



**PUC** GOIÁS

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS**  
**ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS**  
**NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA**  
**COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO**  
**MONOGRAFIA JURÍDICA**

**MANDADO DE SEGURANÇA**

**DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS**

**Orientando:** José de Deus Alves Souza

**Orientadora:** Prof<sup>ª</sup>. Ms. Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo

JOSÉ DE DEUS ALVES SOUZA

**MANDADO DE SEGURANÇA**  
**DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina de Trabalho de Curso I, do Departamento Ciências Jurídicas, curso de bacharel em direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUCGOIÁS.

Orientadora: ***Profª. Ms. Silvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo***

## SUMÁRIO

### RESUMO

### INTRODUÇÃO

### CAPÍTULO I

#### HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

1.1 CONCEITO .....	9
1.2 BREVE HISTÓRICO.....	11
1.3 EVOLUÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL .....	15
1.4 PROCEDIMENTOS APLICADOS AO MANDADO DE SEGURANÇA.....	18

### CAPÍTULO II

#### CONCURSOS PÚBLICOS

2.1 HISTÓRICO .....	25
2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	29
2.2.1 Princípio da Legalidade.....	30
2.2.2 Princípio da Isonomia.....	31
2.2.3 Princípio da Impessoalidade .....	32
2.2.4 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	33
2.2.5 Princípio da Publicidade.....	34
2.2.6 Princípio da Proibição da Quebra da Ordem Classificatória .....	35
2.2.7 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição .....	36

### CAPÍTULO III

## **DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO**

3.1 MERA EXPECTATIVA DE DIREITO.....	38
3.2 ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO COM CONCURSO ANTERIOR EM VIGÊNCIA .....	39
3.3 CONTRATAÇÃO PRECÁRIA .....	41
3.4 DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.....	42
3.5 CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS OFERTADAS .....	44
3.6 EXCEÇÕES À REGRA .....	48

## **CONCLUSÃO**

## **REFERÊNCIAS**

## RESUMO

A pesquisa relaciona-se com a questão da omissão da Administração Pública frente aos concursados aprovados e classificados em concursos públicos. O Mandado de Segurança é demonstrado como um meio viável pelo qual estes candidatos podem utilizar-se para que façam valer seu direito que fora outrora disponibilizado por meio do edital que a própria administração pública elaborou e publicou, dando ciência a todos que se interessasse em concorrer às vagas disponíveis no serviço público. Eis que o problema surge quando estes então candidatos, após a aprovação ficam no aguardo da tal convocação, que muitas vezes, nem ocorre. Busca-se então, com essa pesquisa, proporcionar um maior conhecimento, tanto dos acadêmicos do curso de Direito quanto à comunidade como um todo, da utilização do Mandado de Segurança para a obtenção de seu direito líquido e certo.

**Palavras-chave:** Concurso. Mandado de Segurança. Direito líquido e certo.

## INTRODUÇÃO

Este estudo visou analisar o Mandado de Segurança e o direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público, em face dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e do entendimento jurisprudencial.

Fez-se uma abordagem quanto a utilização do Mandado de Segurança como meio de impugnação frente a omissão da Administração Pública na recusa em nomear o candidato aprovado em concurso público, sendo este instituto uma ação constitucional, de natureza cível, prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição da República e na Lei 12.016/2009, que visa a proteção de direito líquido e certo lesado ou que sofra ameaça de lesão, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Demonstrou-se que direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, por meio de provas pré-constituídas, pois tendo em vista que a estreita via do Mandado de Segurança não comporta dilação probatória. Desse modo, pretendendo-se o reconhecimento do direito à nomeação pela aprovação em concurso público utilizando-se do Mandado de Segurança, é necessário que seja o mencionado direito demonstrado por prova pré-constituída, não admitindo-se qualquer produção de prova durante o procedimento.

Deve-se, portanto, ser claramente demonstrado que o ato ou omissão que se pretende impugnar é ilegal ou abusivo, por ser estreita a via desta ação mandamental. Observar-se-á que outra peculiaridade que merece destaque refere-se ao prazo para impetração da ação mandamental. Nos termos do art. 23, da Lei 12.016/2009, o Mandado de Segurança deve ser impetrado no prazo decadencial de 120 dias, contados da ciência do ato impugnado.

Entretanto, em se tratando de omissão da Administração Pública, o referido prazo inicia seu decurso ao fim do prazo que possui a Administração para praticar o ato ou, caso não haja previsão de prazo legal para a prática do ato, “não se cogita decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo a quo; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado” (DI PIETRO, 2005, p. 689).

Prova-se, desse modo, que, no caso em questão, o prazo para impetração do *mandamus* inicia-se ao término do prazo de validade do concurso, previsto no art.

37, III, da Constituição da República, oportunidade em que se encerra o questionado dever da Administração Pública em nomear os candidatos aprovados.

Utilizou-se de pesquisa bibliográfica e doutrinária para que se ter um conhecimento mais aprofundado do tema proposto. Será abordada a questão histórica deste instituto, permeando deste a sua primeira constitucionalização, em 1934, sendo inicialmente instituído pela Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951, que perdurou por certo período, sendo posteriormente revogada, entrando em vigor a Lei n. 12.016/2009.

O método de pesquisa adotado foi o dedutivo, pois partiu-se do geral para o específico, abordando o mandado de segurança como instrumento de garantia do cidadão frente aos abusos ilegais perpetrados pelo poder público ou autoridade equiparada.

Quanto ao procedimento técnico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, recorrendo a livros, leis, jurisprudência e doutrinas correlatas ao tema para que a pesquisa seja devidamente fundamentada.

No Capítulo I desenvolveu-se o histórico do Mandado de Segurança no Brasil, a origem de sua nomenclatura, a necessidade da instituição de um procedimento que fosse célere capaz de solucionar prontamente os anseios da sociedade frente às ilegalidades abusivas do Poder Público. Verifica-se também a equivocada utilização do *Habeas Corpus* como instrumento hábil a solucionar litígios que não envolviam questões relativas à liberdade de locomoção, pois, em seu início, este instrumento não era delineado de forma correta quanto ao seu cabimento. Abordamos também a utilização das ações anulatórias, que não tinham as características necessárias frente à solução dos litígios envolvendo a Administração Pública.

No Capítulo II abordou-se o histórico dos Concursos Públicos, desde meados do Século XIX, demonstrando que inicialmente os cargos públicos eram ocupados de forma hereditária, além de outras espécies como sorteio, compra e venda, arrendamento, dentre outras modalidades. As mudanças que ocorreram após a Constituição Federal de 1988, passando a exigir concursos públicos de provas ou provas e títulos para os cargos e empregos públicos. Ênfase também deve ser dada à questão dos princípios que a administração pública tem que obedecer, principalmente em questões relacionadas aos concursos públicos, como: legalidade, isonomia, impessoalidade e o mais importante de todos, o princípio da vinculação ao

instrumento convocatório, sendo que a administração pública ao lançar o edital já tem previsto o quantitativo de vagas e o orçamento que será gasto com as referidas contratações.

