

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O CONCURSO PÚBLICO COMO MEIO DE SELEÇÃO DE PESSOAL
PARA O PREENCHIMENTO DE CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

CAROLINE LUIZE ALVES PEREIRA ROCHA

RIO DE JANEIRO

2008

CAROLINE LUIZE ALVES PEREIRA ROCHA

O CONCURSO PÚBLICO COMO MEIO DE SELEÇÃO DE PESSOAL
PARA O PREENCHIMENTO DE CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Atilio Gorini

RIO DE JANEIRO

2008

Rocha, Caroline Luize Alves Pereira.

O concurso público como meio de seleção de pessoal para o preenchimento de cargos ou empregos públicos da Administração Pública/ Caroline Luize Alves Pereira Rocha. – 2008.

87 f.

Orientador: Atílio Gorini

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 75-76.

1. Concurso Público - Monografias. 2. Servidores Públicos. 3. Direito Administrativo. I. Gorini, Atílio. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341. 33312

CAROLINE LUIZE ALVES PEREIRA ROCHA

**O CONCURSO PÚBLICO COMO MEIO DE SELEÇÃO DE PESSOAL PARA O
PREENCHIMENTO DE CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Atílio Gorini – Orientador

2º Examinador

3º Examinador

À minha bisavó, por sempre me incentivar e me apoiar, e principalmente pela sua bravura de superar os desafios e dificuldades da vida até o seu último suspiro.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, a DEUS por todo amor e força a mim dedicados para sempre superar os desafios dessa vida.

Agradeço também a minha mãe e ao Fabio, que sempre me apoiaram e me incentivaram a continuar mesmo com as dificuldades diárias.

Aos meus amigos, por todos os bons momentos convividos e, acima de tudo, pelo companheirismo, concedidos nos momentos mais difíceis e complicados de minha jornada.

A todos que de alguma maneira contribuíram para mais essa vitória na minha vida, ofereço a minha gratidão e desejo o mesmo que fora desejado a mim.

RESUMO

ROCHA, C. L. A. P. O concurso público como meio de contratação de pessoal pela Administração Pública. 2008. 87 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho busca demonstrar a importância que o instituto do concurso público possui tanto no âmbito administrativo, refletindo no âmbito social. Da mesma forma busca mostrar os elementos norteadores e mais importantes que abrangem e/ou complementam o instituto, incluindo os parâmetros constitucionais e de normas infra-constitucionais. Por fim traz as modalidades de provimento a cargo público, definitivo ou não, que não são abrangidos pela necessidade da realização do concurso público.

Palavras-Chave: Concurso Público; Art. 37 da CF/88; Formas de provimento a cargo ou emprego público; Contratação Temporária; Cargo em Comissão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ELEMENTOS JURÍDICOS DO CONCURSO PÚBLICO	14
2.1 Conceito de concurso público	14
2.2 Fontes do concurso público	14
2.2.1 <u>Constituição Federal de 1988</u>	15
2.2.2 <u>Princípios gerais</u>	16
2.2.3 <u>Lei geral reguladora do concurso público</u>	16
2.2.3.1 <i>Necessidade da criação desta lei e o Projeto de lei nº 252/2003</i>	17
2.2.4 <u>Lei específica do concurso público – o edital de cada concurso</u>	17
2.3 Natureza jurídica do concurso público	18
2.3.1 <u>Breve comparação com o instituto da Licitação (Lei nº 8.666/93)</u>	18
2.3.2 <u>Espécie de processo administrativo</u>	20
2.3.3 <u>Breve distinção entre concurso público e processo seletivo</u>	20
2.4 Objeto do concurso público	21
2.4.1 <u>Preenchimento de cargo ou emprego público</u>	22
2.4.1.1 <i>Conceito de cargo público</i>	22
2.4.1.2 <i>Conceito de emprego público</i>	24
3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA GERAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	25
3.1 Evolução do critério utilizado para ingressar no serviço público	25
3.1.1 <u>Sorteio</u>	25
3.1.2 <u>Compra e Venda</u>	26
3.1.3 <u>Sucessão Hereditária</u>	27
3.1.4 <u>Arrendamento</u>	27
3.1.5 <u>Livre Nomeação Absoluta e Livre Nomeação Relativa</u>	27
3.1.6 <u>Eleição</u>	28
3.1.7 <u>Concurso Público</u>	29
3.2 Evolução Constitucional do concurso público no ordenamento jurídico 30	
3.2.1 <u>Quadro elucidativo da evolução das constituições brasileiras desde a Constituição do Império de 1824 até a Constituição atual, de 1988</u>	30
3.2.1.1 <i>Constituição Política Do Império Do Brazil (De 25 De Março De 1824)</i>	31

3.2.1.2 <i>Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 12 De Fevereiro De 1891)</i>	31
3.2.1.3 <i>Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 16 De Julho De 1934)</i>	32
3.2.1.4 <i>Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 10 De Novembro De 1937)</i>	33
3.2.1.5 <i>Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (De 18 De Setembro De 1946)</i>	33
3.2.1.6 <i>Constituição da República Federativa do Brasil de 1967</i>	35
3.2.1.6.1 Emenda Constitucional Nº 1, De 17 De Outubro De 1969	36
3.2.1.7 <i>Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988</i>	37
3.2.2 <u>Conclusões a respeito do quadro evolutivo</u>	38
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS BASILADORES O CONCURSO PÚBLICO	41
4.1 Princípios – Comentários Gerais	41
4.1.1 <u>Definição de princípio</u>	41
4.1.2 <u>Abrangência e aplicação dos princípios gerais do Direito</u>	43
4.1.3 <u>Comentários da relação entre princípios e normas</u>	43
4.2 Princípios Constitucionais e Administrativos que norteiam a Administração Pública	45
4.2.1 <u>Princípios expressos no caput do art. 37 da CF/88</u>	45
4.2.1.1 <i>Princípio da legalidade</i>	46
4.2.1.2 <i>Princípio da impessoalidade</i>	48
4.2.1.3 <i>Princípio da moralidade</i>	49
4.2.1.4 <i>Princípio da publicidade</i>	50
4.2.1.5 <i>Princípio da eficiência</i>	51
4.3 Princípios Gerais e Específicos do Concurso Público	53
4.3.1 <u>Princípios Gerais</u>	53
4.3.1.1 <i>Princípio da igualdade</i>	53
4.3.1.2 <i>Princípio da publicidade</i>	54
4.3.2 <u>Princípios Específicos</u>	55
4.3.2.1 <i>Princípio da obrigatoriedade</i>	55
4.3.2.2 <i>Princípio da razoabilidade</i>	56
4.3.2.3 <i>Princípio da competitividade</i>	58

4.3.2.4 <i>Princípio da instrumentalidade</i>	58
4.3.2.5 <i>Princípio da seletividade</i>	59
4.3.2.6 <i>Princípio da vinculação ao edital</i>	60
4.3.2.7 <i>Princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação</i>	61
5 A IMPORTÂNCIA DO CONCURSO PÚBLICO E MODALIDADES DA SUA NÃO OBRIGATORIEDADE	63
5.1 A importância do concurso público e a proteção constitucional	63
5.2 Modalidades que não exigem concurso público	63
5.2.1 <u>Contratação temporária</u>	64
5.2.2.1 <i>Previsão constitucional (art. 37, IX)</i>	64
5.2.2.2 <i>Previsão de lei específica – lei n. 8.745/93</i>	65
5.2.2 <u>Cargos em comissão</u>	69
5.2.3 <u>Aproveitamento no serviço público de ex-combatente de guerra</u>	70
5.2.4 <u>Cargos vitalícios</u>	71
6 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	75
ANEXO A.....	77

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de estudo o instituto do concurso público como meio democrático para ocupação de cargo público ou de serviço público em qualquer das esferas da Administração pública, isto é, tanto na Administração Pública direta quanto na Administração Pública indireta.

Assim, a presente monografia, pretende realizar um estudo elaborado do instituto do Concurso Público no Brasil, buscando falar das melhorias e os problemas que a sua implementação trouxe para a Administração Pública.

A abordagem a ser realizada será aquela com relação a evolução dos meios utilizados desde a Antiguidade para ocupação de cargo público, bem como a evolução do instituto dentro no ordenamento jurídico brasileiro. Falaremos dos elementos constituidores do instituto, tais como: o conceito de concurso público; natureza jurídica do concurso público, objetivos do concurso público, bem como as fontes basiladoras e reguladoras desse instituto.

Em especial faremos uma abordagem um pouco mais profunda com relação aos princípios em geral, e principalmente os específicos que regulam o instituto do concurso público. Isso ocorre, pois, devido a falta de norma geral que basile e regule o referido instituto, acreditamos que os princípios sejam sua principal fonte, juntamente com a Carta Magna de 1988.

Não é nosso objetivo neste trabalho abordarmos as fases ou meios de aplicação que a Administração Pública propõe através das bancas examinadoras e realizadoras do concurso público específico, aos candidatos, como por exemplo os tipos de provas aplicadas; se serão discursivas e/ou objetivas; taxa de inscrição; requisitos e formalização da inscrição no concurso; os tipos de prova de conhecimento e/ou provas físicas.

Bem como, não falaremos profundamente do reflexo social que o instituto do concurso público trouxe desde a sua obrigatoriedade prevista na Constituição Federal de 1988. Isso ocorre, pois, o objetivo do trabalho é destacar a importância do instituto no meio acadêmico e administrativo, e não no meio social.

O instituto do concurso público quando utilizado pela Administração Pública busca satisfazer diversos objetivos dentre eles estão: satisfazer sua carência de pessoal, enquanto que ao mesmo tempo seleciona os mais bem preparados para a realização das atividades carecedoras. Conforme o art. 37, II da Constituição Federal, a investidura em cargo ou emprego público é condicionada à aprovação em todas as etapas do respectivo concurso público, para qual se pleiteia o cargo.

Por outro lado, apresentaremos exceções que a própria Constituição Federal dá a não necessidade da observância da obrigatoriedade da realização do concurso público, como os cargos em comissão, os contratados por tempo determinado, conhecidos como os funcionários temporários.

Sabe-se que os cargos em comissão é uma exceção à regra da necessidade da realização do concurso público, pois para este tipo de investidura, o funcionário é de livre nomeação da Administração Pública, não necessitando, assim, de prévia avaliação em concurso de provas ou de provas e títulos para ocupação do cargo em específico. Todavia o funcionário que possui cargo em comissão não possui as mesmas prerrogativas e garantias que o servidor ou funcionário público concursado detém.

Quanto os comissionados referidos no art. 37, V da CRFB, que trata das funções de confiança, exclusivas dos servidores de cargo efetivo e dos cargos em comissão preenchidos por servidores de carreira não serão abordados neste trabalho, isso porque, na nossa opinião este inciso já se refere aos candidatos aprovados em concurso e que já tomaram posse de seu cargo ou emprego público.

Os funcionários que são contratados, pela Administração Pública, por tempo determinado com o objetivo de atender a uma necessidade temporária e excepcional da própria Administração também serão abordados, no tocante ao tipo de contratação, nessa monografia, como ora mencionado, com o intuito de verificarmos, se essa exceção prevista na Carta Magna esta sendo observada nos casos previstos na Lei nº 8.745/93, de âmbito federal, ou se realmente segue os preceitos que o inciso IX do art. 37 da CF/88 define.

Com relação a contratação temporária chamamos a tenção ao fato de só a esfera federal ter norma reguladora desta exceção, enquanto que na esferal estadual e

municipal, não há qualquer lei, porém isso não impede que estes entem utilizem o instituto da contratação temporária, inclusive nas áreas da saúde e da educação.

Em vista de tudo que ora foi mencionado, é certo que para exercer função pública na Administração Pública não necessita o cidadão ser integrado, obrigatoriamente através de concurso público, como ocorre com as exceções mencionadas, bem como em outros casos, como por exemplo nas relações de estágio.

Enfim, o objetivo primordial da presente dissertação é abranger da maneira mais didática e simples possível, o que juridicamente representa o instituto do concurso público para a Administração Pública.

2 ELEMENTOS JURÍDICOS DO CONCURSO PÚBLICO

2.1 Conceito de concurso público

José dos Santos Carvalho Filho, define Concurso Público como “o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e empregos públicos”.

Já Hely Lopes Meireles conceitua o instituto como:

"O meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF".¹

Como atualmente não há lei geral que discipline o instituto do concurso público, e infelizmente a Constituição Federal de 1988 não conceitua o instituto, fica um pouco falho termos um conceito legal do que vem a ser o concurso público.

Desta forma, compreendemos que, simplificadamente, o conceito de concurso público seria uma sucessão ordenada de atos administrativos ou não tendentes à realização de um objetivo final da Administração Pública, qual seja, a seleção e o recrutamento de pessoas potencialmente capacitadas para assumir cargos ou empregos públicos.

2.2 Fontes do concurso público

Atualmente o que regula genericamente o instituto do concurso público é somente a Constituição Federal, especificamente o art. 37. Infelizmente não há qualquer lei que regule o instituto em estudo, ficando a cargo do STJ e STF preencher as possíveis lacunas que vierem a surgir com relação ao instituto. Desta forma, fica claro que a

¹ Hely Lopes Meireles, Direito Administrativo Brasileiro, 25, ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 471.

jurisprudência é uma fonte importante para compreendermos a aplicação e dimensão do instituto.

Como exemplo da relevância jurisprudencial destacamos a Súmula 685 do STF, na qual relata:

“SÚMULA 685: É INCONSTITUCIONAL TODA MODALIDADE DE PROVIMENTO QUE PROPICIE AO SERVIDOR INVESTIR-SE, SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DESTINADO AO SEU PROVIMENTO, EM CARGO QUE NÃO INTEGRA A CARREIRA NA QUAL ANTERIORMENTE INVESTIDO”.

Tal fato é altamente nocivo à própria Administração Pública, uma vez que o poder discricionário dos seus agentes será amplo demais, a ponto de comprometer o próprio concurso através da não observância dos princípios fundamentais presentes no art. 37, caput da Constituição Federal.

Frente a tal situação é que urge a necessidade da criação de uma lei que regule os pontos principais que todo e qualquer concurso público deve se pautar. A necessidade que destacamos é aquela relacionada a estrutura mínima que toda banca examinadora deverá seguir para realizar um concurso válido perante a lei.

2.2.1 Constituição Federal de 1988

Como antes mencionado, a Constituição Federal de 1988 constitui fonte normativa primária do instituto e conseqüentemente torna-se a principal base dos contornos jurídicos do mesmo.

A previsão constitucional referente ao concurso público encontra-se expressamente prevista no art. 37, II da CF de 1988, em *verbis*:

“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;” (grifo nosso)

Concluimos desta maneira que para realização de um concurso público os únicos preceitos a serem seguidos deverão ser só os que a Constituição prevê, ou seja, o

concurso público deverá somente se ater aos princípios constitucionais presentes no caput do art. 37, que são: os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Todavia, apenas a observância de tais princípios em alguns casos não será suficiente para que o concurso público alcance o seu objetivo principal, ou se o alcançar, possivelmente o concurso poderá estar viciado pela má ou incompleta observância de tais princípios constitucionais

2.2.2 Princípios Gerais

Os princípios são, sem qualquer divergência, a fonte base dos concursos públicos que atualmente são realizados em nosso país. Em vista de tamanha importância que possuem, os mesmos serão tratados no capítulo 3 desta monografia.

2.2.3 Lei geral reguladora do concurso público

Como supra mencionado o instituto em estudo carece de lei geral que o regulamente. Ficando desta forma, discricionária a maneira pela qual a banca organizadora irá aplicar de fato os princípios constitucionais ora mencionados.

Por não ter uma lei que delimite o que compulsoriamente precisa ter ou não em um edital, torna-se abusivo o poder discricionário que a Administração Pública delega às bancas organizadoras. Desta forma quem escolhe o que irá ou não compor um edital é a banca organizadora. Ficando o candidato obrigado a seguir tais normas, mesmo sabendo que algumas não são relacionadas as atribuições do cargo pretendido e que são claramente dispostas para dificultar a aprovação de um grupo de candidatos, beneficiando outro grupo em particular, à semelhança do que muitas vezes ocorre nas licitações.

