



20 ANOS DE CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DO CONCURSO PÚBLICO: DESVIO DE PODER E FINALIDADE

Natan Pinheiro de Araújo Filho¹

Nascida em pleno século XX, em período no Brasil marcado pelo desrespeito e violação aos Direitos da Dignidade Humana consagrados na Declaração Internacional dos Direitos Humanos de 1948 e a presença de um Estado totalitário, nossa atual Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, vem à nossa sociedade como garantidora do direito à liberdade e a um Estado Democrático de Direito, visando uma maior participação do cidadão na organização e atuação da Administração Pública, impondo-se, destarte, o acesso a cargos e empregos públicos por meio de concurso público de provas e títulos, como dispõe o art. 37, II, por redação da Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Diante disso, o Concurso Público é para a sociedade brasileira, assim como para a própria Administração Pública, garantia de democratização do acesso à cargos e empregos públicos por meio da imparcialidade e legalidade daquele, revestido de predisposição em Edital e Lei quanto aos requisitos necessários a serem preenchidos, assim como o número de vagas e prazo de validade do mesmo.

¹ Estudante do 9º período do Curso de Direito do Instituto Camillo Filho – ICF. Natural de Teresina, Piauí.

O Acórdão proferido em sede de Recurso Extraordinário 192.568-PI², de 23/04/1996, publicado no Diário de Justiça do dia 13/09/1996, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, versa sobre tema amplamente discutido, mas com poucas manifestações tão brilhantes como o do presente texto. Diferentemente da tendência em que se tem incidido as decisões do Colendo Supremo Tribunal Federal, tal acórdão nega à Administração, com fulcro no art. 37, IV, da Carta Magna de 1988, situação de “arbitrariedade” quanto à feitura dos concursos públicos, devendo-se observar o Princípio da Vinculação ao Edital, combatendo-se, destarte, o “*desvio de poder*” caracterizado pela “*nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade*”.

Como assevera DI PIETRO³, em comentário feito ao estudo de Antonio José Brandão:

² RE 192.568-PI - CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias” (Celso Antonio Bandeira de Mello, “Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta”, página 56).

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

*...foi no direito civil que a regra moral primeiro se imiscuiu na esfera jurídica, por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do **não-locupletamento à custa alheia** e da **obrigação natural**. Essa mesma intromissão verificou-se no âmbito do direito público, em especial no Direito Administrativo, no qual penetro quando se começou a discutir o problema do exame jurisdicional do **desvio de poder**.*

Com o fito de que não seja cometida qualquer forma de desvio de poder, como versa o famigerado Acórdão, os atos da administração relativo à concurso público devem ser **motivados** por justificativa socialmente aceitável. Também:

*O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas exceções. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência... A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.*⁴

Nossa sociedade, em especial nas regiões brasileiras mais pobres, vive uma realidade de crescimento no número de cargos e empregos públicos ocupados

⁴ *Idem.*

efetivamente em desproporção com a atividade privada, apesar dos avanços na legislação trabalhista, isto porque nossa Constituição concede diversas prerrogativas aos indivíduos que ingressam no setor público inexistente no setor privado. A estabilidade e a irredutibilidade de remuneração dos servidores são garantias que visam o melhor desempenho no exercício de suas funções, concedendo-os maior liberdade e segurança em seus cargos e empregos. Diante de tais garantias, que atraem inúmeros indivíduos de toda a sociedade flagelados pela inconstância das relações de emprego, o concurso público figura, em nosso ordenamento, como forma de proteção à sociedade na contratação de quaisquer indivíduos aos quadros do Estado, apresentando situação de imparcialidade na realização da mesma.

O Concurso Público surge como forma de **processo seletivo imparcial**, revestido sob os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade dos atos da Administração. Assim, este acórdão proferido em sede de Recurso Extraordinário faz-se de extrema importância, pois o mesmo impede que os candidatos a cargo ou emprego públicos, sejam reféns da arbitrariedade e abuso de poder da Administração.

O posicionamento adotado pelo STF no RE 192.568-PI difere das decisões ora proferidas pela Corte Suprema, as quais reduzem o Concurso Público, *data venia*, a mero **instrumento de consulta** quanto à capacidade dos que prestam concurso, posto que não possuem garantias de terem seu dispêndio patrimonial (quanto às inscrições e investimentos em cursinhos e livros) e pessoal (quanto ao isolamento do convívio social e da família para se dedicarem à preparação de tal processo seletivo) consubstanciados em nomeação e conseqüente posse dos cargos e empregos aos quais

se dispuseram a concorrer. Tal posicionamento de nossa Corte Constitucional afronta, gravemente, os princípios da Legalidade, Moralidade, da Vinculação ao Edital e da Máxima Eficiência da Administração Pública, simplesmente por traduzirem em mera expectativa de direito a efetiva nomeação dos aprovados.

Olvida-se, destarte, o fundamento da própria utilização do Concurso Público, tornando-o instrumento meramente político, desvinculado de qualquer compromisso da Administração com os dispêndios dos que o prestaram e afrontando diretamente o princípio da máxima eficiência dos atos da Administração Pública, disposto no art. 37 da CF, inserido pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998. Qual a fundamentação de haver Processo Seletivo Público de Provas e Títulos para o provimento de cargos da Administração Pública, mesmo com pré-fixação do número de vagas em edital, se não há qualquer interesse da mesma no preenchimento dos cargos vagos ou quando estes são de fato inexistentes?