Por fim, no Capítulo III chegou-se ao cerne da questão ora levantada, traz o Mandado de Segurança como garantia ao Direito Subjetivo à Nomeação do Candidato Aprovado em Concursos Públicos, sendo este instrumento apto à garantir, de acordo com o art. 1º da Lei 12.016/2009:

o direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

No Capítulo III analisou-se ainda a evolução histórica dos direitos ameaçados e protegidos por meio do Mandado de Segurança indo desde a expectativa de direito à nomeação até à recente decisão do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário (RE) 227480, tendo como relatora a Min. Cármen Lúcia, DJe 21.8.2009.

Sendo assim, pretendeu-se, portanto, com esta pesquisa elaborada acerca do Instituto Mandado de Segurança, abordar sua utilização como instrumento apto a garantir o direito subjetivo à nomeação em concursos públicos.

# CAPÍTULO I

## HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

### 1.1 CONCEITO

É necessário que, antes de adentrar-se no histórico do mandado de segurança, seja feita uma explanação, examinando, inicialmente o significado das palavras que compõem sua nomenclatura, ou seja, “mandado” e “segurança”.

O vocábulo mandado vem originariamente do latim *manus* que apresentava dois sentidos principais: designava a “mão”, parte do corpo, e indicava o poder que é exercido por alguém sobre uma pessoa ou coisa. Da palavra *manus*, com a acepção de poder, vem o mandato, autorização, concessão de poderes. No sentido de parte do corpo, vem mandado. Inicialmente, mandado era a ordem dada com a mão, por meio de gestos, normalmente acompanhada de palavras. Posteriormente, a palavra mandado passou a designar o instrumento inscrito da ordem. (TORNAGHI, 1975, p. 172).

Tem-se então, que o significado, de início, relacionava-se à mão que concede a outrem o poder sobre determinada coisa ou pessoa, passando posteriormente a ser representado por um instrumento, ao qual trazia em seu bojo uma ordem emanada de quem a concedia.

Da mesma forma, para Pacheco (1998, p. 153) a palavra mandado provém do latim *mandatum* ou *mandatus*, significando ordem ou determinação. Quanto à palavra segurança, esta “tem o sentido de estado em que se encontra livre de risco, perigo, dano ou incerteza, exprimindo a carência de transtorno ou a remoção de suas causas”.

Já “segurança”, traz em sua acepção o sentido de tornar segura a coisa ou pessoa, livre de perigo ou dano causado por outrem.

De acordo com Fiúza (1990, p. 42): quanto à expressão Mandado de Segurança “pode-se encontrar diversas definições, umas são mais sintéticas, outras mais analíticas, algumas são literalmente políticas e outras técnicas jurídicas”.

Assim sendo, o Mandado de Segurança é definido por diversos autores, nas mais diversas formas, podendo ser de forma analítica ou sintética, com caráter

político ou também jurídico.

Para Meirelles (1999, p. 21) Mandado de Segurança é:

o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Depreende-se então, que o mandado de segurança é colocado à disposição da sociedade, podendo ser utilizado tanto por pessoa física como jurídica, observando-se a capacidade processual, quando a autoridade pública ou investida com esses poderes venha a lesar seus direitos.

Pacheco (1998, p. 153), por sua vez, é mais sintético: “Mandado de segurança é a ordem para remover os óbices ou sustar seus efeitos a fim de fluir a paz, com o tranqüilo gozo de seus direitos subjetivos”.

Veja-se então, que o mandado de segurança consiste em uma ordem apta a retirar todos os obstáculos ou impedir que seus efeitos atinjam a pessoa que o maneja, de forma a garantir a paz e a tranquilidade dos direitos pertencentes a cada cidadão na sociedade.

Cretella Júnior (1992, p. 21) compreende que a conceituação de mandado de segurança não apresenta maiores dificuldades, pois a própria lei brasileira dá os elementos para o delineamento conceitual. O autor define:

Mandado de Segurança é a ação civil de conhecimento, de rito sumaríssimo, pela qual todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública, sofra violação de direito líquido, certo e incontestável, não amparado por *habeas corpus*, ou tenha justo receio de sofrê-la, tem o direito de suscitar o controle jurisdicional do ato ilegal editado, ou a remoção da ameaça coativa, a fim de que se devolva, in natura, ao interessado aquilo que o ato lhe ameaçou tirar ou tirou.

É necessário que se observe o rito correto para a propositura do instituto, pois pode ocorrer de não ser admitido. Pode ser repressivo ou preventivo, desde que se observe o seu caráter residual, podendo ser manejado contra atos de autoridade pública ou pessoa jurídica equiparada.

Para Ackel Filho (1991, p. 63) reafirma o caráter tutelar dos direitos subjetivos incontestáveis contra a ilegalidade ou abuso de poder executado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica investido das atribuições do Poder

Público.

## 1.2 BREVE HISTÓRICO

O mandado de segurança teve seu início no período do Brasil-Colônia, onde não havia uma garantia efetiva contra os abusos provenientes principalmente da Coroa portuguesa. As Ordenações portuguesas estavam muito distantes do povo nativo, pouco valendo aqui no Brasil. (FIUZA, 1990, p. 54-55).

No período Imperial (1824-1889) não havia um procedimento bastante rápido e eficaz que pudesse garantir a imediata proteção dos direitos do indivíduo contra o poder do Estado. O instituto do *habeas corpus* foi criado com o Código Criminal de 1830 e disciplinado pelo Código de Processo Criminal de 1832. (FERREIRA, 1984, p. 137), sendo constitucionalmente introduzido no Brasil em 1891 (art. 72, § 22.). Por ser tipicamente criminal, essa ação destinava-se a proteger, preventiva ou repressivamente, o direito de locomoção.

Faltava um remédio constitucional próprio para defender eficaz e rapidamente os direitos civis flagrantemente ameaçados ou feridos pela autoridade pública. Ferreira (1984, p. 137) diz que com a proclamação da República foi editada a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que criou a ação anulatória de atos administrativos, apresentando um procedimento sumário contra “as lesões de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União” (art. 13).

Esta ação anulatória é de extrema importância, uma vez que era o único instrumento hábil a impugnar atos lesivos civis do poder público frente a seus cidadãos, uma vez que o instituto do *habeas corpus* era utilizado como forma de garantia somente em área criminal.

Pacheco (1998, p. 140) discorre:

A Lei n.º 221, de 20.11.1894, que completou a organização da justiça federal, no art. 13, atribuiu aos juizes e tribunais federais o processo e julgamento das causas que se fundassem em lesão de direitos individuais por ato ou decisão de autoridades administrativas da União. As ações, nesse caso, poderiam ser proposta pelas pessoas ofendidas ou seus representantes. A autoridade administrativa, de que houvesse emanado a medida impugnada, seria representada pelo ministério público. A requerimento do autor, poderia ser determinada a suspensão do ato, se não opusessem as razões de ordem pública. Verificando o juiz a ilegalidade do ato ou decisão administrativa, anulava-o. Consideravam-se ilegais os atos ou decisões administrativas decorrentes da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente.