Isso, sem dúvida alguma, traz grandes problemas para a Administração, uma vez que se houver algum vício ou falha na elaboração ou aplicação do concurso, o mesmo

poderá ser anulado em juízo, e por necessidade da Administração, deverá a banca realizar outro, prolongando mais do que o necessário a carência de servidores no quadro funcional da estrutura administrativa.

2.2.3.1 *Necessidade da criação desta lei e o Projeto de lei nº 252/2003*

Uma vez que está claro, que não há lei geral que discipline tal instituto, a criação de uma torna-se algo imprescindível para a Administração pública. Devido a essa ausência é que propõe-se, atualmente, a aprovação do Projeto de lei nº 252/2003.

Tal projeto de lei datado de 2003, até o presente momento não foi votado pelo Senado. Sabemos que o Senado possui prioridades em sua pauta, porém já se passaram mais de quatro anos e essa demora só traz prejuízos tanto pra Administração Pública, como também para os atuais e futuros candidatos.

O referido projeto prevê mudanças significativas e construtivas para o melhor aproveitamento do instituto. Inclusive traz previsões legais quanto obscuridade que atualmente existem, como por exemplo no caso de publicações, recursos, previsão de cronograma, da realização das provas subjetivas, orais, práticas.

Não podemos afirmar que o projeto é ou não perfeito, porém podemos acreditar que sua existência e aplicação será muito proveitosa tanto para a Administração Pública quanto para os candidatos.

2.2.2 Lei específica do concurso público – o edital de cada concurso público

Deixamos explícito que não havendo lei geral para regular o instituto em estudo, caberá a cada banca organizadora cumprir esta tarefa através dos editais.

Por entendermos ser uma espécie de processo administrativo, é certo todo procedimento administrativo concorrencial ter um edital, um instrumento pelo qual a Administração Pública leva ao conhecimento da coletividade (princípio da publicidade e da moralidade) a abertura do concurso público e fixa as condições de sua realização

Celso Antônio Bandeira de Mello define o edital do concurso público como sendo:

“Um ato administrativo geral e concreto. Geral, porque o edital se dirige à coletividade; e concreto, porque ele se esgota em uma única aplicação, vale dizer, que o edital exaure-se uma vez (que for) aplicado e encerrado o concurso público que constitui seu objeto”.²

Popularmente diz-se que o edital de cada concurso é como se sua lei fosse, isto é, o que regulará cada concurso público será o edital criado e fornecido pela respectiva banca organizadora. Devido a essa realidade é que muitas vezes, concursos para os mesmos órgãos, porém em Estados diferentes e realizados por bancas diferentes, possuem tantas discrepâncias na redação do respectivo edital.

2.3 Natureza jurídica do concurso público

Há na doutrina, atualmente, dois entendimentos sobre a natureza jurídica do concurso público: alguns entendem que seria um tipo de licitação voltado para seleção de pessoas, ao invés de materiais, como ocorre com a licitação já outros acreditam que o concurso público é uma espécie de processo administrativo.

Destacamos dentro deste subtítulo a diferença, se ela existir, entre concurso público e processo seletivo. Isso porque há doutrinadores que entendem que o processo seletivo seria uma espécie de concurso público, e outros sustentam que o processo seletivo é um processo autônomo já que é utilizado para seleção de empregados públicos.

2.3.1 Breve comparação com o instituto da Licitação (Lei nº 8.666/93)

Celso Antônio Bandeira de Mello define o instituto da licitação como sendo:

“um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a

² Celso Antonio Bandeira de Mello Curso de Direito Administrativo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 p. 245

proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”.³

Enquanto que José dos Santos Carvalho Filho, conceitua-o nessas palavras:

“é um procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico”.⁴

O objetivo da licitação encontra-se no art. 3º da Lei nº 8.666/93, em *verbis*:

“Art. 3º **A licitação destina-se** a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e **a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração** e será processada e julgada **em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa**, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.⁵ (grifo nosso)

Partindo-se deste conceito, concluímos que o concurso público assemelha-se à licitação, pois ambos institutos possuem dupla função, que são: de proporcionar à Administração Pública a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso, tanto com relação a obtenção de mercadorias, como na seleção de pessoal, e o de assegurar aos interessados, tanto licitantes como candidatos, a oportunidade de concorrerem em pé de igualdade à contratação pretendida pela Administração Pública.

Da mesma maneira que se configura a ilicitude da licitação e a sua dispensa irregular na seara dos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário público, clarifica-se a idéia de que a ilicitude na organização ou realização do concurso público e a dispensa indevida do mesmo poderão também, analogicamente, causar lesão ao erário.

Uma vez que o prejuízo para a Administração pública, no caso do concurso público, não é somente econômico, mas também social e moral. Isso ocorre, pois com a prolongação desnecessária na seleção de novos servidores, quem virá a ter desconfortos são, principalmente, os usuários daquele órgão que está em déficit

³ Carvalho, José dos Santos Filho. Manual de Direito Administrativo, 15ª ed, Rio de Janeiro, 2006, p. 514

⁴ Op. cit. p. 224

⁵ Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, art. 3º

funcional, e posteriormente a Administração Pública ao ver que seu serviço não está sendo potencialmente bem prestado por falta de pessoal.

2.3.2 Espécie de processo administrativo

Como o próprio conceito de concurso público menciona, este seria uma espécie de processo administrativo, que tem por fim selecionar os melhores candidatos para serem investidos nos cargos ou empregos públicos vacantes.

Conforme nos ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, entende-se por processo administrativo como sendo: “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”.⁶

Maria Sylvia Zanella di Pietro entende que há quatro tipos de processo administrativo, mas o que nos cabe no momento, ela conceitua como:

“sendo um instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, fica documentado em um processo, por consequência o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, como informações, pareceres, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração”.⁷

2.3.3 Breve distinção entre concurso público e processo seletivo

Alguns doutrinadores entendem que há diferenças entre concurso público e processo seletivo. Eles acreditam que concurso público é um processo genérico, enquanto que o processo seletivo seria uma espécie, mas somente para ser utilizada na seleção de candidatos para cargos ou empregos que não sejam efetivos.

Tal posicionamento possui fundamento no art. 3º da lei nº 8.745 de 9 de dezembro de 1993, que traz a seguinte redação:

“Art. 3º O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante **processo seletivo simplificado** sujeito a ampla

⁶ Maria Sylvia Zanella di Pietro. Direito Administrativo, 22ª ed, São Paulo, Atlas, 2008, p. 477

⁷ Op. cit., p 578.

divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público.”⁸

Infelizmente, na própria lei não há definição do que venha a ser um processo seletivo. Desta forma não há qualquer regra a ser seguida pelas bancas examinadoras, ficando uma lacuna legal com relação a um ponto fundamental.

Outro problema que surge da falta de definição, é a forma como será realizado esse processo seletivo. O poder discricionário é muito elevado nesse sentido, visto que, se não há obrigatoriedade de um concurso, o processo seletivo poderá estar altamente susceptível a fraude.

Quanto a possíveis burlas ao concurso público serão tratadas no capítulo 4 desta monografia.

2.4 Objeto do concurso público

O principal objeto do concurso público está implícito no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, qual seja, preencher os cargos ou empregos públicos que estejam vacantes.

O objeto do concurso público se divide em dois, como nos ensina Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz:

“O objeto material do concurso público (coisa sobre a qual recai o ato) são os cargos e os empregos públicos vagos em que haja necessidade de seu imediato provimento; seu objeto jurídico (efeito jurídico imediato do ato) é o preenchimento de tais lugares vagos na estrutura administrativa por pessoas previamente classificadas e selecionadas por intermédio de realização de provas ou provas e títulos, atendo-se, rigorosamente, à ordem de classificação dos candidatos, fazendo nascer um vínculo jurídico de natureza funcional (cargo público) ou trabalhista (emprego público) entre o cidadão e o Poder Público”.⁹

Desta forma resta-nos elucidar os pontos básicos do objeto principal do instituto em pauta.

⁸ Lei nº 8.745 de 9 de dezembro de 1993, art. 3º

⁹ Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, o Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional, ed. Saraiva, 2007.

2.4.1 Preenchimento de cargo ou emprego público

É de conhecimento notório que o principal objetivo da Administração Pública quando realiza um concurso público é proporcionar o preenchimento de cargos e/ou empregos públicos que estejam vagos em seu quadro funcional.

Neste ponto abordaremos os pontos relevantes sobre cargo público e emprego público.

A mudança introduzida pela Emenda nº 19 criou a seguinte distinção conceitual entre cargo público e emprego público: os *servidores estatutários* ocupam *cargos públicos*, regidos pelos respectivos regulamentos, da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios; enquanto que os *empregados públicos* ocupam *empregos públicos*, subordinados às normas da CLT, e são contratados por prazo indeterminado para exercício de funções na administração direta, autárquica e fundacional.

Nas pessoas de Direito Público, que compreende a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e em suas Administrações indiretas encontramos a presença tanto de servidores titulares de cargos públicos como de ocupantes de empregos públicos. Todavia nas pessoas de Direito Privado da Administração indireta só encontraremos servidores que ocupam empregos públicos.

Desta forma fica claro que nas Empresas Públicas, nas Sociedades de Economia Mista e nas Fundações governamentais de Direito privado não haverá em seus respectivos quadros funcionais servidores de cargos públicos, somente servidores ocupantes de empregos públicos.

2.4.1.1 *Conceito de cargo público*

Entende-se por cargo público como sendo o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por um servidor público, tem funções específicas e remuneração fixada em lei ou diploma equivalente a ela.

O art 3º da lei nº 8.112/90 define cargo público como sendo: “um conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.

Cabe ressaltar que não é entendimento unânime que o conceito fornecido pelo referido artigo seja perfeito, muito pelo contrário, muitos doutrinadores acreditam que esse conceito é falho porque entendem que o cargo não é um conjunto de atribuições, mas sim um lugar dentro da organização.

Os cargos públicos dividem-se em: cargos vitalícios, cargos efetivos e cargos em comissão.

Os *cargos vitalícios* são os que oferecem mais garantia de permanência no cargo, uma vez que só por via judicial o titular poderá perdê-lo. Isso ocorre devido ao fato da vitaliciedade configurar-se como uma prerrogativa, inclusive prevista constitucionalmente para esse tipo de cargo aos seus titulares, com o intuito de permanecer neutra a atuação desses agentes. Ou seja, a vitaliciedade de alguns cargos existe para garantir que os agentes não serão influenciados em suas decisões com base na possível perda ou não de seus cargos. Isso se justifica para tentar manter a imparcialidade dos agentes.

Os *cargos vitalícios* possuem um rol taxativo previsto na Constituição Federal que são: art. 95, I (cargos de Magistrado); art.73, § 3º (cargos de Ministros do Tribunal de Contas) e art. 128, § 5º, I, “a” (cargos para os Membros do Ministério Público).

Compreende-se como *cargo efetivo* aquele o qual reveste-se de fixidez, ou seja, que possuem caráter definitivo. Desta forma é certo que o servidor ocupante de cargo efetivo possui segurança e estabilidade com relação ao seu cargo como previsto do art.41, § 1º, da CF, no qual menciona que só haverá perda do cargo efetivo depois de adquirir-se a estabilidade, e havendo sentença judicial ou processo administrativo com ampla defesa ao servidor.

A maioria dos cargos públicos que a Administração pública possui são cargos efetivos, e para ocupá-los é necessário que o servidor tenha prestado concurso público de provas ou de provas e títulos, como prevê a constituição federal em seu art. 37.

Quanto ao cargo em comissão trata-se de cargo transitório, não possuindo qualquer estabilidade ou segurança que os outros cargos apresentados possuem. Em

especial trataremos deste tipo de cargo em capítulo próprio, quando tratarmos dos casos que desobrigam a necessidade de aplicação do concurso público.

2.4.1.2 *Conceito de emprego público*

A expressão de emprego público é empregada quando quer-se mostrar a relação funcional trabalhista, ou seja, quando o ocupante do emprego público é regulado pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT-, e não por um regime jurídico próprio como ocorre com os servidores de cargo público, que na esfera federal, por exemplo é regulado pela Lei nº 8.112/90.

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello entende-se por emprego público como sendo:

“núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como prevê a Lei nº 9.962, de 22.2.2000”.¹⁰

Acrescenta que se o emprego for permanente na Administração Pública Direta ou em autarquia, estes só poderão ser criados mediante lei, conforme preceitua o art. 61, § 1º, II, “a”, da Lei nº 9.962/00.

Em virtude de serem regidos por um contrato trabalhista, os empregados públicos gozam, em princípio, de uma menor estabilidade funcional do que os servidores estatutários, mas isso não impede que este empregado venha a ter uma segurança analógica que o estatutário possui. Visualizamos de maneira mais simples quando pensamos no caso da Petrobrás, que possui em seu quadro funcional empregados públicos, mas que nem por isso eles não possuem estabilidade funcional, como se fossem servidores públicos.

¹⁰ Op. cit 322

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA GERAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Evolução do critério utilizado para ingressar no serviço público

Neste capítulo abordaremos o conceito e natureza jurídica do concurso público, bem como a sua origem, sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro e as fontes que o sustentam.

A busca pelo critério que mais perfeito fosse para o recrutamento dos cidadãos para ocuparem os cargos e empregos públicos advem desde a Antiguidade. O concurso público não foi o primeiro meio utilizado para aferir a capacidade ou merecimento do cidadão para ocupar certo cargo da Administração Pública, muito pelo contrário.

José Cretella Junior nos ensina que existiram outros meios, sem dúvida menos eficazes que o atual, porém muito interessantes e que naquele momento histórico surtiu o efeito desejado, ou seja, selecionar de alguma forma os cidadãos que ocupariam cargos públicos, e assim representar da melhor maneira a Administração Pública perante a sociedade.

Dentre os meios mencionados pelo referido autor abordaremos o sorteio, a compra e venda, a sucessão hereditária, o arrendamento, a eleição, o sistema de livre nomeação e por último o atual sistema utilizado em nosso país que vem a ser o concurso público.

3.1.1 Sorteio

O primeiro meio utilizado foi o **sorteio**. Esse processo foi inicialmente difundido na Antiguidade clássica, principalmente entre os gregos, os quais utilizavam-no com o propósito político, ou seja, o sorteio era feito para decidir quem iria ocupar certo cargo político. Era realizado desta maneira, pois acreditava-se que esse processo resultava de inspiração divina, isto é, a escolha não era feita por um simples mortal, mas sim por

um ente superior a eles e que detinha maior conhecimento, e portanto sabia quem seria o mais qualificado para ocupar certo cargo. Por ser utilizado com o intuito de preencher cargos políticos, e não para cargos comuns o seu uso era restrito.

O sorteio poderia ser **puro e simples**, ou seja, era aplicado a uma pluralidade de pessoas sem qualquer possível tipo de distinção que pudesse existir, ou **condicionado**, ou seja, dentro da pluralidade um grupo de pessoas preenchiam certas condições necessárias para poderem concorrerem aos cargos públicos oferecidos.

Salientamos que esse método possuía qualidades bem como defeitos. Como qualidade, podemos destacar a situação em que: existindo diversas pessoas com a mesma qualificação e motivação em um número restrito de vagas, o sorteio seria uma forma não discriminatória de escolher quem iria preenchê-las.

Paradoxalmente, esta qualidade também representa seu pior defeito pois, ao delegar a pura sorte a escolha de um candidato à vaga, tal método corria sempre o risco de escolher um candidato de capacidade inferior e descartar um outro, mais bem preparado.

