Paulo. *Direito Administrativo descomplicado*. 24. ed. São Paulo: Metodo, 2016.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 04 de nov. 2015.

_____. Constituição do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 04 de out.2015.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 04 de out.2015.

_____. Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº80 de 2009. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_80a.pdf. Acesso em: 04 de nov. 2015.

_____. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 369/2008. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/87661>. Acesso em 06 de jan.2017.

_____. STF, RE598.099/MS. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re598099GM.pdf>. Acesso em 11 de jan.2017.

_____. STF. ADI 2.931-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp>
em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266957>. Acesso em 30 de dez.2016.

_____. STF. AI nº 777644/GO. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7193372/agravo-de-instrumento-ai-777644-go-stf>. Acesso em 07 de fev. 2017.

_____. STF. Enunciado nº. 346.

_____. STF. Enunciado nº. 473.

_____. STF. Informativo 177. Disponível em:
[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo177.htm#Concurso Público e Direito à Nomeação – 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo177.htm#Concurso%20P%C3%BAblico%20e%20Direito%20%C3%A0%20Nomea%C3%A7%C3%A3o%20-%201). Acesso em 29 de dez.2016.

_____. STF. Informativo 354. Disponível em:
<http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com.br/2008/12/informativo-stj-354-superior-tribunal.html>. Acesso em 28 de fev.2017.

_____. STF. Informativo 520. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0B4mQkJ-pSXwqNUZJLUFmMnUwNUE/edit>. Acesso em 28 de fev.2017.

_____. STF. Informativo 763. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo763.htm>. Acesso em 11 de jan.2017.

_____. STF. O direito à nomeação. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186382>. Acesso em 28 de fev.2017.

_____. STF. RE 227480/RJ. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718421/recurso-extraordinario-re-227480-rj>. Acesso em: 29 de dez.2016.

_____. STF. RE 581113/SC. Disponível em:
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734069/recurso-extraordinario-re-581113-sc>. Acesso em 05 de jan. 2016.

_____. STF. RE 598.099/MS. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re598099GM.pdf>. Acesso em 11 de jan.2017.

_____. STF. Súmula 15. Disponível em:
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/.asp?s1=15.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSúmulas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/.asp?s1=15.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseS%C3%BAmulas). Acesso em: 28 de dez.2016.

_____. STF. Súmula vinculante 13.

_____. STJ. Informativo 495. Disponível em:
<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/informativo-esquematizado-495-stj.html>. Acesso em 10 de jan.2017.

_____. STJ. Informativo 567. Disponível em:
www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270567%27. Acesso em 11 de jan.2017.

_____. STJ. Jurisprudência. Disponível em:
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23009977/mandado-de-seguranca-ms-18881-df-2012-0155345-3-stj/inteiro-teor-23009978>. Acesso em 11 de jan.2017.

_____. STJ. MS 13575/DF. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848826/mandado-de-seguranca-ms-13575-df-2008-0108038-2/inteiro-teor-100538726>. Acesso em 07 de fev.2017.

_____. STJ. RMS 27.389-PB. Disponível em:
www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270502%27&tipo=informativo. Acesso em 11 de jan.2017.

_____. STJ. RMS 32105/DF. Disponível em:
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15933067/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-32105-df-2010-0080959-0/inteiro-teor-17013276>. Acesso em 05 de jan.2017.

_____. STJ. RMS nº 37882-AC. Disponível em:
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23096958/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-38443-ac-2012-0133140-0-stj>. Acesso em 05 de jan.2017.

_____. STF. AI 850608. Relator: Celso de Mello. Disponível em:
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22872994/agravo-de-instrumento-ai-850608-rs-stf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível nº 1.422. Relato Sr. Desembargador Seabra Fagundes. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789/9778>. Acesso em 27 de fev. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil de 1891. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 04 out.2015.

_____.STJ. RMS 26.507/RJ. Disponível em:
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935759/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-26507-rj-2008-0052991-1/inteiro-teor-12763881>. Acesso em 20 de dez.2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf>. Acesso em: 28 de fev. 2017.

Conceito de igualdade. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos>. Acesso em 28 de fev. 2017.

COUTO e SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos*: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado. Instituto de Direito Público da Bahia. Salvador, nº. 2, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em 16 out.2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. 2.ed. José Bushatsky. São Paulo.

_____, José. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DANTAS JR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

EXPECTATIVA DE DIREITO. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14463720>. Acesso em: 28 de dez. 2016.

FINALIDADE. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf.andressa%20>. Acesso em 28 de fev. 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro. Forense. 2000.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ILUMINISMO. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Iluminismo>. Acesso em 27 de fev. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIBERALISMO. Disponível em: <http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2011>. Acesso em 27 de fev. 2017.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Medeiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Cristina Andrade. *Direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas: análise da evolução jurisprudencial desde o Enunciado n. 15 da Súmula do STF*. Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, v. 6, n. 1-2, jan./dez. 2009.

MERITOCRACIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Meritocracia>. Acesso em 27 de fev. 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

O DIREITO SUBJETIVO. Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/direito-subjetivo/>. Acesso em 28 de fev. 2017.

O MOTIVO. Disponível em: <http://siaibi01.univali.br/pdf/andressa%20>. Acesso em: 28 de fev. 2017.

O OBJETO. Disponível em: <http://siaibi01.univali.br/pdf/andressa%20>. Acesso em 28 de fev. 2017.

O PRESIDENCIALISMO. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Presidencialismo>. Acesso em 27 de fev. 2017.

Pacta sunt servanda. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Pacta_sunt_servanda. Acesso em 28 de fev. 2017.

PINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. Disponível em: <http://cidadaniaedemocracia.wordpress.com/2009>. Acesso em 02 de out. 2015.

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22438/as-diferencas-entre-os-principios-da-razoabilidade-e-da-proporcionalidade-e-sua-correta-aplicacao-em-nosso-ordenamento-juridico/2>. Acesso em: 31 set.2015.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

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

SANTOS, Alvacir Correa dos. *Princípio da eficiência da Administração Pública*. São Paulo: Ltr, 2003.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. *Servidores Públicos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

SILVA, de PLACIDO E. *Vocabulário Jurídico*. 3.ed. Rio de Janeiro. Forense. 1991.

SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUSA, Éder. *Concurso Público Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.