Como se verifica, em causas relativas a lesão de direitos individuais ou por decisões de autoridades administrativas fora atribuído pela Lei n.º 221, de 20.11.1894 aos juízes e tribunais federais a competência para o processo e julgamento das causas em que envolvam interesses da União. Esta ação poderia ser proposta pelas pessoas ofendidas ou por seus representantes, sendo a autoridade coatora representada pelo Ministério Público. Podendo, o autor pedir a suspensão do ato, cabendo ao juiz, caso o pedido fosse procedente anular o ato dele decorrente.

Conforme Pacheco (1998, p. 140), a Lei n.º 1.939, de 28/08/1908, trouxe algumas inovações à ação anulatória de atos administrativos:

a) cessava o direito de usar dessa ação após o decurso do prazo de um ano de publicação ou da ciência do ato; b) estendia-se tal processo aos atos e decisões de autoridades administrativas dos Estados e Municípios, sempre que a ação tivesse de ser proposta no juízo federal por ser fundada em dispositivos da Constituição; c) cabia a apelação necessária ex officio quando a sentença fosse contrária ao Poder Público.

Como se observa, nas ações anulatórias de atos administrativos cessava o direito da propositura da ação no prazo de um ano a partir do momento em que se tivesse a ciência do ato, cabendo apelação *ex officio* caso a sentença fosse contrária ao Poder Público.

Vários códigos estaduais adotaram os mesmos princípios, como por exemplo, o de São Paulo (arts. 491 a 494), o do Distrito Federal (arts. 673 a 681), o da Bahia (arts. 556 e 557), e o de Minas Gerais (arts. 902 a 911). (BARBI, 1980, p. 55).

No entanto, na prática, a ação anulatória de atos administrativos não produziu resultados satisfatórios. Vários motivos foram apontados: despreparo dos juízes, a inércia dos interessados ou defeitos do sistema, que possibilitava a suspensão inicial do ato impugnado, mas não levava a uma breve decisão do feito, o que ocasionava desvantagem à Administração. (NUNES, 1987, p. 4).

Pela ausência de um meio judicial que permitisse afastar o perigo iminente de violação ou restabelecer de pronto a situação anterior, quando já consumada a violência, os prejudicados começaram a usar o instituto do *habeas corpus* para esse fim. (NUNES, 1987, p. 4-5).

Como se observa, embora a ação anulatória fosse instituída para ser utilizada na área cível, devido a diversos problemas, que vão desde o despreparo dos juízes e a não celeridade do procedimento, começou-se a lançar-se mão do instituto

do *habeas corpus*.

De acordo com Fiúza (1990, p. 56), foi assim que surgiu a “Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*”, pela qual o instituto passou a ser utilizado também na defesa dos direitos individuais civis.

Vê-se que, a ação anulatória não estava cumprindo sua função na área cível, pois os juízes não estavam preparados para a utilização do procedimento de forma célere e satisfatória, pois o ato, apesar de ser suspenso, não tinha o feito solucionado, ensejando então, a utilização do *habeas corpus* para suprir suas deficiências.

Nunes (1987, p. 5) diz que “não há de se estranhar que, na ausência de providências mais adequadas, os nossos tribunais se tenham valido do *habeas corpus*, para acudir a situações que exigem socorro imediato”.

Como as providências jurisdicionais não eram adequadas, os tribunais utilizavam-se do instituto do *habeas corpus*, pois a ação anulatória não era um procedimento célere, fazendo com que os tribunais utilizassem-se da via do *habeas corpus* em área cível, pois no caso, este instrumento era mais efetivo, além de célere.

No entanto, conforme Nunes (1987, p. 5) havia vários inconvenientes dessa solução jurisprudencial:

O maior estava na incerteza, quanto ao raio de ação do *habeas corpus*. Nunca o Supremo Tribunal se decidiu a estendê-lo a todos os direitos individuais, indistintamente. Alguns ficaram assim ao desamparo. Qual o critério, para distinguir uns dos outros? Nenhum havia, decisivo e inconteste. O que prevaleceu durante algum tempo foi o de PEDRO LESSA, que só admitia o recurso constitucional, quando estivessem em lide a liberdade corpórea ou um direito líquido e incontestável, cujo exercício dependesse daquela faculdade natural. A doutrina do grande juiz sofreu, todavia, impugnações ardentes. (...) Outro inconveniente de gravidade manifesta era a eventualidade, que amiúde se verificava, de se resolverem de plano questões que envolviam direitos de terceiros, sem que estes últimos pudessem defender-se. Ouviam-se apenas as autoridades. Não eram ouvidos aqueles que, em verdade, eram os maiores interessados na decisão.

A utilização ampliativa do *Habeas Corpus* trazia alguns inconvenientes como se observa, dentre eles o fato de que este instituto não estava bem delineado quanto ao seu raio de atuação, podendo, então, sofrer uma interpretação equivocada quanto ao seu cabimento.

Em 1926, a reforma constitucional quis acabar com esse *habeas corpus* civil, recolocando-o na sua função original e precípua: a proteção constitucional da liberdade física de ir, de vir ou de permanecer. (FIUZA, 1990, p. 56).

O *habeas corpus* estava descaracterizado, pois sua função primordial inicial era garantir o direito à liberdade, sendo oportunamente, na falta de um instituto adequado, que resolvesse de plano as questões pertinentes, fazia-se seu uso, mas tudo era confuso, não se sabia ao certo quanto ao seu cabimento.

Essa restrição ao uso do *habeas corpus* veio ressaltar a necessidade de criação de outras ações rápidas e seguras para atender às situações urgentes, não atendidas por aquele instituto. (PACHECO, 1998, p. 142).

Devido a ação anulatória não cumprir seu papel de forma célere, utilizou-se o *habeas corpus*, descaracterizando-o totalmente, eis que com a reforma constitucional agora, já se procura reconstituí-lo, para que voltasse a ter as mesmas características originais, buscando-se a satisfação dos direitos civis por meio de instrumento que fosse célere e eficaz. Sendo assim, apareceram diversas sugestões para criação de institutos visando a proteção dos direitos individuais contra atos ilegais da administração.

Relembra Ferreira (1984, p. 137):

(...) o nome de Alberto Torres no livro 'A organização nacional', publicado em 1914, onde propunha o nome de "mandado de garantia" destinado à proteção de direitos individuais ou coletivos (públicos e privados) lesados por atos do Poder Público ou de particulares, aplicável quando não houvesse outro remédio especial.

Inicialmente, como é comum, houve várias propostas de nomenclatura ao recém-proposto instituto, dentre eles "mandado de garantia", o que não prosperou. O Ministro Muniz Barreto, em 1922, propôs a criação de um remédio equivalente ou assemelhado ao recurso de amparo do México. (FERREIRA, 1984, p. 138).

Percebeu-se a necessidade da criação de um novo instituto que fosse capaz de garantir os direitos civis contra a ilegalidade dos atos administrativos do poder público, surge, então diversas nomenclaturas para o então instituto.