3.1.2 Compra e Venda

O segundo meio utilizado foi a **compra e venda**. Esse processo foi implantado na França durante o reinado de Carlos VII e tornou-se definitivo face a criação do escritório de vendas eventuais em 1529. Tal atitude era considerada comum que, em 1604, foi instituído um imposto sobre esta transação, como forma de obter receita fiscal para financiar a política absolutista mercantilista.

Isso mostra-nos que o cargo público durante a Idade Média e durante o absolutismo era mero objeto de valor econômico, tratado como um item à venda sem qualquer tipo de preocupação pela Administração Pública da época por seu real fim.

Concluimos, desta forma, que através desse meio, os cargos públicos ficavam concentrados nas mãos dos mais ricos, uma vez que era praticado entre particulares sem qualquer interferência do Estado, e que conseqüentemente isso provavelmente

comprometeu a eficiência dos serviços públicos da época.

3.1.3 Sucessão Hereditária

O terceiro meio utilizado foi a **sucessão hereditária**. Esse processo, bem como o anterior, foi implementado durante a Idade Média, porém a diferença, em termos de eficiência, em relação a compra e venda era bem pequena, uma vez que quando o dono de certo cargo público morria cabia aos seus herdeiros a manutenção do mesmo ou uma nova venda do mesmo.

Esse sistema foi muito inconveniente para o sucessor, já que o antecessor tinha o cargo por gosto e não por legado como ocorria com o sucessor. Desta forma, muitos delegavam seus ofícios a terceiros, podendo esses serem meros representantes ou até mesmo substitutos do sucessor. Com essa delegação é certo que o substituto ou representante não teria o mesmo cuidado e moral que o sucessor porventura poderia ter, e conseqüentemente a prestação do serviço público da época ficaria comprometido diante de total descaso destes agentes da Administração Pública.

3.1.4 Arrendamento

O quarto meio utilizado foi o **arrendamento**. Esse sistema assemelha-se em muito com a compra e venda, pois era feita uma “cessão” em troca de uma prestação pecuniária. O que diferenciava-o da compra e venda é que neste um dos pólos encontra-se o Estado e no outro pólo está o particular enquanto que naquele o particular encontrava-se nos dois pólos da relação.

A finalidade de ambos os sistemas é a mesma, ou seja, passar para um particular a administração de um cargo público em troca de uma contraprestação pecuniária.

3.1.5 Livre Nomeação Absoluta e Livre Nomeação Relativa

Pelo primeiro tipo, o de livre nomeação, a designação era feita unicamente por uma autoridade sem qualquer interferência de outro Poder, ou seja, certa autoridade escolhia quem seria o designado a ocupar determinado cargo público, e qualquer outra autoridade ou Poder Público não poderia interferir nessa decisão.

Pelo segundo tipo, a livre nomeação relativa, ao contrário da primeira, consistia em ser um ato complexo, no qual a indicação de determinada pessoa para ocupar específico cargo público dependia de previa aceitação ou pelo menos não recusa de outro Poder, ou seja, nessa modalidade a indicação de certo Poder deveria submeter-se ao crivo de avaliação e aprovação de outro Poder.

Concluimos que, de certa forma, a partir da livre nomeação relativa já começa a existir uma forma, mesmo que primitiva, de fiscalização em relação a quem vai ocupar determinados cargos públicos.

3.1.6 Eleição

O sexto meio utilizado foi a **eleição**. Essa sexta modalidade não deve ser confundida com a eleição que ocorre atualmente para escolha dos parlamentares e de Chefes do Poder Executivo.

Tal modalidade surgiu nos tempos da Revolução Francesa, devido ao seu próprio propósito de “igualar as camadas sociais” da França através de seu conhecido lema – Igualdade, Fraternidade e Liberdade. Através dessa revolução buscou-se, entre tantas coisas, a moralização do serviço público, face aos abusos sociais e econômicos decorrentes dos sistemas absurdos utilizados desde a Idade Média, como por exemplo a venda e a herança.

A referida modalidade veio com o objetivo de corrigir tais absurdos que foram mantidos por tanto tempo, em detrimento de uma boa prestação do serviço público, simplesmente para a satisfação monetária e social da realeza.

Certos de que para o momento esta era a melhor opção e que seria o sistema mais ajustado às teorias da soberania popular, os revolucionários implantaram-no na França e com o decorrer dos anos foi sendo adotado pelo resto do Mundo.

Em vista disso, é certo falarmos que tal modalidade foi tão bem aceita em algumas sociedades que até hoje os Estados Unidos da América (EUA) utilizam o sufrágio como modalidade para provimento na maioria dos cargos, inclusive nos judicantes. Todavia tal sistema vem sofrendo algumas restrições quanto a sua aplicação, como é o caso da Magistratura e da Justiça Federal americana.

3.1.7 Concurso Público

A sétima modalidade é o **concurso público**. Essa modalidade de seleção que desenvolveu-se a partir da época Napoleônica e está presente entre nós até hoje, foi implantada na França através de muitas lutas, e com o intuito de substituir os antigos sistemas que eram além de falhos, susceptíveis de beneficiamento próprio em detrimento da Administração Pública e do próprio administrado.

Essa modalidade, em virtude da atualidade, e principalmente pelo atual momento social-econômico do país, tende a cada vez mais se generalizar e tornar-se um processo padrão de recrutamento.

Certo é que nenhuma sistema é perfeito pois precisa ser gerenciado por seres humanos, herdando, desta forma, vicissitudes e defeitos desses. No entanto, os pontos positivos são capazes de compensar pelos negativos justificando assim a continuidade de sua implementação pela Administração Pública.

Em virtude deste aspecto destacamos o posicionamento de Cretella Júnior, que leciona no sentido de que:

“Embora se diga que o concurso não é isento de falhas insanáveis, afastando as maiores capacidades que, por modéstia ou timidez, não pretendem arriscar a reputação de que gozam perante comissões nem sempre unanimemente idôneas, tendo sido, por isso mesmo, repellido pelas antigas legislações da Inglaterra e da Alemanha, que no entanto, por outros processos levaram às cátedras nomes famosos, como Kant e Ihering, embora também se diga que alguns candidatos, por acaso, podem ser beneficiados com matéria que justamente mais conheçam, não obstante se diga também que os mais brilhantes possam impressionar melhor nas provas públicas, o que ninguém pode negar é que, de todos os *modos* de seleção, é o único que tem o grande mérito de arredar *in limine* os absolutamente incapazes, o único que procede

de acordo com princípios informativos de índole científica”.¹¹

Assim sendo, compartilhamos do mesmo entendimento do mestre: atualmente o concurso público é o meio mais eficaz para a seleção e recrutamento de agentes públicos (servidores ou empregados públicos), e o menos inconveniente se comparado com as demais modalidades apresentadas.

Graças ao concurso público e a observância de seus princípios basilares, a ocupação de cargo público não depende de um sistema aleatório como acontece com o sorteio, ou é passado através de uma sucessão hereditária como se fosse um bem móvel ou imóvel, e tão pouco pode ser feita através de uma contraprestação pecuniária, seja ela ao Estado ou a outro particular, como acontecia nas modalidades do arrendamento e da compra e venda respectivamente.

3.2 Evolução Constitucional do concurso público no ordenamento jurídico

Muitos candidatos e até mesmos estudantes de direito acreditam que o instituto do concurso público foi “criado” apenas com a Carta Magna de 1988, porém isso, felizmente, não é verdade.

Como será analisado adiante, desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que foi implementado em nosso país o instituto do concurso público, e tal instituto permanece em nossa Constituição, inclusive sendo um princípio constitucional especial.

A evolução constitucional que mostraremos neste trabalho, possui como objetivo principal de informar como a nossa sociedade foi absorvendo a idéia de que teria que possuir um meio democrático e razoável na seleção dos servidores públicos.

3.2.1 Quadro elucidativo da evolução das constituições brasileiras desde a Constituição do Império de 1824 até a Constituição atual, de 1988

¹¹ (Op. Cit., p. 357)

Neste tópico apresentaremos as Constituições Brasileiras no tocante a admissão ao cargo público. Juntamente realizaremos breves comentários a respeito das mesmas, ou seja, analisaremos seus pontos mais relevante, como por exemplo, se havia ou não a exigência de concurso público; se era só por análise discricionária.

3.2.1.1 *Constituição Política Do Império Do Brazil (De 25 De Março De 1824)*

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.”

A partir da leitura deste artigo concluímos que na época do Império, uma pessoa para ocupar um cargo público civil ou militar, bastava somente ter talentos e virtudes, já que, as únicas “diferenças” a serem observadas para concorrer ao cargos são as de ser possuidor de talentos e virtudes.

Infelizmente não há definição constitucional do que seria “talentos” e “virtudes”, ficando desse modo a livre nomeação do Imperador ou a quem delegasse tal função, de quem ocuparia ou não um cargo público.

A referida livre nomeação se assemelha ao que atualmente encontramos nos cargos em comissão e funções de confiança, que posteriormente serão analisados com mais atenção.

3.2.1.2 *Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 12 De Fevereiro De 1891)*

“Art 73. Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.”(grifo nosso)

Este artigo assemelha-se muito ao anterior quanto ao provimento ser com relação a cargos públicos civis e militares, porém neste artigo não fala-se em “talentos” e “virtudes”, mas sim em “condições de capacidade especial” e que deverá ser definida em lei própria.

Nesse caso observamos uma pequena evolução com relação a forma discricionária que o cargo era ocupado, ou seja, apesar que ser vaga e precária a expressão *condições de capacidade especial*, o legislador buscou um meio para delimitar essa discricionariedade, através de posterior lei que definisse o que vem a ser *condições de capacidade especial*.

3.2.1.3 *Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 16 De Julho De 1934)*

“TÍTULO VII

Dos Funcionários Públicos

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

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

(...)

Art 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

(...)

2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos;

(...)

Art 172 - É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.

(...)

§ 3º - É facultado o exercício cumulativo e remunerado de comissão temporária ou de confiança, decorrente do próprio cargo.”(grifo nosso)

Observamos que, a partir desta constituição, os funcionários públicos possuem um capítulo próprio, e juntamente com ele surge a previsão constitucional da aplicação

do concurso de provas. Inclusive após leitura do art. 169 verificamos que a estabilidade para os nomeados em virtude de concurso já possui previsão explícita.

Outra mudança favorável é em relação ao provimento originário, ou seja, há previsão constitucional de que a forma originária para ocupar cargo público será aquela proveniente de concurso de provas ou títulos e exame de sanidade.

Outro ponto relevante é o § 3º do art. 172, no qual faz referência ao cargo de comissão temporária ou função de confiança, mas que seja decorrentes do próprio cargo, isto é, essa duas espécies eram decorrentes do próprio cargo, mesmo que fossem selecionados de forma discricionária, porém elas não eram forma originária para ocupar cargo público.

3.2.1.4 *Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 10 De Novembro De 1937)*

“DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS

Art 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

(...)

b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;” (grifo nosso)

Na Constituição de 1937 observamos que o legislador manteve o texto da constituição anterior, a respeito do concurso público, ou seja, a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos.

O legislador manteve a obrigatoriedade do concurso para a primeira investidura em cargos de carreira, desta leitura concluímos por exclusão que os cargos que não fossem de carreira poderiam ser preenchidos por livre conveniência da Administração Pública.

3.2.1.5 *Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (De 18 De Setembro De 1946)*

“Da Justiça dos Estados

Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

(...)

III - o ingresso na magistratura vitalícia, dependerá de **concurso de provas**, (...);

TÍTULO VIII

Dos Funcionários Públicos

Art 184 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer.

(...)

Art 186 - A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.

(...)

Art 188 - São estáveis:

I - depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;

II - depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.” (grifo nosso)

A partir da Constituição de 1946 destacamos a previsão legal de concurso de provas, e não de provas ou títulos, para o ingresso na magistratura vitalícia, ou seja, aquele que quisesse ocupar o cargo de magistrado, durante a vigência da constituição de 1946, deveria realizar um concurso de provas. Aqui não fala-se em títulos, algo muito valioso, visto que a apreciação de títulos era e ainda é algo muito discricionário, dando margem a possíveis injustiças.

Quanto a investidura em cargos de carreira, e em outros que porventura a lei determine a obrigatoriedade, deverá ser realizado concurso. A lei não explicita se o concurso será só de provas ou de títulos, mas pela evidente manutenção da redação das Constituições anteriores, nos arriscamos a palpar que o concurso seria de provas ou de títulos.

Observamos que essa Constituição prevê a estabilidade de funcionários efetivos nomeados sem a realização de concurso público. Apesar de ter q ter mais anos de serviço do que um funcionário que realizou concurso público, ainda continua sendo algo imoral para a Administração Pública, uma vez que aqueles que realizam concurso são na maioria das vezes os apadrinhados do governo.

3.2.1.6 Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967

“Dos Funcionários Públicos

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.

§ 3º - Serão providos somente por brasileiros natos os cargos da carreira de Diplomata, os de Embaixador e outros previstos nesta Constituição.

Art 99 - São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.” (grifo nosso)

Somente a partir da Constituição de 1967, foi que o concurso público tornou-se obrigatório para o provimento de *todos* os cargos públicos, que estivessem indicados na legislação, excetuando-se os cargos em comissão, conforme o art. 95 e §§.

A partir dessa Constituição tornou-se obrigatório o concurso de provas, já que o concurso deveria ser de provas ou provas e títulos. Fica claro que só os títulos já não poderiam prover cargo público a qualquer pessoa. Quem quisesse ocupar certo cargo deveria primeiramente ser aprovado em um prova.

Mesmo que não explícito, com esta nova redação o concurso tornou-se um meio nivelador dos candidatos aos cargos, possibilitando uma concorrência mais justa. Ao menos a partir desse momentos todos os candidatos seriam, em um primeiro momento, avaliados de uma mesma maneira, reduzindo as chances de ter possíveis burlas, ou até mesmo possíveis fraudes ao concurso.

Devido a obrigatoriedade de um concurso de provas, o concurso só de títulos deixou de ter função, ficando a segundo plano quando o concurso fosse de provas e títulos. A exclusão de um concurso só de títulos foi um avanço moral para a Administração Pública, uma vez que a aplicação de tal concurso não avaliava se certo candidato tinha qualificação e aptidão para ocupar certo cargo, apenas avaliava papéis de maneira discricionária e possivelmente arbitrária.

3.2.1.6.1 Emenda Constitucional Nº 1, De 17 De Outubro De 1969

“Seção VIII

Dos Funcionários Públicos

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º **A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos**, salvo os casos indicados em lei.

§ 2º **Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.**

(...)

§ 5º É vedado ao vereador, no âmbito da administração pública direta ou indireta municipal, ocupar cargo em comissão ou aceitar, salvo concurso público, emprego ou função. (Incluído pela emenda Constitucional nº 6, de 1976)

(...)

§ 2º Os Tribunais federais e estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais **somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas, ou provas e títulos**, após a criação dos cargos respectivos, por lei aprovada pela maioria absoluta dos membros das casas legislativas competentes.

(...)

Art. 109. Lei federal, de iniciativa exclusiva dos Presidente da República, respeitado o disposto no artigo 97 e seu § 1º e no § 2º do artigo 108, definirá:

(...)

II - a forma e as condições de provimento dos cargos públicos;” (grifo nosso)

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 manteve parcialmente a redação da Constituição de 1967, ou seja, para a primeira investidura em cargo público necessitará de aprovação em **concurso público de provas e títulos**, tornando obrigatória a análise de títulos.

Antes o concurso poderia ser só de provas, porém a partir da EC nº 1 além da prova, o candidato deveria a apresentar títulos para concorrer ao cargo.

Infelizmente, com essa redação houve um retrocesso, uma vez que condicionava ter títulos para poder ter acesso a um cargo público. O que antes fora possibilitado a qualquer pessoa, não era mais possível, uma vez que nem todos possuíam títulos.

2.2.1.7 Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988

“CAPÍTULO VII
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Seção I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Felizmente com a atual Constituição o concurso público poderá ser de provas ou de provas e títulos, retornando a obrigatoriedade da realização de uma prova por todos os candidatos. E conseqüentemente a não obrigatoriedade de apreciação só de títulos, como ocorria na Constituição anterior.