É extremamente controversa a afirmação de que o Concurso Público, para os que lograram êxito quanto à disposição do número de vagas e preencheram todos os requisitos legais e estabelecidos em edital, gere apenas **expectativa de direito**. Por isso, é acertada qualquer decisão que esteja em consonância com o presente acórdão, exigindo nomeação ao candidato que preencheu todos os requisitos estabelecidos em edital além de ter se classificado dentre o número de vagas ditas disponíveis em edital e não cadastro de reserva. Não pode a Administração agir com tal arbitrariedade ao ponto de equiparar concurso com números de vagas disponíveis à situação de cadastro de reserva, a qual também gera situação de expectativa de direito e garantia de obediência à ordem de colocação. Senão vejamos posição da Excelentíssima Ministra

Carmen Lúcia em acórdão proferido recentemente pela 1ª turma do STF⁵ por trecho retirado de notícia publicada no site do Supremo Tribunal Federal⁶:

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, contudo divergiu da posição do relator, sendo acompanhada pelo ministro Marco Aurélio. Na ocasião, o ministro lembrou de precedente da Corte em que a ordem foi concedida, com o entendimento de que se o Estado anuncia no edital que o concurso é para preenchimento de um número determinado de vagas, uma vez aprovados os candidatos, o Estado passa a ter obrigação de preencher essas vagas.

O voto do Ministro Marco Aurélio em consonância com o disposto pela Ministra Carmén Lúcia trata da nomeação necessária de indivíduo que se submete a processo seletivo em concurso público a fim de ser admitido em cargo público, com base no número de vagas previstas como disponíveis em Edital Publicado, que obriga tanto candidatos quanto Administração Pública a cumprir com o que é designado no mesmo, como é sustentado pelo RE 192.568-PI de 1996.

Como assevera Celso Antonio Bandeira de Mello⁷, trazido pelo acórdão em tela:

⁵ STF RE 227.480-RJ. 1º Turma. Ministro Relator Menezes Direito. 16/09/2008. Não provido.

⁶ Notícia do STF. Terça Feira, 16 de Setembro de 2008. Acesso em: 16 de Setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=96151>>

⁷ STF RE 192.568-PI. 2ª Turma. Ministro Relator Marco Aurélio. D.J. 13/09/1996.

Como o inciso IV tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes...

A disposição do número de vagas existentes demonstra-se um fator de extrema importância quanto aos seus efeitos sócio-jurídicos, isto, pois em muitos casos serve como forma de se trapacear a moralidade jurídica, desviando a finalidade do ato Administrativo quando busca estabelecer número de vagas, não em situação de cadastro de reserva, em dissonância com a realidade da necessidade da Administração.

Tal situação também fere o princípio da Veracidade dos Fatos da Administração Pública, pois se a própria torna pública informação de haver vacância de cargos, e em número pré-determinado, segundo os próprios princípios da Veracidade e da Legalidade, os mesmos vinculam a Administração a tal declaração, não restando à mesma agir senão em conformidade ao Edital, estando impedida de agir arbitrariamente, não nomeando os aprovados, dentre o número de vagas disponíveis, como é disposto no Acórdão em tela. Igualmente, tem, o Concurso Público, sua finalidade desviada quando a Administração retarda tal nomeação.

O concurso público não pode ser instrumento de prejuízo aos cidadãos que o prestam pagando, muitas vezes, taxas astronômicas. Essa situação jurídica contribui para o uso indevido desta garantia constitucional como forma de obtenção de Receita e

Publicidade, pois ao se indicar um número relevante de vagas, a tendência é a de haver maior número de inscritos e que um valor maior de receita seja gerada, não resultando em prejuízo algum à Administração. A mesma ainda pode se utilizar do concurso, destarte, como instrumento político, resultando em uma propaganda pessoal legitimada, na qual determinado administrador torna-se bem quisto por sua gestão em decorrência da suposta geração de cargos públicos e crescimento da máquina administrativa durante sua administração, mesmo que a criação seja meramente formal e não fática.

Destarte, o RE 192.568-PI elenca o Princípio da Razoabilidade como solução da situação vergastada, aduzindo ser necessário o preenchimento do número de vagas existentes dispostas em Edital, revestido sob o princípio da Vinculação ao Edital, o qual torna o torna obrigatório tanto à Administração quanto ao candidato e ainda reputa como desvio de poder a nomeação parcial de candidatos. O desrespeito ao Edital pode ser entendido, outrossim, como forma de parcialidade, pois limita o acesso ao cargo até a nomeação de determinado candidato, não possibilitando ao subsequente o mesmo “privilegio”. Destarte, demonstra-se mais razoável e em consonância com o art. 37, IV, da Constituição Federal de 1988, a designação de cadastros de reservas, caso não haja, fidedignamente, vagas disponíveis.

Pode-se abstrair que o concurso público de provas e títulos é garantia constitucional de extrema relevância aos atos de provimento de cargos e empregos públicos na Administração Pública, possibilitando maior segurança aos candidatos e à própria sociedade. Todavia, o mesmo tem sido instrumento de atos arbitrários da

Administração, por não respeitar o princípio da vinculação ao edital, moralidade, legalidade e da veracidade dos atos da Administração Pública.

O princípio da Motivação deve acompanhar a designação de qualquer ato da Administração Pública, inclusive o ato de não nomeação de indivíduo que foi aprovado dentre o número de vagas disponibilizadas por Edital e que preenche todos os requisitos previstos no mesmo.

Assim, este acórdão demonstra-se de enorme relevância à atuação da Administração Pública, pois resgata a situação do candidato diante à condição de superioridade daquela, reforçando que o princípio da vinculação ao edital e da moralidade não se aplica unicamente ao indivíduo, posto que não basta apenas a situação confirmada na Súmula 15 do STF, de mera expectativa de direito.