Foi apresentado pelo Deputado Gudesteu Pires, em 1926, projeto de lei criando um instituto duplex, mandado de proteção/mandado de restauração, para proteger "todo direito pessoal, líquido e certo, fundado na Constituição e em lei federal", visando combater os atos lesivos de autoridades administrativas. Eis alguns dos nomes propostos como sugestão de institutos para resguardar o indivíduo contra os atos ilegais do Poder Público de acordo com Ferreira (1984, p. 138):

(...) mandado de reintegração, de manutenção ou proibitório, por Afrânio de Melo Franco; manutenção por Matos Peixoto; ordem de garantia por Odilon Braga; Clodomir Cardoso propõe o nome sugerido por Afrânio de Melo Franco; Sérgio Loreto preferiu a designação mandado assecuratório ou recuperatório.

Apesar do grande número de contribuições apresentadas pelos Deputados à Câmara e dos debates brilhantes que ocorreram, nenhum projeto foi transformado em lei. A Revolução de 1930 encerrou os trabalhos legislativos e o assunto somente voltou a ser discutido por ocasião da Constituinte de 1934. (BARBI, 1980, p. 58).

Embora houvesse empenho por alguns Deputados, não houve aprovação do Instituto, pois os trabalhos legislativos foram encerrados devido a Revolução de 1930, sendo posteriormente levado à discussão na Constituinte de 1934.

Sendo assim segundo Barbi (1980, p. 58):

João Mangabeira sugeriu à Comissão elaboradora do Anteprojeto Constitucional a criação de um processo sumaríssimo, para proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo. Se julgasse procedente o pedido, o juiz expediria um “mandado de segurança”, proibindo a Administração a prática do ato ou determinando o restabelecimento da situação anterior.

Pois então, com João Mangabeira surge a nomenclatura utilizada até hoje, o instituto do Mandado de Segurança, sendo desta vez, um instrumento célere para proteção de direitos incontestáveis ilegalmente violados pelo Poder Executivo, sendo procedente o pedido, proibia a Administração a praticar o ato, restabelecendo *status a quo*.

### 1.3 EVOLUÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

Com a aprovação da nomenclatura do instituto sugerida por João Mangabeira, coube à Constituição Federal de 1934 inserir no seu art. 113, §33, sob a rubrica de “garantias de direitos”. De acordo com Buzaid (1989, p. 30), o mandado de segurança nestes termos: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.

Instituído e regulamentado estava então o mandado de segurança, por meio da Constituição Federal de 1934 e da Lei 191, de 16 de janeiro de 1936, só que este instituto teve um período de modificações e várias restrições, como o Decreto-

Lei 6/1937 em seu art. 16:

Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da lei n. 191 de 16 de janeiro de 1936, exceto a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Como se observa o mandado de segurança não foi extinto, mas porém está restrito, ficando fora de sua abrangência os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, Governadores e Interventores, o que demonstra a ilegalidade frente aos cidadãos, o poder executivo agindo de forma arbitrária, deixando a sociedade sem ter meios para garantia de seus direitos, características do período ditatorial.

O Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939 (Código de Processo Civil) traz em seu art. 319:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

O Código de Processo Civil de 1939 trouxe em seu teor as características mais marcantes ainda do período de obscuridade das garantias constitucionais, pois os atos do executivo não seriam mais amparados por tal instituto, ficando então neste período sem a devida proteção constitucional.

O mandado de segurança é reeditado na Constituição Federal de 1946 em seu Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias individuais, art. 141, § 24: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Agora o mandado de segurança tem suas características iniciais, abarcando todos os poderes estatais, retirando o seu caráter de restrição expressos no texto constitucional de 1937, estando apto a ser utilizado contra qualquer autoridade pública que cause lesão com características de ilegalidade.

Faltava-lhe, portanto a regulamentação, que adveio com a Lei n.º 1.533 de 31 de dezembro de 1951 que trazia em seu art. 1º:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo,

não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Com a nova regulamentação o mandado de segurança agora estava com sua força inicial, sendo que, como se pode perceber, tem mais uma característica marcante, podendo ser preventivo, pois abarca as situações de quem estiver com receio de sofrer a ilegalidade do abuso de poder e não somente quando o indivíduo já havia sido lesado.

Diversas modificações foram feitas neste instituto, mas, porém a sua estrutura permaneceu intacta, ou seja, o essencial, as garantias não foram mais alteradas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Constituição Democrática, o instituto do mandado de segurança foi totalmente recepcionado, garantindo os direitos individuais e ampliando para as situações em que houvesse a necessidade da segurança coletiva. Em seu artigo 5º a Constituição Federal de 1988:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;  
LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:  
a) partido político com representação no Congresso Nacional;  
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

O instituto do mandado de segurança, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 permaneceu intacto por longo período, desde a sua regulamentação pela Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951, embora tenha sofrido algumas alterações, mas nada tão substancial, preservando suas características essenciais. Até que em 2009, por meio da Lei n.º 12.016/2009 houve sua reedição:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Como na seara do direito, sempre se questionava acerca do cabimento do mandado de segurança por pessoas jurídicas, a nova redação veio a esclarecer de forma definitiva o seu cabimento por tais pessoas, afastando de vez as divergências

acerca do instituto, preservando o seu caráter residual e as características de proteção e prevenção.

#### 1.4 PROCEDIMENTOS APLICADOS AO MANDADO DE SEGURANÇA

Abordar-se-á neste momento a utilização do Mandado de Segurança na impugnação da omissão da Administração Pública em nomear candidatos aprovados em concurso público, o que implica em algumas particularidades. O Mandado de Segurança é ação constitucional, de natureza cível, prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição da República e na Lei 12.016/2009, visando a proteção de direito líquido e certo lesado ou que sofra ameaça de lesão, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Direito líquido e certo aquele demonstrado de plano, por meio de provas pré-constituídas, tendo em vista que o Mandado de Segurança não comporta dilação probatória. Desse modo, pretendendo-se o reconhecimento do direito à nomeação pela aprovação em concurso público, necessário que seja o mencionado direito demonstrado por prova pré-constituída, não se admitindo qualquer produção de prova durante o procedimento. Deve-se, portanto, ser claramente demonstrado que o ato ou omissão que se pretende impugnar é ilegal ou abusivo.

A petição inicial deve ser apresentada em duas vias, todas acompanhadas de documentos que sejam hábeis a sua impetração, sendo posteriormente distribuída. Ao receber a petição, o juiz deverá notificar a autoridade ao qual é atribuída a coação, remetendo-se a ele a cópia da petição, juntamente com os documentos que a instruírem, podendo o juiz também apreciar a análise de algum pedido liminar.

Caso verifique a ausência de requisito essencial, de pressupostos processuais ou inépcia da inicial, bem como o não cabimento do mandado de segurança, deve ser a petição indeferida, nos termos do art. 10, da Lei n.º 12.016/2009, decisão da qual cabe recurso de apelação.

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

§ 1º Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre.