Após algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do sentido e alcance do artigo transcrito, o Superior Tribunal Federal assentou a tese de que é incompatível com a atual sistemática constitucional o instituto da ascensão funcional, isto é, a partir da CF de 1988 o concurso público será aplicado não somente para a primeira investidura, mas como também para as investiduras que antes eram feitas por ascensão funcional, que seria uma espécie de promoção, se fizéssemos uma analogia com a esfera trabalhista.

Então a aplicação do concurso público não é só para a primeira investidura, mas sim para qualquer investidura ao cargo pública, ou seja, se uma pessoa ocupa o cargo X e quiser o cargo Y, deverá realizar outro concurso pública, sendo ele de provas ou de provas ou títulos, conforme a previsão do edital.

O entendimento de Alexandre de Moraes, conforme está previsto na CF de 1988, define o concurso público como sendo algo:

“imposto às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive, as hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas dos iniciais, que, quando desacompanhada da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele (servidor) legitimamente admitido”.¹²

Assim sendo, sob o bojo da atual Constituição, não há mais como ocupar cargo ou emprego público com efetividade e posterior estabilidade sem previa aprovação em concurso público.

Certamente essa previsão constitucional é uma vitória para os princípios da moralidade e da impessoalidade que regulam tanto a Administração Pública quanto para o próprio instituto em estudo.

3.2.2 Conclusões a respeito do quadro evolutivo

A partir da análise do quadro acima concluímos que no início o método utilizado para provimento em cargo público era o da livre nomeação e de exoneração, feito por uma autoridade ou para quem delegasse poder para tal. Nesse momento o meio utilizado pela Administração Pública assemelha-se à livre nomeação absoluta, uma vez que era feita pelo Imperador e este politicamente e administrativamente confundia-se com a própria vontade do Estado.

Em seguida, apesar de continuar sendo de livre nomeação, essa tornou-se relativa a partir do momento que a discricionariedade da escolha é norteadada por lei infra constitucional que definiria o que viria a ser *condições de capacidade especial*;

A nossa terceira Constituição apresenta avanços significativos, uma vez que traz em sua redação a previsão de realização de concurso de provas ou títulos para primeira investidura em cargo público. Infelizmente, é sabido que, um concurso só de títulos é algo muito subjetivo, ficando exclusivamente a cargo do examinador estabelecer quem tem as devidas qualidades ou não.

¹² Reforma administrativa, 3 ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 45.

Nessa constituição já há previsão de estabilidade para o agente público com mais de dois anos de concurso público e de efetivos dez anos de trabalho junto a Administração Pública. Visualizamos que nesse período o agente público que permanecesse nos quadros funcionais da Administração Pública tinha uma certa premiação pela sua dedicação, já que naquela época, não era tão disputado um cargo público como atualmente.

A Constituição de 1937 não trouxe grandes mudanças, inclusive manteve o texto da constituição anterior, apenas retirando a obrigatoriedade do exame de sanidade.

A Constituição de 1946 traz previsão de concurso, não só para os cargos públicos em geral, mas também há necessidade de concurso de provas para os cargos da magistratura.

Nesta constituição, observamos o retorno da obrigatoriedade, da inspeção de saúde, ou seja, um exame pelo qual irá averiguar-se se o candidato estaria fisicamente e mentalmente apto a exercer as funções públicas.

A Constituição de 1967 com modificações trazidas pela EC nº 1 de 1969, em relação ao provimento de cargos públicos, é a primeira a ter explícito em seu texto a previsão compulsória de realização de concurso de provas ou de provas e títulos para a investidura no cargo.

Porém a EC nº 1 modifica essa redação, dizendo que a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos.

A Constituição de 1967 traz uma previsão moralmente benéfica para a Administração Pública, uma vez que prevê explicitamente em seu texto que ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público. Assim sendo, é notório que aquele que ocupasse qualquer cargo na Administração Pública que não fosse investido através de concurso público não adquiriria estabilidade e nem seria efetivado para posterior estabilidade.

Em ambas as Constituições (de 1967 e 1969) trazem em seus textos a previsão de que prescindirá de concurso público a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração, ou seja, para os cargos em comissão e os de livre nomeação o curso público não é obrigatório.

A Constituição de 1988 trouxe grandes mudanças, como por exemplo, a previsão dos princípios que irão regular a Administração Pública e conseqüentemente o instituto em estudo. A manutenção de que todos os brasileiros (natos ou naturalizados) podem concorrer a um cargo público, bem como a inovação trazida pela EC nº 19 de 1998, que possibilita aos estrangeiros a concorrerem a cargos públicos que não sejam exclusivos de brasileiros.

A Constituição manteve a obrigatoriedade de realização de concurso público para investidura em cargos ou empregos públicos, porém dispensou o mesmo nos casos de nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Destacamos que, embora não explícito, nos casos de contratação temporária também não há obrigatoriedade da realização de concurso público.¹³ Inclusive alguns doutrinadores comentam que nesses casos há realização de processo seletivo, porém não há regulamentação de como o mesmo deva ser realizado, ficando, desta forma, a critério do organizador estabelecê-la.

A falta de regulamentação não é apenas do concurso público, haja vista que as nomeações para cargo em comissão e as funções de confiança também não possuem qualquer regulamentação específica.

Apesar da omissão legislativas, que existe devido a falta de lei ordinária para a devida regulamentação do instituto do concurso público, temos que aceitar que a atual Constituição tenta mesmo, que de maneira precária, regular todo o instituto.

¹³ Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS BASILADORES O CONCURSO PÚBLICO

4.1 Princípios – Comentários Gerais

Neste capítulo abordaremos os princípios que regem tanto a administração pública como o concurso público, bem como aqueles que especificamente norteiam o instituto do concurso público que encontram-se ou não presentes em nossa Constituição Federal.

Realizando dessa forma uma abordagem geral da importância e influência que os princípios constitucionais, bem como os administrativos, possuem na existência e realização de um edital, e conseqüentemente do concurso público como um todo.

4.1.1 Definição de princípio

Primeiramente cabe-nos explicar o que vem a ser um princípio, o que ele representa no ordenamento jurídico e como ele se aplica no instituto em destaque.

Conforme o conceito encontrado no dicionário Aurélio compreende-se como princípio sendo: **“Princípio, 8.m. Momento em que alguma coisa tem origem; origem; começo; causa primária”**

Quanto aos princípios jurídicos, caracterizam-se por serem os pilares, as bases do ordenamento jurídico em vigor, ou seja, são eles que norteiam e basilam no geral o que deve ser observado e seguido num ordenamento jurídico.

Eles traçam as orientações, as diretrizes que devem ser seguidas por todo o Direito. A estrutura do Direito é corolário de tal forma dos princípios jurídicos, que

difícilmente pode-se dissertar doutrinariamente sobre qualquer tema decorrente desta ciência, sem que haja uma série de princípios a serem citados.

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”¹⁴

O doutrinador complementa a importância do princípio nesta passagem:

“Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.¹⁵

Registre-se, ainda, o seguinte entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho, fundamental para podermos sustentar a eficácia dos princípios que se encontram em estado de latência no sistema jurídico positivo.

Os princípios constitucionais fornecem sempre diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais. E, mais, os princípios beneficiam de (1) uma objetividade e presencionalidade normativa que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular (por ex., não era pelo fato de CRP em 1976 não ter consagrado o princípio do Estado de Direito que ele deixava de ter presença normativa e valor constitucional, dado que ele podia deduzir-se de vários preceitos constitucionais); (2) os princípios carecem de uma mediação semântica mais intensa, dada a sua idoneidade normativa irradiante ser, em geral, acompanhada por uma menor densidade concretizadora (por ex.: o princípio democrático pode ser esgrimido com o princípio de interpretação,

¹⁴ Op. Cit., p. 545

¹⁵ Op. Cit., p. 546

mas, em geral, ele está concretizado em outras normas da Constituição).¹⁶

4.1.2 Abrangência e aplicação dos princípios gerais do Direito

A importância dos princípios no Direito se verifica em duas fases: na elaboração das leis e na aplicação do Direito, ou seja, quando não há lei que regule genérica ou especificamente certo assunto aplicam-se os princípios, preenchendo-se dessa forma as lacunas existentes.

Desta forma observamos que a aplicação direta dos princípios no Direito é subsidiária, isto é, a aplicação pura dos princípios só ocorrerá quando não houver lei específica ou genérica (analogia) tratando do assunto específico. Por ser algo genérico, os princípios, em uma ordem cronológica, são utilizados por último

Por outro lado a aplicação indireta dos princípios no Direito sempre vai ocorrer, visto que os princípios são os pilares para a criação tanto de normas escritas como dos costumes, isto é, para que haja norma é necessário que ela se baseie em princípios. Desta maneira concluímos que os princípios são a base da grande árvore jurídica que atualmente existe e que sempre existiu.

4.1.3 Comentários da relação entre princípios e normas

A relação entre princípio e norma são duas: a relevância do princípio para a criação da norma e a função auxiliadora da aplicação do princípio na ausência ou na precariedade da norma.

¹⁶ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1983, p. 199-200.

Segundo Reale, “a validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento).”¹⁷

E continua o ilustre autor: “O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio juris*.”¹⁸

Na consecução do valor ou fim objetivado pela norma, algum princípio será obrigatoriamente observado, ou então, seria impossível dotar de qualquer valor tal norma.

Assim, na primeira relação observamos a íntima ligação entre norma e princípio, e assim, atrevemo-nos a dizer que sem a existência de princípio norteador no momento de sua criação, a norma perde sua validade ética, seu fundamento, caindo assim em desuso e perdendo também sua validade social, permanecendo apenas a sua validade formal, sua vigência.

Concluimos que atualmente existe a norma-princípio, bem como parte da doutrina, isso se deve ao fato de que há certos princípios, especificamente os constitucionais, dos quais a observância é tão necessária e obrigatória que chegam a serem considerados como normas.

Na segunda relação observamos que se não há lei (específica) ou se caso haja, ela seja precária (genérica, com aplicação da analogia), deveremos inevitavelmente aplicar os princípios que norteiem o assunto abordado. Isso se deve ao fato de que nada ficará alheio a aplicação do Direito. Com isso concluímos que mesmo que não haja lei, o Direito apreciará, de uma forma mais rudimentar, o assunto que por ventura clamar por essa apreciação.

¹⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 26ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2002, p. 105.

¹⁸ Op. cit., p. 115.

4.2 Princípios Constitucionais e Administrativos que norteiam a Administração Pública

Neste ponto abordaremos os princípios em comumente estão presentes na Constituição Federal de 1988, em especial aqueles expressamente previstos no caput do art. 37, bem como os princípios administrativos que basilar a Administração Pública no tocante ao instituto em pauta, ou seja, o concurso público.

4.2.1 Princípios expressos no caput do art. 37 da CF/88

A nossa Constituição de 1988 observando a importância que a Administração Pública possui como um todo, lhe reservou um capítulo próprio. Esse capítulo constitui-se pelas Disposições Gerais; Servidores Públicos; Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e Das Regiões. Mais especificamente ficaremos atrelados ao primeiro ponto, ou seja, as Disposições Gerais, especificamente no art. 37, em seu caput e incisos.

O art. 37 da Carta Magna orienta-nos que tanto a Administração Direta como a Indireta deverão observar permanentemente e obrigatoriamente os princípios ali expressos, que são: **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.**

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.¹⁹ (Grifo Nosso).

Conseqüentemente, concluímos que a Administração Pública será desejável e eficiente com a observância desses princípios quando da realização dos atos

¹⁹ Constituição Federal de 1988, art. 37.

administrativos, ou seja, a Administração Pública alcançará a plenitude do seu objetivo quando realizar seus atos embasados nos princípios mencionados.

Desta forma é certo dizer que os princípios administrativos são fundamentos de validade da ação administrativa, ou seja, os princípios administrativos - constitucionais são os pilares da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.

4.2.1.1 *Princípio da legalidade*

A legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Para Carvalho Filho o princípio da legalidade:

“(…) é com certeza a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada ou prevista em lei, caso contrário a atividade será considerada ilícita e estará comprometida, cabendo inclusive a anulação do ato que a deu origem”.²⁰

Acrescentando que:

“(…) na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conhecer a atividade administrativa diante parâmetros já instituídos pela atividade

²⁰ Op. cit., p. 16.

legisferante. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”.²¹

Para Helly Lopes Meirelles, o princípio da legalidade se insere na Administração Pública de forma que: “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”.²²

As leis aplicáveis no âmbito administrativo são normalmente, de ordem pública, e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros poderes-dever, indelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei impõe-lhes. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador, sem ofensa ao bem-comum, que é o supremo e único objetivo da administração.

Além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, que tanto atende às exigências da lei, como se conforma com os preceitos da instituição pública.

Para corroborar o entendimento que a Administração deve seguir o que está na lei, o STF sumulou o entendimento de que o provimento a cargo ou emprego público deverá ser feito mediante aprovação em concurso público, através das súmulas números 17 e 685, *in verbis*:

“Súmula do STF nº 17: A nomeação de funcionário sem concurso pode ser desfeita antes da posse”.²³

²¹ Op. cit., p. 16-17.

²² Op. cit., p. 86.

²³ http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100 Visualizado no dia 23 de maio de 2008.

“Súmula do STF nº 685: **É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público** destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.²⁴ (Grifo Nosso).

4.2.1.2 *Princípio da impessoalidade*

O princípio da impessoalidade, nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Carvalho Filho, ensina-nos que o objetivo desse princípio vem a ser:

“(...) a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros”.²⁵

Aquilo que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração Pública, visando unicamente satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade.

Desta forma, concluímos que o princípio da impessoalidade encontra-se atrelado ao princípio da moralidade, uma vez que privilegiar uns em detrimento de outros somente para satisfazer interesses pessoais, seria, algo extremamente imoral. E por conseguinte algo que deveria ser de imediato abolido pela Administração Pública.

²⁴ http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700 Visualizado no dia 23 de maio de 2008.

²⁵ Op. cit., p. 17.

4.2.1.3 *Princípio da moralidade*

A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *non omne quod licet honestum est*.

Zanella Di Pietro, a respeito do princípio da moralidade ensina que:

“sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa”.²⁶

Em consonância com o princípio da moralidade, Bandeira de Mello leciona que: “A Administração Pública e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípio éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita (sic) a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica”.²⁷

Complementa seu raciocínio dizendo que é evidente os princípios da lealdade e de boa-fé fazem parte do seu âmbito. Deste raciocínio, explica-nos que:

“Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”.²⁸

²⁶ Op. cit., p. 70.

²⁷ Op. cit., p. 119.

²⁸ Op. cit., p. 119-120.

Em contra partida esclarece-nos que:

“não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que esse será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria”.²⁹

Por estes ensinamentos, concluímos que o princípio da moralidade não deve ser analisado isoladamente, mas sim com a observância, também, dos princípios da legalidade, da lealdade e da boa-fé, mesmo que alguns destes não estejam previstos juridicamente.

4.2.1.4 *Princípio da publicidade*

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. É o dever administrativo de manter plena transparência dos comportamentos da Administração Pública.

Bandeira de Mello leciona que:

“Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamentos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.³⁰

Em decorrência desse princípio é que as leis, atos e contratos administrativos, que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

²⁹ Op. cit., p. 120.

³⁰ Op. cit., p. 114.

Zanella De Pietro leciona que, “O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei”.³¹

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar os seus efeitos externos, visa propiciar o seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral.

Helly Lopes ensina-nos que: “publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige”.³²

Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, por que pública é a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais, ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos do Decreto federal 79.099, de 6.1.1977.