O mandado de segurança pode ser indeferido, caso a situação fática não o comporte ou lhe falte alguns dos requisitos essenciais ou ainda, estiver fora do prazo legal de sua impetração. Esse indeferimento há que se ressaltar, deve ser sempre motivado. O recurso disponível para este indeferimento é a apelação em casos de juiz de primeiro grau, e, em caso dos tribunais, sendo do relator a decisão, caberá agravo para o órgão competente do tribunal.

Não sendo indeferida a petição inicial, prossegue-se o feito com a apresentação de informações da autoridade coatora, considerada a pessoa que praticou o ato abusivo ou ilegal, conforme ensinamento de Reis (2000, p. 61):

É a autoridade pública que emite ato como manifestação ou omissão (equipara-se a ato desde que provoque lesão a direito objetivo) do Poder Público ou de seus delegados que se encontrem no exercício e competência de suas funções e até mesmo 'a pretexto de exercê-la'(...)

Há de se salientar, que o ato deve ser praticado por autoridade pública, que tenha poder de decisão, mesmo que seja sob o pretexto de exercer a função pública. Assim, o coator segue sempre o representante da pessoa do polo passivo, mas jamais será ele parte da relação jurídico-processual. É mero informante. É agente administrativo.

Posteriormente, ouve-se o Ministério Público e os autos são conclusos para o magistrado, que deve proferir a sentença em trinta dias, tendo em vista que os processos de mandado de segurança possuem prioridade sobre os demais, exceto habeas corpus.

É ensinamento de Pacheco (2008, p. 221):

O juiz deve sentenciar com as informações, se houver, ou sem elas, sendo imprescindível o pronunciamento do Ministério Público. Descomportando diligência de índole probatória, a não ser a requerida pelo impetrante para pedir a exibição de atos, na forma do art. 7º, I, da Lei 1.533/51, não se há de designar audiência para instrução, nem de abrir dilação nesse sentido. (PACHECO, 2008, p. 221).

A manifestação do Ministério Público é essencial, devendo o juiz sentenciar logo em seguida, sendo que o mandado de segurança não comporta dilação probatória. Outra peculiaridade que merece destaque refere-se ao prazo para impetração da ação mandamental.

Nos termos do art. 23, da Lei n.º 12.016/2009: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados

da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. Conforme se observa, o Mandado de Segurança deve ser impetrado no prazo decadencial de 120 dias, contados da ciência do ato impugnado.

Entretanto, em se tratando de omissão da Administração Pública, o referido prazo inicia seu decurso ao fim do prazo que possui a Administração para praticar o ato ou, caso não haja previsão de prazo legal para a prática do ato. Di Pietro (2005, p. 689) diz que “não se cogita decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo a quo; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado”.

Desse modo, no caso em questão, o prazo para impetração do *mandamus* inicia-se ao término do prazo de validade do concurso, previsto no art. 37, III, da Constituição da República, oportunidade em que se encerra o questionado dever da Administração Pública em nomear os candidatos aprovados.

A questão do prazo para impetração do Mandado de Segurança tem sido alvo de interpretações divergentes, como se observa no julgamento proferido pela Juíza Roberta Wolpp Goncalves,

NR. PROTOCOLO: 166223-34.2013.8.09.0139. AUTOS NR.: 143  
NATUREZA: ORDINARIA REQUERENTE: HUGO DELEON RODRIGUES  
ALVARENGA. REQUERIDO: MUNICIPIO DE RUBIATABA ADV REQTE:  
29972 GO - LEIDIANE DE MORAIS E SILVA ADV REQDO: 8198 GO -  
RUBENS FERNANDO MENDES DE CAMPOS. EMENTA: **Apelação cível  
aprovação em concurso público direito a nomeação concurso público  
com prazo de validade vencido decadência configurado expirado o  
prazo de validade do certame do concurso, opera-se a decadência do  
alegado direito a nomeação**, tendo como espeque o inserto no art 37, III e  
IV, CR/88 (Apelação Cível n 1011006015643-4/002 comarca de Campestre  
apelante (s): Jacira Aparecida Moreira apelado (a)(s): município Campestre)  
EMENTA: mandado de segurança concurso público prazo de validade  
expirado decadência deflagrada extinção do processo opera-se a decadência  
do eventual direito a nomeação do candidato aprovado em concurso público  
com a expiração do prazo de validade deste, o qual se submete as regras  
contidas no a RT 37, incisos III, IV, da Constituição da republica denegada a  
segurança (mandado de segurança n 1000008476138-6/000 relator: Exmo Sr  
Des Kildare Carvalho Corte Superior Pub 11 09 2009) ante o exposto,  
deflagrada a decadência, julgo extinto o processo, com resolução meritória,  
nos termos do art 269, IV, do CPC custas pelo requerente, suspensa a  
exigibilidade em decorrência da parte ser beneficiária da assistência judicial  
gratuita (art 12 da lei n 1060/15) publique-se registre-se intimem-se cumpri  
das todas as determinações acima exaradas, apos o trânsito em julgado,  
certifique-se e archive-se os autos com as devidas baixas e cautelas de praxe  
Rubiataba GO, 09 de outubro de 2014 Roberta Wolpp Goncalves Juiza de  
Direito.

Para a Juíza Roberta Wolpp da comarca de Rubiataba-GO, o prazo para a impetração do Mandado de Segurança seria no prazo de validade do concurso, ou seja, caso o candidato deixe escoar esse prazo, estaria, então, decaído o direito à

utilização deste instrumento.

A decisão da Juíza Roberta Wolpp Gonçalves fora baseada no recurso 1000008476138-6/000, tendo como relator Kildare Carvalho do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO - DÉCADÊNCIA DEFLAGRADA -EXTINÇÃO DO PROCESSO. **Opera-se a decadência do eventual direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público com a expiração do prazo de validade deste, o qual se submete às regras contidas no art 37, incisos III, IV, da Constituição da República.** Denegada a segurança. (TJ-MG 100000847613860001 MG 1.0000.08.476138-6/000 (1), Relator: KILDARE CARVALHO, Data de Julgamento: 12/08/2009, Data de Publicação: 11/09/2009)

Percebe-se que, de acordo com essa decisão, caso o candidato deixe expirar o prazo de validade do concurso, decairá, por consequência, o direito de impetrar o Mandado de Segurança, pois o direito não será mais líquido e certo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgando a Apelação nº 280.549-7 – TJ-MG, tendo como Relator o Desembargador Eduardo Andrade decidiu:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO - PRETENSÃO DE CANDIDATAS CLASSIFICADAS À NOMEAÇÃO PARA PROVIMENTO DE CARGOS - DECADÊNCIA DO DIREITO CONFIGURADA. A aprovação em concurso público produz mera expectativa de direito, ficando o provimento condicionado a juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública, no exercício do poder discricionário. Logo, no prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, apenas se o cargo for preenchido através de nomeação sem observância da classificação, hipótese não verificada nos autos. **Esgotado o prazo de validade do concurso, fica caracterizada a decadência, que tem por efeito extinguir o próprio direito sobre o qual se fundamenta o pedido exordial.** (grifos nossos) (Apelação nº 280.549-7 – TJ-MG. Relator: Desembargador Eduardo Andrade).

O posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem entendido que esgotado o prazo de validade do concurso, está caracterizada a decadência, extinguindo o direito sobre o qual se fundamenta o Mandado de Segurança, ou seja, direito líquido e certo.

Em que pese a decisão da Juíza Roberta Wolpp Gonçalves, baseada nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tem decidido:

18.2012.8.09.0000(201292240920). EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EMENDA À INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. MARCO INICIAL. CADASTRO RESERVA. NOMEAÇÃO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1 - Ordenada emenda à inicial para fazer constar como autoridade impetrada, a figura do Governador do Estado, legitimado a efetivar a nomeação de todos os concursos públicos no âmbito estadual, não há que se falar em ilegitimidade, face o advento da preclusão inserido na ausência de insurgência recursal a tal comando. 2 - **O prazo decadencial para impetração de mandado de segurança quando versa a questão sobre ato omissivo ínsito a não nomeação de candidato em concurso público, tem marco inicial no término do prazo de validade do certame.** 3 - A aprovação de candidato, em quantitativo destinado ao cadastro reserva, se transmuda de direito subjetivo à direito líquido e certo à nomeação, quando a Administração Pública promove a nomeação de candidatos, e dentre estes tem-se a desistência de candidato que antecede ao impetrante. Segurança Concedida. DECISAO: ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão pelos integrantes da Corte Especial, à unanimidade de votos, em conceder a segurança, nos termos do voto do relator.

Então, percebe-se a divergência entre entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, mas, para alívio dos concursados, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, julgando o AgRg no RMS 36.299/SP, tendo como Relator o Ministro Castro Meira decidiu que:

STJ - MANDADO DE SEGURANÇA MS 19227 DF 2012/0205561-8 (STJ)  
Data de publicação: 30/04/2013. Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONTADOR DO QUADRO DE PESSOAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. EXISTÊNCIA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS EM NÚMERO SUFICIENTE PARA ALCANÇAR A CLASSIFICAÇÃO DO IMPETRANTE. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO. FIM DA VALIDADE DO CERTAME. NOTIFICAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS MELHORES CLASSIFICADOS QUE O IMPETRANTE. DESNECESSIDADE. CONTRATAÇÃO DE NOVOS SERVIDORES. NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. COMPROVAÇÃO. REQUISICÃO DE SERVIDORES/EMPREGADOS PÚBLICOS. ABUSO. EXISTÊNCIA. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA NOMEAÇÃO À DATA DE EXPIRAÇÃO DA VALIDADE DO CONCURSO (29/6/12). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. MANDAMUS UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DE COBRANÇA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS. PRESENÇA. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Para fins de impetração de mandado de segurança, entende-se por Autoridade "a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal" (MEIRELLES, Hely Lopes et al. Mandado de Segurança e ações constitucionais. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33). 2. **O "término da validade do concurso marca o termo a quo da contagem do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança dirigido contra ato omissivo da autoridade coatora, que se furtou em nomear o candidato no cargo para o qual fora aprovado"** (AgRg no RMS 36.299/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 21/8/12). 3. Nos termos do art. 131, caput, da CRFB/88 c.c. 4º, I e XVII, e 49, § 2º, da Lei Complementar

73/93, é do Advogado-Geral da União a competência para promover a investidura de servidores em cargos públicos do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, sendo irrelevante que a tenha delegado ao Secretário-Geral de Administração daquele órgão público pois, por estar autorizada pela referida lei complementar, torna-se inaplicável a regra contida...

Para o Superior Tribunal de Justiça o prazo para Impetração do mandado de Segurança inicia-se com a expiração do prazo do concurso público, ou seja, do período em que a administração teria que ter nomeado os candidatos aprovados e classificados, mas, por omissão do poder público, ainda não foi efetivado, cabendo ao interessado utilizar-se deste instrumento como garantia de seu direito líquido e certo.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região pautando-se nas decisões recorrentes do Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

TRF-1 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 277918420114013300 (TRF-1). Data de publicação: 26/11/2014. **Ementa:** PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO APÓS O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO: POSSIBILIDADE. MÉRITO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. I - **O Colendo Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que o termo inicial do prazo decadencial para se impetrar mandado de segurança contra ausência de nomeação de candidato aprovado em concurso público é a data de expiração da validade do certame, razão pela qual possível não se revela a extinção do processo sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, sob o fundamento de que impetrado o mandado de segurança apenas após escoado o prazo de validade do concurso público.** Reforma da sentença. Exame da matéria por força do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil . II - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 598099/MS, com repercussão geral reconhecida, firmou orientação no sentido de que, "dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público". III - Aprovado o impetrante dentro do número de vagas previsto no edital, deve ser concedida a segurança a fim de que lhe sejam assegurados nomeação e posse no cargo respectivo, não havendo que se falar em incidência da Portaria MPOG nº 39, de 25 de março de 2011, pela qual foram suspensas, por prazo indeterminado, as nomeações no âmbito da Administração Pública Federal, vez que não mais vigente, tendo a própria Universidade Federal da Bahia, no corrente ano, realizado nomeações referentes a concursos posteriores ao realizado pelo impetrante. IV - Recurso de apelação interposto pelo impetrante a que se dá provimento....

Tendo como referência as decisões anteriores proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, fica demonstrado que o prazo inicia-se a partir do momento em que fora expirada a validade do concurso, sendo então, garantida a Segurança à

nomeação do candidato então aprovado e classificado, ficando a administração pública obrigada ao certame, uma vez que está vinculada.

## **CAPÍTULO II**

### **CONCURSOS PÚBLICOS**

#### **2.1 HISTÓRICO**

Tem-se como surgimento do concurso público em meados do século XIX, sendo objeto de diversas mudanças, principalmente ocorridas devido às constantes reformulações da Administração Pública, sendo inicialmente ocupados os cargos públicos de forma hereditária. Essas reformulações eram importantes e se faziam necessárias, pois a população pressionava por direitos de igualdade nos cargos públicos, além da não aplicabilidade de distinções, mas de acordo com a aptidão e mérito de cada indivíduo, abrindo-se assim, oportunidades a todos que tivessem o conhecimento e o talento necessário para preenchimento das vagas existentes.