4.2.1.5 *Princípio da eficiência*

Este princípio foi inserido no art. 37 da CF/88 através da EC nº 19/98, que tinha como objetivo tornar de observância compulsória, pela Administração Pública, uma prestação de serviço de qualidade. Porém como observa Alexandre de Moraes, o princípio da eficiência já existia expressamente em outras Constituições, como por exemplo na Constituição da Espanha (art.103), das Filipinas (art. IX, B, Seção 3), do Suriname (art. 122) e de Cuba (art. 66, c).³³

³¹ Op. cit., p. 66.

³² Op. cit., p. 88.

³³ Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora ATLAS, 2008, p. 235.

Maria Sylvia Zanella di Pietro salienta que o princípio da eficiência não se sobrepõe ao da legalidade, mas está nivelado a ele e aos demais que norteiam a Administração Pública. Desta forma, observamos que o princípio da eficiência sempre virá acompanhado do princípio da legalidade.

Comungamos do pensamento de Carvalho Filho quanto a esse ponto, quando leciona que: “Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores”.³⁴

Assim sendo, com esta mudança a Administração Pública fica obrigada a não só prestar um serviço, mas que esta prestação seja boa e razoável do ponto de vista do administrado.

Com relação ao alcance do princípio da eficiência, Carvalho Filho complementa seu pensamento relatando que:

“Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas”.³⁵

Diante de todo o exposto, concluímos que, com relação ao instituto em estudo, o princípio da eficiência deve ser diretamente relacionado ao órgão público prestador ou à banca examinadora que irá realizar o concurso público. Isso deve-se ao fato que serão eles, os organizadores, e como tais serão os responsáveis pela prestação do serviço de realizarem o concurso público.

4.3 Princípios Gerais e Específicos do Concurso Público

³⁴ Op. cit., p. 22.

³⁵ Op. cit., p.23.

O instituto do concurso público possui princípios que o regulam expressamente, como os analisados no caput do art. 37 da CF, bem como os implícitos que advêm do desdobramento dos princípios expressos.

Os princípios implícitos se dividem em gerais e específicos, ou seja, todo processo administrativo deve ser pautado nos princípios da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa. Enquanto que os princípios específicos que dizem respeito só ao concurso público, deve observar os princípios da obrigatoriedade, da razoabilidade, da competitividade, da instrumentalidade, da seletividade, da vinculação ao edital e da proibição da quebra de classificação.

4.3.1 Princípios Gerais

Quanto aos princípios gerais, abordaremos aqueles que podem ser aplicados a qualquer tipo de processo administrativo, mas sendo relativos ao instituto do concurso público.

4.3.1.1 *Princípio da igualdade*

Muitos doutrinadores entendem que a realização do concurso público é uma das formas de concreção do princípio da igualdade, este que tem sua previsão como cláusula pétrea, através do caput do art. 5 da CF/88 e seus incisos.

Visto que o concurso público é um processo de concorrência, este deverá assegurar, através da aplicação do princípio da igualdade, a isonomia entre os candidatos em todas as fases do concurso.

O princípio também deverá ser observado pela banca examinadora no momento da criação do edital do concurso, uma vez que o princípio da igualdade caminha juntamente com o princípio da legalidade.

Na Administração Pública, o princípio da igualdade se concretizará, na maioria das vezes, não por si só, mas através da aplicação de outros princípios, como os princípios da seletividade, da competitividade, que serão analisados mais adiantes.

A observância ao princípio da igualdade deve ser feita sob qualquer prisma, principalmente, quando houver exceções previstas em lei, como por exemplo no caso de um percentual das vagas serem reservadas aos candidatos portadores de deficiência; ou quando a própria natureza do cargo ou emprego público exija, que só um determinado grupo participe, como no caso de concurso público para os quadros da policia civil ou para o cargo de agente carcerário.

Nestes casos devemos compreender a aplicação do princípio da igualdade de maneira *stricto senso*, isto é, devemos observar se naquele grupo específico o princípio está sendo aplicado. Como exemplo deste pensamento trazemos ao estudo, o entendimento sumulado do STF, com relação à aplicação do princípio da igualdade, *in verbis*:

“Súmula do STF nº 683: O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, xxx, da constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.³⁶

Desta forma, induzimos que o princípio da igualdade lato senso refere-se ao concurso público como um todo, durante o percurso de todas as suas fases até a conclusão de seu objetivo.

4.3.1.2 *Princípio da publicidade*

Como antes mencionado, publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. É o dever administrativo de manter plena transparência dos comportamentos da Administração Pública.

Em vista de tal conceito, o princípio da publicidade deve ser observado sem qualquer exceção, preservando suas exceções previstas em lei, isso porque todos os atos devem ser públicos e de conhecimento da coletividade.

³⁶ http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700 Visualizado no dia 23 de maio de 2008.

Isso, pois, a coletividade é a maior beneficiada dos atos praticados pela Administração Pública, uma vez que a finalidade dos atos praticados é o interesse público.

4.3.2 Princípios Específicos

Os princípios específicos são aqueles que norteiam especificamente um instituto, porém não significa que não poderão ser aplicados em outros institutos semelhantes.

No caso do instituto em estudo, não há na lei ou na doutrina indicação de quais sejam os seus princípios específicos, todavia, todo edital como o instituto num todo devem observar os princípios da obrigatoriedade, da razoabilidade, da competitividade, da instrumentalidade, da seletividade, da vinculação ao edital e por fim da proibição da quebra de classificação.

Desta maneira, quando a Administração Pública ou a quem delega o poder de realizar o concurso público observam os princípios mencionados, certamente não haverá chance de ser maculado por qualquer tipo de vício.

4.3.2.1 *Princípio da obrigatoriedade*

O princípio da obrigatoriedade é observado a partir da leitura do art. 37, II da Constituição Federal, ou seja, a obrigatoriedade é com relação a realização do concurso público.

As hipóteses para não realização do concurso público devem estar previstas na Constituição Federal ou em lei específica.

A Constituição Federal informa as hipóteses de dispensa do concurso público, que são: contratação temporária para atender a excepcional interesse público; nomeação para cargos em comissão e funções de confiança; nomeação para determinados cargos

vitalícios; promoção vertical; execução indireta de serviços licitados e aproveitamento no serviço público de ex-combatente de guerra.

Assim sendo, caso a hipótese não se enquadre nos casos acima relatados, o concurso público será obrigatório para seleção de novos agentes.

4.3.2.2 *Princípio da razoabilidade*

O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica. Assegurando-nos que este princípio se traduz na exigibilidade de o administrador pautar sua conduta em critérios racionais e consentâneos com o sentimento normal das pessoas no contexto de sua atividade administrativa.

Carvalho Filho define razoabilidade como:

“uma qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”.³⁷

O princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, ou seja, para que o princípio da razoabilidade realmente seja aplicado é necessário que os princípios da legalidade e da finalidade também o sejam. Logo, concluímos, que caso a Administração atue fora da observância desses dois princípios, estaria, sem dúvida, comprometendo a observância do princípio da razoabilidade.

Carvalho Filho sob esse aspecto da compulsoriedade do princípio da razoabilidade, nos ensina que:

“(…) desejamos frisar que o princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida,

³⁷ Op. cit, p. 28.

contaminando o comportamento estatal. Significa dizer, por fim, que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude”.³⁸

Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro compartilham da idéia de que:

“(...) a falta de regulamentação legal do instituto do concurso público realmente tem dado azo a uma ampla margem de discricionariedade às bancas examinadoras no que se refere à valoração e à escolha dos critérios de avaliação dos candidatos e das demais condições gerais do concurso público. Outro fator que tem despertado sobremaneira essa discricionariedade administrativa é a complexidade do aparelhamento estatal, o qual requer profissionais das mais variadas áreas do conhecimento humano, cujo grau de qualificação deve guardar consonância com a natureza do cargo a ser provido, nos termos do § 3º do art. 39 da CF/88 (EC n. 19/98)”.³⁹

Como não há lei ou norma jurídica que defina o que é ou não razoável, a atuação jurisprudencial faz-se necessária. Em vista dessa realidade, a jurisprudência do STJ, configura-se como um exemplo da aplicação do princípio da razoabilidade, através da Súmula 266 do STJ, *in verbis*: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.⁴⁰

Por fim, concluímos que um ato ilegal por ferir a sua finalidade ou por não seguir a lei, será um ato não razoável, ou seja, um ato para ser razoável deverá estar em conformidade com a lei e com a finalidade a qual foi criado.

4.3.2.3 Princípio da competitividade

Entendemos que o postulado da competitividade configura um subprincípio concretizador e um aspecto dinâmico dentro do abstrativo princípio da isonomia aplicado no vasto campo dos concursos públicos. É certo que sem uma efetiva

³⁸ Op. cit., p. 28-29.

³⁹ Op. cit., p. 37.

⁴⁰ <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=concurso&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>
Visualizado no dia 23 de maio de 2008.

competitividade o resultado almejado pela aplicabilidade do concurso público estaria maculado, uma vez que, sem concorrência não haveria como selecionar os melhores candidatos.

Não havendo a seleção dos melhores candidatos para prestarem o serviço público adequado, ficaria também maculado o princípio de eficiência administrativa. Acarretando de certo modo, uma violação a Constituição Federal, visto que tal princípio deve ser observado, sem exceções, pela Administração Pública.

A par do nosso pensamento está o entendimento de Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro, quando ensinam que:

“é fundamental que o edital, a par dos requisitos já contemplados em lei, não estabeleça restrições e exigências desnecessárias ao cumprimento da finalidade do concurso público, eis que compromete seu caráter competitivo, a não ser aquelas indispensáveis à fiel execução do procedimento e desde que compatíveis com as atribuições do cargo ou emprego público que constitui seu objeto”.⁴¹

Desta forma, compreendemos que sem uma real competitividade não é possível visualizar um concurso público que irá alcançar o seu maior objetivo, isto é, selecionar os candidatos mais qualificados para determinado cargo.

4.3.2.4 *Princípio da instrumentalidade*

O concurso público por possuir um procedimento especial, ao contrário da maioria dos processos administrativos que pautam-se na generalidade, que sujeitam-se ao princípio do informalismo, dada a importância dos interesses em jogo e a dimensão social de seu objeto.

No tocante ao princípio em estudo, Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro opinam que:

“Insta anotar, por relevante, que a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas no concurso público constitui um dos métodos que devem ser aplicados pela Administração

⁴¹ Op. cit., p. 28.

Pública e pelo Poder Judiciário no afã de se evitar a decretação de nulidade de certames findos ou em estágio avançado de realização, cujo vício de ilegalidade verificado não é suscetível de comprometer o seu caráter competitivo e os princípios da moralidade e da impessoalidade, evitando-se, destarte, uma grave injustiça social e um manifesto inconveniente para o interesse público e para a coletividade”.⁴²

Verificamos a importância do princípio da instrumentalidade, através da convalidação ou não do concurso público, isto é, caso haja algum vício no tocante a forma provedora do ato administrativo, conseqüentemente o vício de instalará no certame, que por sua vez, dependendo da gravidade do vício, poderá ou não ser anulado. Isso se deve ao fato do concurso público ser proveniente de uma série de atos encadeados com o objetivo de alcançar um fim específico. Então, se um ato administrativo estiver viciado, e caso não seja sanado, irá infectar os atos conseguintes.

4.3.2.5 *Princípio da seletividade*

Um dos objetivos do concurso público é a seleção, através da competição, de pessoal qualificado para prestar serviços de qualidade ao Poder Público, visando dar eficácia ao princípio da eficiência administrativa.

O princípio da seletividade guarda uma relação íntima com o princípio da competitividade, uma vez que, é através da competição que serão selecionados os candidatos mais qualificados.

Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro, no tocante a relação supracitada ensinam-nos que:

“A atividade de selecionar pressupõe, em essência, a existência de uma multiplicidade de elementos e um critério de discrimen previamente estipulado, com o fito de atender a determinada finalidade. Por isso, no seio dos procedimentos concorrenciais, a competitividade é um dos caminhos que levam à seletividade,

⁴² Op. cit., p. 30.

pois a experiência demonstra que a competição proporciona e estimula uma escolha mais eficaz e eficiente”.⁴³

Observamos que, além do princípio da competitividade, o princípio da seletividade também possui certa relação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme complementam Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro, neste trecho:

“(...) visto que a seleção pressupõe uma escolha adequada e compatível com a finalidade pública colimada pela Administração no contexto da realização do certame. Sob tais perspectivas, é crucial que os editais de concurso público, atendidos os cânones legais, contemplem apenas condições e exigências adequadas ao fiel exercício das atribuições do cargo ou do emprego público ofertados pelo poder Público, sob pena de sua nulidade visceral”.⁴⁴

Desta forma, concluímos que com relação aos procedimentos concorrenciais, um princípio não vive sem o outro, ou seja, para que o princípio da seletividade alcance o seu objetivo é imprescindível que o princípio da seletividade também esteja presente.

4.3.2.6 *Princípio da vinculação ao edital*

Como o instituto em estudo não possui norma que o regule, acreditamos que o princípio da vinculação ao edital seja um princípio basilar dentre os específicos, pois como entendemos ser o edital uma norma específica de cada concurso público, qualquer ato praticado deverá estar em conformidade com a lei e o edital que o regulam.

Helly Lopes ensina-nos que: “a Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos”.⁴⁵

⁴³ Op. cit., p. 32.

⁴⁴ Op. cit., p. 32-33.

⁴⁵ Op. cit., p. 405.

Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro complementam a idéia ensinando que:

“Por outro lado, uma vez estabelecidas as regras disciplinadoras do concurso público, o Poder Público, conquanto tenha se valido de certa carga de competência discricionária, autolimitou-se às diretrizes editalícias, as quais, uma vez aperfeiçoadas e publicadas, gozam de força obrigatória e vinculante, tanto para a Administração quanto para os administrados”.⁴⁶

Desta forma, imaginamos que se em algum momento, não for o edital devidamente observado, haveria também uma agressão ao princípio da legalidade e conseqüentemente uma mácula nasceria nesse concurso comprometendo-o significativamente.

4.3.2.7 Princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação

Esse princípio está previsto expressamente em capítulo específico do Poder Judiciário e do Ministério Público, nos arts. 93, I e 129, § 3º da CF de 1988. Apesar de não estar explícito, concluímos que a interpretação desses artigos deve se estender aos demais tipos de concurso público, ou seja, mesmo que o concurso público não seja para os cargos da Magistratura ou do Ministério Público, a ordem de classificação deve ser observada criteriosamente pela Administração Pública.

Assim cabe-nos transcrever o art. 93, I da Constituição Federal:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e **obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação**”;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Grifo Nosso).

⁴⁶ Op. cit., p. 38.

O mesmo não se diferencia quanto ao ingresso na carreira do Ministério Público, como informa o art. 129 da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e **observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação**”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Grifo Nosso).

Em virtude de sua importância, tanto no aspecto moral quanto no legal, o princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação foi sumulado pelo STF, através da súmula nº 15, *in verbis*:

“Súmula do STF nº 15: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.⁴⁷

Assim sendo, mesmo que não esteja previsto em capítulo próprio, o mencionado princípio deve ser rigorosamente respeitado pela Administração Pública, uma vez que tal desrespeito trará uma sanção para a mesma, assim como sumulou o STF.

5 A IMPORTÂNCIA DO CONCURSO PÚBLICO E MODALIDADES DA SUA NÃO OBRIGATORIEDADE

5.1 A importância do concurso público e a proteção constitucional

Atualmente não há o que se contestar com relação a aplicação do instituto do concurso público, por tudo que já fora apresentado concluímos que, para os moldes

⁴⁷ http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100 Visualizado no dia 23 de maio de 2008.

atuais a sua aplicação traz mais benefícios do que malefícios. Principalmente no tocante a observância obrigatória que a Administração Pública deverá ter com relação aos princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e legalidade que expressamente estão previstos na Constituição Federal.

Uma vez que tais princípios são fielmente observados, com certeza teremos um concurso público que alcançara da melhor forma possível o seu objetivo.

Socialmente o concurso público mostra sua maior utilização pela Administração Pública, através do progressivo aumento de realização de concursos no âmbito nacional.