As seleções públicas tiveram seu desenvolvimento na França, por meio de Napoleão. As espécies eram sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, nomeação, eleição e concursos, definidos da seguinte forma, segundo Cretella Junior (1992):

- 1- sorteio: meio utilizado na Antiguidade clássica, pelas Comunas Italianas da Idade Média e, em especial, pelos gregos de Esparta e de Atenas ficou famoso pelas circunstâncias especiais em que cargos de natureza política eram sorteados. Existia o sorteio puro (que se aplicava a pessoas que passavam pelo crivo de um processo seletivo) e o sorteio condicionado (aplicado a pessoas que reuniam determinadas condições apreciáveis dentre os que poderiam ser escolhidos para os cargos públicos);
- 2- compra e venda: consiste na alienação, pelo Estado a particular, a título oneroso, dos empregos públicos. Sistema utilizado na Idade Média, principalmente na França;
- 3- herança: também instituído na Idade Média, tratava-se de um sistema de ingresso nos cargos públicos por meio de hereditariedade;
- 4- arrendamento: meio pelo qual o Estado cedia cargos públicos aos particulares, por prazo determinado e mediante uma quantia arrecadada aos cofres públicos. Teve origem feudal;
- 5- livre nomeação absoluta: forma de designação para o cargo público

efetuado por um só indivíduo, sem a interferência de qualquer poder;

6- livre nomeação relativa: ao contrário da livre nomeação absoluta, este sistema perfaz-se em ato administrativo complexo, onde o ato para se tornar perfeito e acabado necessita da manifestação de vontade de um poder sob a aprovação de outro poder;

7- eleição: consiste a eleição na escolha do funcionário pelo sufrágio, direto ou indireto;

8- concurso: processo normal de provimento da maioria dos cargos públicos na época moderna. Série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham na obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos e atividades a julgamento de comissão examinadora.

Já no Brasil, a Constituição do Império de 1824 foi a primeira a fazer referência aos cargos públicos, em seu artigo 179, inciso 14: "que todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes".

Percebe-se que Dom Pedro I, ao instituir as regras de acesso aos cargos públicos, deixa claro que estes poderiam ser preenchidos por qualquer cidadão, sendo irrelevantes outras distinções que não sejam referentes aos talentos e virtudes de cada cidadão.

Mas foi na Constituição Federal de 1934, no entanto, que ficou expressa a forma de admissão aos cargos públicos por meio de concurso público. A Magna Carta trazia em seu artigo 170 a forma de investidura em cargos públicos: "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". Na prática, o concurso era aberto aos candidatos para a primeira investidura, em alguns cargos em específico, sendo os demais cargos providos apenas através de concurso interno.

Como fica evidente no trecho apresentado, ficou desde então, instituído que o concurso seria o meio apto a investir o cidadão em cargo público, mas deixa claro também, que seria objeto de concurso público somente a primeira investidura, deixando então, de regular a forma de ascensão ou de promoção nos cargos públicos.

Adveio então a Constituição Federal de 1988, com diversas modificações em relação às anteriores, passando-se a exigir, concurso de provas ou provas e títulos para os cargos e empregos públicos, com exceção dos elencados na Emenda Constitucional nº 19 de 04 de Junho de 1998, estando entre eles, os cargos em comissão, de confiança (já sendo servidor efetivo), membros de tribunais, aproveitamento de ex-combatentes da segunda guerra mundial e os denominados

servidores contratados temporariamente, com base no art. 37, IX, da CF/88.

Desde a promulgação da nossa atual Carta Magna, até os dias atuais, muito vem se modificando a sistemática dos concursos públicos. O entendimento jurisprudencial acerca da nomeação de candidatos aprovados vem evoluindo ou se "positivando", o que representa um alento para aqueles que sonham com a tão sonhada nomeação em um cargo público.

Segundo Carvalho Filho (2001):

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos. (FILHO, 2001, p. 472).

Como pode ser observado, o concurso público tem o objetivo de fazer com que a administração pública preencha as vagas disponíveis em seu quadro funcional, devendo ser feito de acordo com a lei, ou seja, por meio de uma seleção aberta a todos os interessados, sem preferências individuais, onde possa escolher dentre os inscritos os que preencham de forma mais adequada as vagas ofertadas.

Para Meirelles (2003, p. 319), levando em conta os fins do Estado, ele considera como serviço público "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado".

Nesta definição fica clara a definição de serviço público, podendo ser ele prestado tanto pela administração direta ou por delegação às pessoas jurídicas incumbidas de exercer determinada atividade, desde que sejam regidos por normas e controladas por meio do Estado, de forma a satisfazer da melhor forma possível os anseios da sociedade, podendo esta delegação ser efetivada por conveniência ou necessidade do poder público.

Os Servidores públicos subdividem-se em regime estatutário, celetista e temporária, pois são remunerados por meio do erário público, prestando serviços nas mais diversas esferas administrativas do Estado.

Os estatutários são regidos por estatuto próprio do servidor público, já os celetistas ou empregados públicos, embora estejam prestando os mesmos serviços e atribuições, são regidos pelas normas trabalhistas que regulam as relações de

empregos da iniciativa privada, podendo estar presentes nas mais diversas repartições do poder público.

Meirelles (2006, p. 434), define o concurso público como sendo:

[...] 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, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.

Observa-se que o concurso público tem o condão de tornar o ato de provimento de cargos públicos idôneo para a administração pública, efetivando o princípio da igualdade, pois a oportunidade fica aberta para todos os interessados, desde que atendam aos requisitos presentes no edital, de acordo com a complexidade do cargo. Fica evidente também que a seleção pública busca, também, a maior eficiência e eficácia do serviço público, além de estar moralmente revestida de legalidade, sem privilegiar uns em detrimento de outros. Sendo assim, a Administração Pública utiliza-se do concurso público como instrumento para prover cargos e empregos públicos necessários ao funcionamento da estrutura pública administrativa.

Trata-se de exigência constitucional inserida no artigo 37, inciso II, da Carta Magna. Tendo esta norma força vinculativa, posto que, para o ato de provimento de cargo ou emprego público, na administração direta ou indireta, o concurso público deverá ser previamente realizado pelo gestor público, como se infere abaixo:

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:

I- os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;" (BRASIL, 1998).

Os princípios da administração pública são a base do poder estatal, não podendo em nenhum momento estar revestido de ilegalidade, devendo o administrador público estar sempre atento aos seus mandamentos. Sendo estes, não uma mera disposição à vontade do administrador, mas um dever da administração

pública, seu cumprimento é norma cogente. Fica claro a forma de acesso aos cargos públicos, não podendo ser obstaculizada por mero desleixe ou favorecimento pessoal do administrador público, ficando os cargos existentes vinculados à força do edital, dependendo a nomeação do candidato da prévia aprovação em concurso público, observando a natureza do cargo e a sua complexidade.

Numa breve análise, pode-se verificar que o instituto do concurso público se confunde com o surgimento do Estado de Direito, pois com ele surgiram princípios basilares, como o princípio da legalidade, que atribui ao Estado o que lhe é vedado ou permitido fazer.

Há que se fazer uma necessária distinção existente, pois o candidato pode ser aprovado, mas não classificado. Explica-se, é considerado "aprovado" num concurso público, aquele candidato que consegue obter a pontuação mínima necessária prevista em edital - instrumento que rege o concurso - para sua não eliminação, além do preenchimento dos demais requisitos. Já o candidato "classificado", é aquele que além de aprovado no concurso público, figura dentro do número de vagas previsto inicialmente em edital. Faz-se necessário essa distinção, uma vez que ela poderá ser determinante para garantir a futura nomeação do candidato.

Quanto ao prazo de validade de um concurso público, conforme o art. 37, III da Constituição poderá ter validade de até dois anos, podendo ser prorrogado por igual período.