Uma das importâncias mais interessantes do nosso estudo, é a administrativa, visto que a maior beneficiária da aplicação e sucesso na realização do concurso público é a Administração Pública.

5.2 Modalidades que não exigem concurso público

A Constituição Federal prevê em seu art. 37, II e IX as exceções a obrigatoriedade da realização do concurso público, assim como no art. 53, I da ADCT e em relação aos cargos vitalícios.

Em algumas situações a Administração Pública não possui tempo hábil, sem prejuízo da continuidade da prestação do serviço público, para selecionar candidatos capacitados para ocuparem cargos ou empregos públicos. Quando isso ocorre a Administração Pública utiliza-se do instituto da contratação temporária.

A outra modalidade refere-se ao cargo em comissão, não aquele previsto no inciso V do art. 37, que são destinados aos servidores que já possuem cargo efetivo, mas sim aos cargos em comissão destinados a pessoas que não realizaram concurso público, que foram escolhidos discricionariamente pelos seus superiores.

Também não faz parte do estudo as funções de confiança, uma vez que elas aparecem na estrutura administrativa hierarquicamente após os cargos em comissão e são exclusivas dos servidores que realizaram concurso público e ocupam um cargo efetivo.

As duas últimas modalidades que não exigem a realização de concurso público para a ocupação de cargo público são com relação aos cargos públicos e o caso de ex-combatente da Segunda Guerra Mundial.

Ambos serão analisados na medida de sua importância com o instituto e sua respectiva relevância jurídica.

5.2.1 Contratação temporária

A partir deste ponto iremos analisar a segunda exceção para a não realização do concurso público.

Entende-se como contratação temporária aquela que a Administração realiza objetivando a não paralisação completa ou parcial da prestação do serviço público, durante um período determinado e em casos excepcionais.

5.2.2.1 *Previsão constitucional (art. 37, IX)*

O inciso IX do art. 37 da Carta Magna estabelece quando poderá ser utilizado o instituto da contratação temporária, isto é, a contratação temporária é permitida quando encontramos os elementos permissores que são: carência temporária de funcionário, o prazo de contratação é determinado e que a situação de interesse público seja excepcional.

5.2.2.2 *Previsão de lei específica – lei n. 8.745/93*

Atualmente, no âmbito federal só há a lei nº 8.745 de 1993 regulando o instituto, e é dela que falaremos um pouco, destacando pontos negativos e positivos, ao nosso ponto de vista. Porém no âmbito municipal e estadual não há lei específica que regule o instituto, mas mesmo assim a Administração pode utilizar-se do instituto.

A lei não delimita genericamente quem poderá ou não ser contratados por tempo determinado, aliás, cada inciso do art. 2ª prevê os casos que a contratação poderá ser realizada, e conseqüentemente, cada inciso revela o grupo específico que poderão concorrer às vagas.

O art. 2º da lei nº 8745/93 enumera taxativamente o que é considerado necessidade temporária de excepcional interesse público, desta forma, no âmbito federal só poderá haver contratação temporária se estiver enquadrado no rol mencionado.

Ao nosso ver, alguns incisos são meio duvidosos no sentido de sua abrangência, ou seja, por exemplo o inciso VI, que trata de “atividades” as mais diversas possíveis, como as “atividades” especiais das Forças Armadas, de “atividades” de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI, entre outras.

Não buscamos falar de cada inciso e cada alínea da referida lei, mas sim dos casos, que ao nosso ponto de vista, são estranhos ao propósito do próprio instituto.

O foco deste estudo não é tratar dos vícios gritantes da lei, mas mostrar que a referida lei é precária em sua estrutura e pior ainda, possui vícios gravíssimos.

Infelizmente, não há qualquer compreensão de funcionários contratados realizarem funções “finalísticas” do Hospital das Forças Armadas.

Ao nosso ver esse tipo de contratação é uma terceirização de mão de obra, e que inclusive é ilícita, conforme entendimento doutrinária, pois a atividade fim de uma empresa/ órgão não pode ser terceirizado.

No âmbito do direito do Trabalho, terceirização é “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente.”⁴⁸

Através de tal fenômeno, o trabalhador é inserido no processo produtivo através de um tomador de serviços, sem contudo, possuir qualquer vínculo trabalhista com a mesmo pois o seu contrato de trabalho é com o prestador do serviço, o terceiro, de onde originou o termo “terceirização” provocando, assim, uma relação trilateral: o trabalhador, o prestador de serviços e o tomador.

Outro ponto questionável é quanto a alínea “e”, “g” do inciso VI do art. 2º, que tratam a respeito de pontos estratégicos, tanto do círculo tecnológico como da parte de segurança nacional.

No primeiro caso, a lei permite que contratados por tempo determinado realizem atividades de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora São Paulo, São Paulo, 2008, p. 430.

sistemas de informações, sob a vigilância do CEPESC. Pensamos que tal área – tecnológica – é de extrema importância para a Administração, uma vez que refere-se aos sistemas de informações em âmbito federal. E tendo esta magnitude de relevância, tal atividade deveria ser realizada por funcionários concursados, pois, sabe-se que os concursados possuem garantias constitucionais que os contratados não possuem, e sendo assim, possivelmente, seu comprometimento, zelo e responsabilidade para com as atividades estarão comprometidas face a mesma posição que o concursado possui. Em outras palavras, entendemos que os concursados por sua proteção e prerrogativas constitucionais possuem maior liberdade, sem qualquer possível repressão ou ameaças, na realização de suas tarefas, do que um funcionário contratado por tempo determinado.

O segundo caso destina-se às atividades desenvolvidas no âmbito da SIVAN (Sistema de Vigilância da Amazônia) e da SIPAM (Sistema de Proteção da Amazônia). Ambos sistemas também são pontos estratégicos, já que a Amazônia é algo sempre questionado internacionalmente, inclusive de ser ou não considerado Patrimônio Nacional, gerando possíveis tensões na área da Segurança e Supremacia Nacional.

Seguimos o entendimento de que a Amazônia faz parte do território brasileiro, e assim sendo sua segurança e proteção devem estar sempre bem fortificadas. Por outro lado, pensamos que com a aplicação desta lei, a rotatividade de pessoal que a contratação temporária traz, apesar do funcionário poder ficar 6 (seis) anos no cargo, poderá comprometer os objetivos dos próprios órgãos envolvidos.

Da mesma forma que no caso anterior, o que leva-nos a esse pensamento, é o fato dos funcionários contratados por tempo determinado não possuírem as prerrogativas e proteções que os funcionários concursados possuem, isto é, os funcionários concursados, além do dever profissional há previsão legal para não divulgar informações devido a sua função pública, conforme preceitua o art. 325 do CP.

“(…)

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”⁴⁹

Todavia quanto à esfera criminal os funcionários contratados equiparam-se aos funcionários concursados, conforme preceitua o art. 327 do CP, porém na esfera civil e administrativa o mesmo não ocorre.

“Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”⁵⁰

Entendemos que a idéia central do legislador com a criação dessa exceção – contratação temporária – foi de possibilitar à Administração Pública, em casos de real necessidade temporária, um meio através do qual o serviço prestado continuasse a ser prestado.

Todavia, como outrora exemplificado, a Administração Pública aproveita-se dessa exceção para “regularizar” situações aberrantes de “apadrinhamento” que é de conhecimento notório, especialmente no Rio de Janeiro, o que claramente não deveria acontecer, especialmente com base nos princípios da impessoalidade e da moralidade.

O art. 4º da lei esclarece os prazos máximos para os contratos temporários, *in verbis*:

“Art. 4º As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos:

I – seis meses, nos casos dos incisos I e II do art. 2º;

II – um ano, nos casos dos incisos III, IV e VI, alíneas *d* e *f*, do art. 2º;

⁴⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Visualizado em 05 de junho de 2008.

⁵⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Visualizado em 05 de junho de 2008.

III – dois anos, nos casos do inciso VI, alíneas *b* e *e*, do art. 2º;
 IV - 3 (três) anos, nos casos dos incisos VI, alínea *h*, e VII do art. 2º;
 V – quatro anos, nos casos dos incisos V e VI, alíneas *a* e *g*, do art. 2º.
 Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos:
 I – nos casos dos incisos III, IV e VI, alíneas *b*, *d* e *f*, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda dois anos;
 II – no caso do inciso VI, alínea *e*, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda três anos;
 III – nos casos dos incisos V e VI, alíneas *a* e *h*, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda quatro anos;
 IV – no caso do inciso VI, alínea *g*, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda cinco anos.
 V - no caso do inciso VII do art. 2º, desde que o prazo total não exceda 6 (seis) anos.
 VI - no caso do inciso I do caput do art. 2º desta Lei, pelo prazo necessário à superação da situação de calamidade pública, desde que não exceda 2 (dois) anos”.⁵¹

Da leitura deste artigo, concluímos que cada situação possui um prazo diferente, oscilando na faixa de 6 meses a 6 anos.

É muito abuso o legislador pensar que 6 (seis) é algo temporário, e querer que a coletividade digere tamanha falta de comprometimento da Administração Pública com os seus princípios norteadores e com a própria Constituição Federal.

5.2.2 Cargos em comissão

O ponto marcante deste instituto é a discricionariedade dos atos praticados pela Administração, especialmente o ato de nomeação à cargo público.

A discricionariedade dos atos é maior nesse instituto, porém não é exclusiva, isto é, mesmo que o administrador possa escolher qualquer um, se a lei determinar requisitos mínimos, ele deverá seguir.

Ressalta-se que os cargos em comissão deverão ser destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, conforme preceitua o art 37, V da CF de 1988.

Márcio Barbosa comenta que:

“Os cargos em comissão representam as mais elevadas responsabilidades a serem exercidas sob a fidedignidade da autoridade nomeante e, em linha de princípio, podem recair sobre quaisquer

⁵¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8745cons.htm. Visualizado em 05 de junho se 2008.

destinatários, servidores ou não, desde que preencham as condições legais ou regulamentares preestabelecidas pelo Poder Público”.⁵²

Diante do que fora relatado, concluímos que o cargo em comissão, não havendo qualquer pré-requisito em lei ou regulamento, é completamente discricionário e subjetivo, levando a inúmeras contratações visando privilegiar vínculos pessoais a vínculos profissionais.

Infelizmente, com esse desvirtuamento dado aos cargos em comissão, uma prática altamente reprovável começou a se difundir, o nepotismo, conhecido também como “cabide de empregos”.

Nepotismo (do latim nepos, neto ou descendente) é uma forma de corrupção, quando um alto funcionário público utiliza de sua posição para entregar [cargos](#) públicos a pessoas ligadas a ele por laços familiares, de forma que outras, que possuem uma qualificação melhor, fiquem lesadas.

Tal prática consiste na empregabilidade de parentes ou amigos de funcionários públicos que possuem direito a ter cargos em comissão, ou seja, por exemplo no caso dos políticos que possuem vários assessores. Desta forma com a permanência desta prática deplorável, os princípios da moralidade e da igualdade certamente estarão sendo gravemente descumpridos, acarretando um ofensa à própria Constituição Federal.

Por outro lado temos a proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 49/2003, a qual propõe em seu texto que parentes de autoridades não poderão ser nomeados para cargos em comissão no âmbito da administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes, em todas as esferas de governo. Ou seja, os parentes de autoridade, se quiserem ocupar um cargo público deverão realizar e serem aprovados em concurso público.

O Ministério Público de Pernambuco, em seu site estabelece uma cartilha informando pontos importantes a respeito do nepotismo, como observado.

“O que é considerado nepotismo?
Toda contratação de parentes até o terceiro grau em linha direta ou colateral, consangüíneo ou afim, salvo algumas exceções. Portanto, o

⁵² Op. cit. p. 51

agente político ou membro de poder não pode dar emprego público com cargo de provimento em comissão, dar função gratificada ou contratar temporariamente pessoas ou firmas sem licitação pertencentes a:

Esposa ou esposo

Filho(a), neto(a) e bisneto(a)

Pai, mãe, avô, avó, bisavô e bisavó

Irmão, irmã, tio(a) e sobrinho(a)

Parentes da esposa ou esposo: pai, mãe, avô, avó, bisavô, bisavó, filho(a), neto(a), bisneto(a), tio(a), irmão, irmã, sobrinho(a) Cônjuge do filho(a), neto(a) e bisneto(a)

Cônjuge do tio(a), irmão, irmã e sobrinho(a)

Quais são as exceções?

Não é considerado nepotismo quando:

O parente já é funcionário efetivo (concursado naquele poder - não vale ser cedido de outro).

O funcionário efetivo já exercia uma função gratificada no poder antes do seu parente ser eleito.

No caso de empregos temporários, quando o parente se submeteu a uma seleção prévia.

No caso de empresas de parentes, quando a firma se submeteu a um processo regular de licitação.

No entanto, em nenhuma hipótese pode haver relação de hierarquia entre o parente e o gestor. Por exemplo, a esposa do prefeito é professora da rede municipal. Ela pode ser diretora de escola, pois ficaria subordinada ao secretário de educação, mas não poderá assumir cargo de secretária enquanto o marido for o gestor.”⁵³

5.2.3 Aproveitamento no serviço público de ex-combatente de guerra

Os ex-combatentes de guerra poderão ser aproveitados no serviço público, Ainda que esse artigo tenha pouca eficácia hoje, uma vez que a Segunda Guerra terminou em 1945, vale pelo sentido cívico que carrega., como informa o art. 53, I da ADCT, *in verbis*:

“Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

I - aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade”.

O próprio artigo informa quais serão os pré-requisitos para o ex-combatente poder ter direito ao cargo.

⁵³ http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/20062612_home. Visualizado no dia 13 de junho de 2008.

Em primeiro lugar é necessário que o ex-combatente tenha efetivamente participado de operações bélicas, ou seja, a participação do militar teve que ser ativa e não apenas administrativa, por exemplo.

O segundo ponto a ser observado é com relação ao tempo que foi realizada esta participação, o artigo 53 delimita que a participação tem que ter sido na Segunda Guerra Mundial.

Assim sendo, só serão abrangidos por este privilégio os exs-combatentes que participaram ativamente em operações bélicas e durante a Segunda Guerra Mundial, quem não preencher cumulativamente os requisitos apresentados não poderá ter acesso á cargo público sem prévia aprovação e classificação em concurso público.

5.2.4 Cargos vitalícios

É entendimento predominante na doutrina que para ocupar cargos vitalícios não é requisito necessário a realização de concurso público. Por ser uma exceção a não realização do instituto, o rol é taxativo e está previsto no corpo da Carta Magna.

Desta forma os membros do Tribunal de Contas, conforme o art. 73, §§1º e 2º da CF/88, os Ministros do STF, conforme o art. 101, § único da CF/88, os Ministros do STJ, como prevê o art. 104, § único da CF/88 e os integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários, composto de membros do Ministério Público e advogados, como informa o art. 94 da CF/88 não necessitam realizar concurso público para ocuparem os respectivos cargos públicos.

6 CONCLUSÃO

O nosso objetivo com o estudo desta monografia é mostrar a importância que o instituto possui para a Administração Pública, isto é, buscamos relatar os pontos jurídicos e relevantes que a aplicação do concurso público traz para a Administração Pública.

O trabalho, inicialmente, delimitou-se a dar um panorama geral a respeito dos elementos do instituto, isto é, trouxemos ao estudo diferentes conceitos, as fontes basiladoras, natureza jurídica divergentes.

O que mais chamou-nos a atenção foi a respeito da falta de previsão jurídica específica em relação ao instituto. Apesar de estar tramitando no Senado desde 1989, o Projeto de Lei nº 3461/89, porém sem qualquer previsão de ter uma solução definitiva.

Posteriormente tratamos da evolução histórica dos meios utilizados para ocupar cargo público, enumerando os métodos pelos quais a Administração Pública utilizava-se para que os cargos públicos fossem devidamente preenchidos. Tratamos do método de sorteio utilizado desde a Antiguidade até o meio utilizado atualmente, o concurso público. Do que fora apresentado concluímos que cada tempo teve um método apropriado a suas condições históricas, sociais e principalmente políticas. Não há que se falar se um método foi bom ou mau para sua época, apenas ao seu tempo ele foi adequado as necessidades de cada Governo. E quando as necessidades já não eram mais preenchidas por esse método, outro ocupava-lhe o lugar.

Por conseguinte detemo-nos a falar sobre a evolução histórica do meio utilizado em nosso país, desde a Constituição de 1824 até a Constituição atual de 1988. Desde a primeira Constituição, o legislativo preocupou-se em prever que a ocupação de cargos públicos poderia ser feita por qualquer cidadão brasileiro, sendo as vagas definidas pelas virtudes e talentos dos candidatos. Mesmo que não esteja expresso, entendemos que esse método utilidade era um processo seletivo altamente discricionário. O tempo passou, as políticas governamentais também e conseqüentemente mudanças significativas tomaram corpo em nossa atual Constituição.

E em virtude desses acontecimentos foi que a Constituição de 1988 trouxe em seu texto previsão expressa da obrigatoriedade do concurso público para provimento em cargo ou emprego público. Desta maneira, a regra é a realização do concurso enquanto que as exceções previstas pelo legislador deverão ser somente utilizadas quando realmente houver necessidade.

Pretendemos demonstrar que o próprio instituto, em sua essência é algo relevante e benéfico para a estrutura administrativa, uma vez que ele traz em seu bojo

os princípios norteadores da própria Administração Pública, e outros que a complementa, possibilita e facilita seu desenvolvimento.

Como é de conhecimento notório a Administração Pública tem que realizar suas atividades pautada nos princípios previstos no caput do art. 37 da CRFB, porém, isso não significa que outros princípios também poderão ser observados.

Em nossa opinião, a maioria dos princípios específicos do concurso público são ramificações dos princípios da igualdade, da legalidade e moralidade. Deste raciocínio, atrevemo-nos a dizer que o próprio instituto é a personificação destes princípios, uma vez que, a seleção deve ser feita de acordo com os ditames da lei, de forma proba e impessoal, com acessibilidade a todos, convergindo na busca de alcançar seu objetivo.

Como anteriormente mencionado, apesar da Constituição Federal de 1988 ter trazido expressamente a obrigatoriedade da realização de concurso público para provimento em cargo ou emprego público, o legislador também previu exceções, e como tal não pode tornar-se regra.

Assim sendo, entendemos que os cargos em comissão e a contratação temporária devem ser utilizados comedidamente pela Administração Pública, pois se assim não for possivelmente acreditamos que a exceção torna-se-á regra enquanto que a atual regra será uma exceção esquecida.

Infelizmente, como é de conhecimento notório, no Estado do Rio de Janeiro, especialmente na área de educação e saúde utiliza-se mais do instituto da contratação temporária e dos cargos em comissão do que do concurso público para que cargos e empregos públicos sejam preenchidos.

Além do grave desrespeito à Carta magna, há também uma grande lesão ao princípio da legalidade, uma vez que não realiza-se o concurso público para o preenchimento dessas vagas, o art. 37 da CF/88 é violentamente agrado.

Quanto os cargos em comissão abordamos a previsão constitucional e o alto grau de discricionariedade que é utilizado. A respeito de segundo ponto, falamos da nomeação de pessoas sem qualquer vínculo anterior com a Administração Pública.

É complicado compreender o motivo que levou o legislador a criar essa exceção, isso porque, esse tipo de nomeação vai contra tudo que o concurso público preconiza.

Isso deve-se ao fato de que para ocupar um cargo em comissão o candidato deve preencher requisitos específicos de cada caso específico, ou seja, cada superior requisitante é quem escolhe os requisitos a serem preenchidos. Tornando a escolha aleatória ou feita para “selecionar” uma pessoa já determinada.

Acreditamos que o legislador ao prever as hipóteses de não realização de concurso público, tinha como objetivo a continuidade da prestação do serviço público pela Administração Pública, e que essas contratações seriam rápidas, e desta forma, só durante o período em que se realizaria o concurso os contratados prestariam o serviço. Após o resultado do concurso e posterior posse dos convocados, os contratados seriam dispensados. Porém não é o que ocorre, uma vez que, entram contratados e saem contratados e concursos não são realizados. E o pior é que a Administração pauta essa aberação alegando a necessidade a continuidade da prestação dos serviços.

Tal atitude e posicionamento da Administração Pública é algo vergonhoso e repugnante face a nossa tão evoluída Constituição. Inclusive atrevemo-nos a dizer que a Administração Pública com esse tipo de atitude, simplesmente rasga a essência da nossa Lei Maior, ou até mesmo pensa que esta não existe.

Apesar de a própria Constituição prever que ela deve ser cumprida, essa previsão é, por diversos motivos, algo tão longe da realidade que acreditamos que no dia-dia muitos artigos apenas estão previstos sem qualquer aplicação prática.

Em contra partida, temos a esperança que o pensamento e vontade das pessoas, principalmente dos administradores, evolue. E que essa evolução seja no sentido de não mais favorecer seus “amigos” e sim no sentido de que todos são iguais e devem concorrer igualmente ao mesmo cargo ou emprego público, isto é, esperamos que em futuro próximo os próprios administradores realizem uma fiscalização e aplicação rigorosa do art. 37, caput e incisos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 3^a edição, Almedina, Coimbra, 1983

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora São Paulo, São Paulo, 2008.

MAIA, Márcio Barbosa. **O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional**. São paulo: Editora Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 33^a ed. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2007.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 22^a ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa**, 3 ed., São Paulo, Atlas, 1999.

OLIVEIRA JUNIOR, Erick Menezes de. A interpretação do Direito Administrativo face aos princípios que o orientam. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5010>>. Acesso em 16 de junho se 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 22^a ed, São Paulo, Atlas, 2008.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A contratação temporária, o Supremo Tribunal Federal e o alcance da expressão "necessidade temporária de excepcional interesse público". Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6193>> Acesso em 16 de junho de 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 26ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2002.

SANTOS, Waldir. Concurso público. Uma ferramenta democrática subutilizada. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3726>>. Acesso em 16 de junho de 2008.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. O princípio constitucional da acessibilidade aos cargos públicos e as hipóteses constitucionais de admissão. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3384>>. Acesso em 16 de junho de 2008.

ANEXO A - PROJETO DE LEI Nº 252 de 2003

Dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos.

O **Congresso Nacional** decreta:

CAPÍTULO I
DAS NORMAS GERAIS

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre a realização de concursos públicos de provas ou de provas e títulos no âmbito da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 2º A realização do concurso público, em todas as suas fases, exige a observância estrita, pelo Poder Público, dos princípios constitucionais expressos e implícitos impostos à administração pública direta e indireta.

Parágrafo único. O concurso público deverá obrigatória e especialmente obedecer aos princípios da publicidade, da competitividade e da seletividade.

Art. 3º À banca realizadora do concurso é obrigatório o fornecimento ao interessado, a requerimento escrito deste, de informação ou certidão de ato ou omissão relativa à fase finda do certame.

§ 1º O atendimento do requerimento de que trata este artigo configura ato de autoridade pública para todos os fins.

§ 2º Configura ilícito administrativo grave:

- I – a negativa de prestação de informação ou de fornecimento de certidão;
- II – o atendimento incompleto ou intempestivo do requerimento;
- III – a prestação de informação ou expedição de certidão falsa.

Art. 4º Todos os atos relativos ao concurso público são passíveis de exame e decisão judicial, especialmente:

- I – os que configurem erro material do edital ou seu descumprimento;
- II – os que configurem lesão ou ameaça de lesão a direito do candidato;
- III – os que configurem discriminação ilegítima com base em idade, sexo, orientação sexual, estado civil, condição física, deficiência, raça, naturalidade, proveniência ou moradia;
- IV – os que vinculem critério de correção de prova ou de recurso à correção de prova;
- V – os relativos ao sigilo, à publicidade, à seletividade e à competitividade;
- VI – os decisórios de recursos administrativos impetrados contra gabarito oficial.

CAPÍTULO II
DO EDITAL

Art. 5º O edital é vinculante da administração pública e de cumprimento obrigatório, devendo ser redigido de forma clara e objetiva, de maneira a possibilitar a perfeita compreensão de seu conteúdo pelo pretendente ao cargo ou cargos oferecidos.

§ 1º A publicidade do edital, realizada também pela imprensa, atenderá às características dos cargos oferecidos e ao interesse que possam suscitar e buscará a máxima divulgação.

§ 2º As referências a leis contidas no edital, relativas ao cargo ou cargos em disputa, deverão reproduzir a legislação citada.

§ 3º O conteúdo mínimo do edital, sob pena de nulidade, é composto de:

- I – identificação da banca realizadora do certame e do órgão que o promove;
- II – identificação do cargo, suas atribuições, quantidade e vencimentos;
- III – indicação do nível de escolaridade exigido para a posse no cargo;
- IV – indicação do local e órgão de lotação dos aprovados;
- V – indicação precisa dos locais e procedimentos de inscrição, bem como das formalidades confirmatórias dessa;
- VI – indicação dos critérios de pontuação e contagem de pontos nas provas;
- VII – indicação do peso relativo de cada prova;
- VIII – enumeração precisa das matérias das provas, dos eventuais agrupamentos de provas e das datas de suas realizações;
- IX – indicação da matéria objeto de cada prova, de forma a permitir ao candidato a perfeita compreensão do conteúdo programático que será exigido;
- X – regulamentação dos mecanismos de divulgação dos resultados, com datas, locais e horários;
- XI – regulamentação do processo de elaboração, apresentação, julgamento, decisão e conhecimento de resultado de recursos;
- XII – fixação do prazo inicial de validade e da possibilidade de sua prorrogação;
- XIII – lotação inicial dos aprovados e disciplina objetiva das hipóteses de remoção;
- XIV – percentual de cargos ou empregos reservados às pessoas portadoras de deficiência e critérios para sua admissão.

§ 4º Caso o edital indique a bibliografia de que se valerá a banca, ficará esta vinculada àquelas obras, cujo conteúdo admitido será o da edição mais recente.

§ 5º A não indicação de bibliografia, ou sua indicação apenas sugestiva, obriga a banca a aceitar, como critérios de correção, as posições técnicas, doutrinárias, teóricas e jurisprudenciais dominantes relativamente aos temas abordados.

§ 6º No caso de previsão de prova discursiva, o edital deverá conter de forma objetiva, os temas, os prazos de arguição e os critérios de correção e de atribuição de pontos.

§ 7º A realização de provas físicas exige a indicação do tipo de prova, das técnicas admitidas e do desempenho mínimo.

§ 8º Provas de datilografia, digitação e conhecimentos práticos específicos deverão ter indicação dos instrumentos, aparelhos ou das técnicas a serem utilizados.

§ 9º A realização de provas práticas ou de conhecimentos específicos obriga:

- I – a adoção, pela banca, de instrumentos, processos, equipamentos, técnicas e materiais usualmente utilizados para a ação cuja realização se pretende aferir;
- II – a adoção de critérios expressos e objetivos de pontuação e avaliação.

§ 10. No caso de diversidade de provas, o edital deverá indicar, de forma objetiva, as eliminatórias e as classificatórias.

§ 11. A prova de títulos é classificatória, não poderá atribuir pontos totais superiores a 30% (trinta por cento) do total possível nas provas de conhecimento e sua realização exige a identificação expressa dos títulos aceitáveis e respectiva pontuação, vedadas a aceitação de títulos que não guardem relação com as atribuições do cargo em disputa e a atribuição, nessa prova, de pontos por tempo de serviço em determinada entidade.

§ 12. A fixação de idade máxima é permitida apenas nos casos em que o desempenho normal das funções do cargo exija condição etária determinada, sendo vedada a previsão de idade inferior à apresentada por servidores na ativa lotados em cargos iguais aos oferecidos no certame.

§ 13. A escolaridade mínima e a qualificação profissional subjetiva deverão ser comprovadas no ato de posse no cargo público, vedada a exigência de comprovação no ato de inscrição no concurso.

§ 14. É vedada a exigência, como requisito de inscrição, de determinada naturalidade ou de residência em determinado local.

§ 15. É admitido o condicionamento de correção de prova de determinada etapa à aprovação na etapa anterior.

§ 16. A discriminação sexual, de estado civil, de idade, de condição familiar e de características físicas exige relação objetivamente demonstrável da impossibilidade de aproveitamento dos excluídos.

Art. 6º A alteração de qualquer dispositivo do edital precisa ser fundamentada expressa e objetivamente, e obriga a divulgação, com destaque, das mudanças em veículo oficial de publicidade e em jornal de grande circulação.

§ 1º Os prazos, providências e atos previstos no edital tomarão como referência a data da publicação oficial da última alteração dos termos do edital.

§ 2º É vedada a veiculação de alterações editalícias em edição especial, extraordinária ou de circulação restrita de veículo oficial de publicidade.

§ 3º É vedada qualquer alteração nos termos do edital nos 30 (trinta) dias que antecedem a primeira prova.

Art. 7º O edital deverá ser publicado com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias em relação à primeira prova.

Art. 8º O cancelamento de concurso público com edital já publicado exige fundamentação objetiva, expressa e razoável, amplamente divulgada, e sujeita o órgão responsável a indenização por prejuízos comprovadamente causados aos candidatos.

CAPÍTULO III DA INSCRIÇÃO

Art. 9º A formalização da inscrição no concurso depende da satisfação completa dos requisitos exigidos no edital.

§ 1º É vedada a inscrição condicional.

§ 2º É assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo

ou emprego cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que o candidato é portador.

§ 3º O candidato portador de deficiência, inscrito em concurso público, concorrerá a todas as vagas, sendo-lhe reservado percentual mínimo de cargos ou empregos.

§ 4º O candidato portador de deficiência, inscrito em concurso público, resguardadas as condições especiais para a sua admissão, previstas no respectivo edital, participará do concurso em igualdade de condições com os demais candidatos, especialmente no que concerne:

- I – ao conteúdo das provas;
- II – aos critérios de avaliação e aprovação;
- III – ao horário e ao local de aplicação das provas;
- IV – à nota mínima exigida para aprovação.

Art. 10. A inscrição por procuração exige a constituição formal de procurador com poderes específicos, em documento com fé pública.

Parágrafo único. A inscrição por via informatizada impõe a adoção de processos de controle, de segurança do procedimento e de proteção contra fraude.

Art. 11. O estabelecimento da taxa de inscrição levará em conta o nível remuneratório do cargo em disputa, a escolaridade exigida e o número de fases e de provas do certame.

§ 1º No caso de edital relativo a vários cargos, os valores de inscrição serão fixados relativamente a cada um deles.

§ 2º A devolução do valor relativo à inscrição é assegurada:

- I – no caso de anulação do concurso, por qualquer causa;
- II – no caso de ato desconforme esta Lei ou o edital, desde que redunde em prejuízo direto ao candidato inscrito quanto à realização da prova.

Art. 12. As inscrições serão recebidas em locais de fácil acesso e em período e horário que facilitem ao máximo a sua realização pelos interessados em prestar o concurso, devendo os postos de recebimento de inscrição estar localizados de forma a cobrir, da melhor maneira possível, a área geográfica:

- I – do Município, em caso de concurso para cargo público municipal;
- II – do Estado, em caso de concurso para cargo público estadual;
- III – do Distrito Federal, em caso de concurso para cargo público distrital;
- IV – do Brasil, em caso de concurso público para cargo público federal.

Parágrafo único. É facultado a Município, a Estado e ao Distrito Federal estabelecerem postos de inscrição em locais situados fora de sua área territorial.

Art. 13. No caso de expedição de cartão confirmatório de inscrição, a banca dará preferência à remessa por via postal para o endereço do candidato.

Parágrafo único. A retirada de cartão confirmatório de inscrição poderá ser feita por procuração.

Art. 14. Será nula a inscrição de candidato que, por qualquer meio, faça uso de informação ou documento falso para inscrição, ou oculte informação ou fato a ela relevante, sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis.

Art. 15. O procedimento de inscrição não poderá ser composto de ato ou providência vexatória, gravosa ou de difícil realização pelo candidato.

Art. 16. A possibilidade de participação de candidato estrangeiro, seus requisitos e procedimentos de inscrição e cargos de disputa possível a esse serão regulados em lei.

CAPÍTULO IV DA ELABORAÇÃO DAS PROVAS

Art. 17. As provas serão elaboradas de maneira clara e objetiva, de forma a possibilitar ao candidato a compreensão do tema dado a julgamento, a partir do estabelecimento do padrão de compreensão médio do candidato e considerado o nível de escolaridade e técnico dos cargos em disputa.

§ 1º As provas relativas a matéria jurídica, a critério da banca, poderão conter variações de redação que exijam do candidato análise de conteúdo e inteligência completa da questão, sendo admitida a utilização de vocabulário técnico-jurídico e da estilística forense.

§ 2º Nas provas de português, é vedado o uso de nomenclatura técnica em desuso ou rara, devendo a banca utilizar a terminologia ordinária do padrão da língua culta.

§ 3º Serão anuladas:

- I – as questões redigidas de maneira obscura ou dúbia;
- II – as questões cuja redação admita mais de uma interpretação;
- III – as questões com erro gramatical.

§ 4º Nas provas de matéria técnica, a redação das questões poderá utilizar terminologia e redação próprias do ramo de conhecimento respectivo, sempre formuladas objetivamente.

Art. 18. A banca realizadora do concurso é responsável pelo sigilo das provas, respondendo administrativa, civil e criminalmente, por atos ou omissões que possam divulgar ou propiciar a divulgação de provas, questões ou parte delas.

Art. 19. O nível de dificuldade das questões será definido pela banca realizadora do concurso, ouvido o órgão que o promove, a partir da complexidade das funções relativas ao cargo em disputa.

CAPÍTULO V DA APLICAÇÃO DAS PROVAS

Art. 20. É vedada a sujeição do candidato à identificação papiloscópica ou a qualquer outro processo de reconhecimento gravoso ou vexatório, sob pena de reparação financeira por danos morais e à imagem, exceto quando houver fundadas suspeitas sobre a sua identidade.

Parágrafo único. A garantia da lisura e regularidade do concurso público é atribuição da banca organizadora, que responderá objetivamente por ocorrências que o comprometam.

Art. 21. A banca definirá claramente, no edital, os materiais, objetos, instrumentos e papéis cuja posse será tolerada no local da prova.

Parágrafo único. A infração, pelo candidato ou alguém por si, das proibições de que trata este artigo, implicará a eliminação do concurso.

Art. 22. O local de realização das provas deverá contar com:

- I – sala especial para os candidatos que alegarem convicção religiosa impeditiva do enfrentamento das provas no horário determinado pelo edital;
- II – vias de acesso próprias para deficientes físicos;
- III – condições ambientais e instalações que não impliquem desgaste físico ou mental ao candidato ou lhe prejudiquem a concentração;
- IV – serviço de atendimento médico de emergência.

CAPÍTULO VI DA CORREÇÃO DAS PROVAS

Art. 23. É assegurado o acesso ao Judiciário para a discussão de critério de correção de prova utilizado pela banca elaboradora.

Art. 24. A correção das provas de matéria jurídica utilizará como critério vinculante da banca, sucessivamente:

- I – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;
- II – a jurisprudência dos Tribunais Superiores;
- III – a jurisprudência dos Tribunais de segundo grau;
- IV – a posição dominante na doutrina nacional.

§ 1º É vedada a adoção de critério de correção baseado em posições doutrinárias isoladas, não-consolidadas ou negadas por parcela majoritária da doutrina nacional.

§ 2º A legislação de referência a ser considerada será a vigente na data da primeira publicação do edital.

Art. 25. A correção das provas de língua portuguesa e de inteligência de texto utilizará elementos e denominações técnicas usuais, segundo a Nomenclatura Gramatical Brasileira, sendo vedado o uso de terminologia rara, abandonada ou superada.

Art. 26. A correção de prova de informática utilizará denominações e sistemas disponíveis nas versões mais atuais dos programas indicados no edital.

Art. 27. A correção das provas relativas a regimentos internos, leis orgânicas e legislação interna de órgãos estatais utilizará como referência a versão dessas normas vigente na data da primeira publicação do edital.

Art. 28. A correção das provas relativas à língua estrangeira utilizará os critérios redacionais, estruturais e gramaticais geralmente aceitos.

Art. 29. A critério da banca, e de acordo com esse, poderá ser utilizada fórmula de contagem de pontos que imponha a anulação de questões corretas por questões erradas.

Parágrafo único. A fórmula de cálculo das notas parciais e final deverá estar claramente identificada e explicada.

CAPÍTULO VII DAS PROVAS OBJETIVAS

Art. 30. As provas objetivas serão elaboradas de forma a se aferir, pela resposta do candidato, o efetivo conhecimento da matéria sob examinação, vedadas formulações cuja dificuldade se constitua, exclusiva ou predominantemente, na inteligência da assertiva, exceto no caso de prova específica dessa área de conhecimento.

Art. 31. A elaboração das questões relativas às provas objetivas dará preferência ao raciocínio do candidato.

CAPÍTULO VIII DAS PROVAS DISCURSIVAS

Art. 32. É atribuição da banca examinadora a definição do número de questões discursivas, do espaço de resposta, em linhas, e da pontuação das questões.

Art. 33. A correção das respostas será feita por, pelo menos, 2 (dois) examinadores, sendo a nota final a média dos 2 (dois) resultados.

Art. 34. A avaliação das respostas às questões discursivas deverá ser feita sobre tábua objetiva de correção, onde estejam indicados, pelo menos:

- I – os temas de abordagem necessária;
- II – a pontuação a eles relativa;
- III – o critério de atribuição da nota final da questão;
- IV – as razões da perda de pontos pelo candidato.

Art. 35. É assegurado ao candidato, durante o prazo de vigência do concurso público, o conhecimento, acesso e esclarecimento dos critérios de pontuação da sua prova, desde que assim o requeira por escrito.

CAPÍTULO IX DAS PROVAS FÍSICAS

Art. 36. A realização de prova física em concurso público exige previsão objetiva no edital e performances mínimas diferentes para homens e mulheres.

Art. 37. A gravidez não é inabilitadora em prova física, devendo a candidata submeter-se à examinação 120 (cento e vinte) dias após o parto ou o fim do período gestacional, sem prejuízo da participação nas demais fases do concurso.

Art. 38. A prova física é eliminatória e não será repetida, exceto se essa possibilidade estiver prevista no edital.

Art. 39. Os desempenhos mínimos serão fixados com atenção ao desempenho médio de pessoa em condição física ideal para a realização satisfatória das funções do cargo.

Art. 40. É vedada a discriminação com base em idade ou raça para fins de aceitação de desempenho físico mínimo.

CAPÍTULO X DAS PROVAS PRÁTICAS

Art. 41. A realização de provas de habilitação prática exige o fornecimento, a todos os candidatos, de idêntico equipamento ou instrumento, em condições de funcionamento ideais, vedadas as variações de marca, modelo ou operacionalidade.

Art. 42. O desempenho do candidato será julgado por especialista, por escrito e fundamentadamente.

Art. 43. As provas de habilidade prática deverão ser realizadas no mesmo dia, sem interrupção, até que todos os candidatos hajam sido examinados.

Art. 44. O equipamento, material ou instrumento utilizado deverá necessariamente guardar relação direta com aquele à que sujeito o candidato aprovado, no exercício das funções do cargo.

Art. 45. O edital deverá informar o equipamento, material ou instrumentos que serão utilizados, de forma objetiva, com indicação, se for o caso, da marca, do modelo e tipo, além de todas as indicações necessárias à perfeita identificação, sob pena de nulidade dessa fase do certame.

CAPÍTULO XI DAS PROVAS PSICOTÉCNICAS

Art. 46. Os exames psicotécnicos são exigíveis desde que haja lei que expressamente os preveja e comprovada necessidade dessa avaliação.

Parágrafo único. Exceto em relação a cargos cujas funções exijam determinado perfil psicológico e nos casos de comprovada inaptidão, os exames de que trata este artigo não serão eliminatórios, compondo apenas especialização da avaliação física do candidato.

Art. 47. A realização de exame psicotécnico levará em conta as funções do cargo e as condições psicológicas ideais para o seu exercício.

Art. 48. A avaliação será realizada por junta médica composta por pelo menos 3 (três) especialistas, vedada a submissão, a qualquer título ou sob qualquer circunstância, à avaliação por um único avaliador.

Art. 49. Todos os resultados deverão ser objetivos e tecnicamente fundamentados.

Art. 50. É vedada a avaliação psicotécnica por entrevista.

Art. 51. Nos testes escritos, somente serão utilizadas técnicas reconhecidas de avaliação comportamental, de quociente intelectual e de perfil psicológico, devendo ser considerados os desvios aceitáveis.

Art. 52. A repetição de exame psicotécnico somente será possível se essa possibilidade estiver prevista no edital.

Art. 53. São inválidos e de nenhum efeito os resultados de exames psicotécnicos a que submetido o candidato em outro concurso, mesmo que recentes.

CAPÍTULO XII DAS PROVAS ORAIS

Art. 54. As provas orais serão realizadas por banca formada por especialistas reconhecidos.

Art. 55. A avaliação do candidato será obrigatoriamente fundamentada, com demonstração objetiva da correção ou incorreção das respostas e sustentação, sendo vedada a análise sucinta.

CAPÍTULO XIII DOS RECURSOS

Art. 56. Todas as provas de concurso público são recorríveis administrativamente, sendo considerada sem efeito qualquer previsão editalícia que impeça ou obstaculize a interposição de recurso.

Parágrafo único. O pedido de vista, formulado por candidato ou por procurador, é de deferimento obrigatório.

Art. 57. Não serão aceitos recursos sem fundamentação técnica ampla, que não guardem relação com a matéria em debate ou meramente protelatórios.

Art. 58. Os recursos apresentados à cada prova, ou à cada fase do concurso, deverão estar julgados em até 30 (trinta) dias a contar do encerramento do prazo de recebimento.

Art. 59. O prazo para recurso não pode ser inferior a 3 (três) dias úteis.

Art. 60. A decisão sobre o recurso, especialmente a indeferitória, exige ampla, objetiva e fundamentada sustentação, vedadas as decisões que se limitem à remissão exclusiva a autor, teoria, corrente doutrinária, prática ou à alegação vazia, obscura, lacônica ou imprecisa.

Art. 61. É assegurado ao candidato o direito de examinar as razões do indeferimento de recurso por ele impetrado, bem como o fornecimento de certidão, em inteiro teor, da decisão e seu fundamento.

Art. 62. A anulação de questão aproveita a todos os candidatos que se submeteram regularmente ao certame.

Art. 63. A alteração de gabarito impõe a revisão geral de notas e resultados, devendo ser obrigatoriamente desconsiderada a resposta alterada.

CAPÍTULO XIV DOS CANDIDATOS APROVADOS

Art. 64. Os candidatos aprovados no concurso são detentores de mera expectativa de direito à nomeação.

§ 1º Os aprovados no número de vagas oferecidas pelo edital somente poderão ter a sua posse e exercício recusados mediante justificação oficial, publicada em veículo oficial e na imprensa de grande circulação, das razões objetivas e de interesse público impeditivas do provimento dos cargos oferecidos.

§ 2º Os aprovados em número excedente ao de vagas têm a expectativa de direito à nomeação limitada pelo prazo de validade do concurso, tanto o inicial quanto o eventualmente prorrogado.

§ 3º A nomeação obedecerá à rigorosa ordem de classificação, sendo nula a investidura com preterição.

Art. 65. O fim do prazo de validade do concurso sem que hajam sido nomeados os aprovados em número igual ao de vagas impõe à administração o dever de apresentar justificação objetiva e fundamentada das razões do não-aproveitamento dos remanescentes.

Art. 66. A anulação do concurso público não produz nenhum efeito sobre a situação jurídica de candidato já nomeado, salvo no caso de anulação por inconstitucionalidade, ilegalidade, quebra de sigilo e favorecimento pessoal, quando todos os atos decorrentes devam ser anulados, assegurado ao candidato direito ao ressarcimento das despesas em que incorreu para fazer o concurso, desde que não tenha participado de ato que contribuiu para a anulação do certame.

Art. 67. A realização de novo concurso público no prazo de validade de certame anterior obriga a convocação de todos os aprovados neste, dentro do número de vagas, antes da nomeação do primeiro daquele.

Art. 68. A lotação do candidato convocado para a posse será, salvo disposição editalícia em contrário, a definida pela administração.

Parágrafo único. A lotação preservará, tanto quanto possível, a integridade do núcleo familiar do candidato, atendidas as condições gerais de lotação, a necessidade do órgão e a distribuição de pessoal no seu quadro funcional.

Art. 69. No exame de saúde do candidato convocado para a posse somente poderão ser consideradas como inabilitadoras as condições físicas ou psíquicas que impeçam o exercício normal das funções do cargo.

Parágrafo único. O Poder Público deverá editar norma que identifique, com objetividade e padrão científico, as condições mínimas de desempenho das funções físicas para o exercício normal das atribuições do cargo, especialmente quanto:

- I – às deficiências auditivas;
- II – às deficiências visuais;
- III – às deficiências do aparelho locomotor;
- IV – às deficiências orais;
- V – às doenças não-contagiosas ou de contágio não-possível no ambiente e condições normais de trabalho.

Art. 70. A malformação de membro ou estrutura corporal não é, por si só, inabilitadora da posse e exercício do candidato, exigindo demonstração objetiva da incapacidade para as funções do cargo.

CAPÍTULO XV DA VIDA PREGRESSA

Art. 71. A pesquisa da conduta social e ética e da vida pregressa do candidato será realizada pela banca ou pelo órgão promotor do concurso público, e visa ao levantamento de indicações de comportamento e de histórico pessoal a serem utilizados como elemento de formação de juízo sobre a aptidão do candidato ao cargo.

Art. 72. A coleta de dados relativos à vida social e história pessoal do candidato prescinde de autorização expressa e se presume da inscrição no concurso, desde que esse procedimento esteja expressamente indicado no edital.

Art. 73. É assegurado ao candidato o acesso, a requerimento escrito, às razões de sua inabilidade nesta fase, sendo-lhe lícito produzir prova fundamentada, objetiva e cabal em contrário e deduzir argumentos comprováveis, por ato próprio, contra a decisão, os quais deverão ser analisados pela banca em até 20 (vinte) dias.

CAPÍTULO XVI

DOS ATOS CONTRA O CONCURSO PÚBLICO

Art. 74. É considerado ato abusivo contra o concurso público e ilícito administrativo grave:

I – elaborar edital ou permitir que edital seja elaborado com discriminação inescusável de raça, sexo, idade ou formação, ou cujas previsões restrinjam indevidamente a publicidade, a seletividade ou a competitividade do certame;

II – atentar contra a publicidade do edital, do concurso público ou de qualquer de suas fases;

III – violar ou permitir a violação do sigilo das provas do concurso público, por ato comissivo ou omissivo;

IV – impedir, de qualquer forma, a inscrição no concurso, a realização das provas, a interposição de recurso e o acesso ao Judiciário;

V – beneficiar alguém com informação privilegiada relativa ao concurso público ou a qualquer de suas fases;

VI – beneficiar, de qualquer maneira, candidato no concurso público;

VII – inserir ou fazer inserir no edital qualquer cláusula, requisito ou exigência que impeça ou dificulte, de maneira ilegítima, a publicidade, a competitividade ou a seletividade do concurso público.

VIII – obstar à inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para cargo ou emprego cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

Art. 75. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em de de 2003

Senador José Sarney
Presidente do Senado Federal