## 2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios são a base de todo o ordenamento jurídico, devendo ser observados pela administração pública direta, de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e as indiretas, como Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista. São regras necessárias à interpretação das diversas normas jurídicas, indicando os caminhos a serem seguidos, eliminando lacunas, trazendo coerência e harmonia.

Os princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são:

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.

Fica evidente que a Administração Pública deverá estar sempre em busca da atenção primordial a tais princípios, não podendo agir discricionariamente sem a sua observância. Ao tomar qualquer decisão deve estar sempre atenta, pois está totalmente submissa a esses princípios.

Para Guimarães (2003, p. 85):

Os princípios jurídicos são uma forma de representação da vontade de um povo; dão início de qualquer interpretação constitucional, buscando uma melhor concepção do sistema de normas legais; estando interligados entre si, podendo o interprete organizá-los focalizado o caso concreto para a devida aplicação, podem estar postos ao ordenamento de forma expressa ou implícita, tendo ambas as formas a mesma relevância no sistema.

Fica claro que os princípios são a representação da vontade do povo, servindo de base à interpretação do texto constitucional, devendo ser aplicado da forma adequada ao caso concreto, podendo estar disposto no ordenamento jurídico de forma implícita ou explícita.

Para Moraes (2003, p. 14):

Os Direitos e as Garantias Constitucionais, além de significarem a positivação de Princípios Jurídicos, também formalizam uma variada gama de elementos que ficam disponibilizados a qualquer cidadão, para que este busque a tutela que se faz necessária.

Vislumbra-se que os direitos e as garantias constitucionais fazem parte da positivação dos princípios jurídicos, sendo o Mandado de Segurança um desses instrumentos aptos a garantir os direitos elencados na Constituição Federal de 1988, podendo ser manejado sempre que o cidadão sentir-se violado em seu direito ou na ameaça de sê-lo, desde que seja a prova-pré constituída e não seja cabível *habeas corpus* ou *habeas data*.

### 2.2.1 Princípio da Legalidade

Este princípio é a base de todo concurso público, onde todas as ações da Administração Pública devem ser pautadas no cumprimento do ordenamento jurídico, e não meramente na lei. Sendo assim, Meirelles (2006, p. 87) conceitua o princípio da legalidade no âmbito administrativo:

A legalidade como princípio de administração (Cf. art. 37, caput), significa que o administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e à exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

O princípio da legalidade possui dois âmbitos de aplicação. Quando é voltado à atuação dos particulares, na seara privada, o sentido é de que aos particulares é lícito fazer tudo que a lei não proíba. Quando busca regular a atuação administrativa do Estado, tem um enfoque mais restritivo, pois para a Administração Pública representa a garantia constitucional de que sua atuação será limitada aos ditames legais (MEIRELLES, 2006, p. 88).

Fica demonstrado que a administração pública em seus atos decisórios tem que estar plenamente vinculada à lei. Ampliando esta visão, o princípio da legalidade diz que os atos públicos quanto aos concursos públicos têm que estar vinculada ao edital que a própria administração pública redigiu, não podendo se esquivar de suas obrigações frente aos concursados, utilizando-se de diversas artimanhas ocasionais.

### 2.2.2 Princípio da Isonomia

Este princípio é extremamente importante, pois foi sendo moldado aos poucos em nossa sociedade, para ser mais específico, em nossas Constituições anteriores, restando a previsão de forma expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, quando diz que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Este princípio faz com que o cidadão tenha direito a acesso igualitário nos cargos e empregos públicos oferecidos pelos Estados, Municípios, Distrito Federal, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas, através de concurso público.

Gasparini (2003, p. 18) explica este princípio:

A Constituição Federal, no artigo 5º estabelece que, sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei. É o princípio da igualdade ou isonomia. Assim, todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, tem o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais. (GASPARINI, p. 18).

Todos são iguais perante a lei, não podendo a administração agir de forma diferente, não podendo, a Administração Pública, utilizar-se de instrumentos que façam com que determinados candidatos sejam privilegiados em detrimento de outros,

pois a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo o princípio da Isonomia, tornando todos os candidatos com os mesmos direitos, sem ser possível que haja a prevalência de uns sobre os outros.

### 2.2.3 Princípio da Impessoalidade

Neste princípio fica demonstrado que a administração pública deverá pautar-se por critérios objetivos em suas decisões, não podendo dar margem ao subjetivismo, favorecendo determinados candidatos. Por este princípio tem-se a obrigação constitucional de que os atos da Administração devem ser dirigidos e praticados visando a todos indistintamente, e não há alguns individualizados, posto ser interesse público a prática dos atos de forma a não favorecer um em detrimento de outros que estejam na mesma situação jurídica, em igualdade.

Alexandrino e Paulo (2005, p. 111) afirmam esse entendimento:

A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato por essência. Impede, o princípio, perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado em razão de objetivo diverso da tutela do interesse da coletividade será inválido por desvio de finalidade.

Percebe-se claramente a questão da invalidade do ato administrativo que, estando, em sua essência, eivado de desvio de finalidade, pois não estará de acordo com a coletividade, privilegiando alguns poucos em detrimento dos demais. Os atos devem ser vinculados à lei, o que impede tanto favores pessoais, quanto perseguições a determinados indivíduos. Fica, portanto, caracterizado, que eventuais "subjetivismos" e/ou favorecimentos a determinados candidatos, constituem flagrante violação ao princípio da impessoalidade.

No princípio da impessoalidade se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Neste princípio observa-se o fato de que a Administração Pública não pode

fazer discriminação em relação a certos candidatos, nem mesmo ter preferência entre um ou outro, devendo estar a decisão isenta de favoritismo ou perseguições. O candidato que tiver melhor desempenho durante as fases concursais deverá ser o detentor da vaga outrora ofertada, sem que seja preterido a outros candidatos em razão de simpatias ou amizades pessoais.

#### 2.2.4 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O edital é a lei que rege o concurso público, pois o princípio da vinculação ao edital diz que a Administração Pública deve ter as regras, impostas através do instrumento convocatório do certame. É o instrumento no qual estão descritas as regras para a admissão ao cargo público como provas, quantidade de vagas, remuneração, idade limite e etc. Devido ao princípio constitucional da vinculação ao edital, tanto a Administração Pública, quanto o candidato devem irrestrita obediência às regras, sob pena de nulidade do certame.

Bacellar Filho (1998, p. 47) define:

O edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos, que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitam com regras e princípios superiores e que por isso são ilegais ou inconstitucionais.

O concurso público é todo delineado por meio do edital, suas fases, seus requisitos, qual a finalidade. Sendo assim, a administração está vinculada à ele, sendo por ele subordinada, podendo ser objeto de discussão somente em questões que sejam ilegais ou inconstitucionais. Verifica-se previsão legal deste princípio, quando a Lei 8.666/93, que versa sobre os contratos administrativos da Administração Pública, em seu artigo 44, explica que "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

Ao administrador compete o estabelecimento de condutas que visem à lisura e o bom andamento do certame. É primordial a obediência bilateral das partes concorrentes, onde a Administração impõe previamente as condições que deseja, e o candidato concorda com as respectivas regras, quando se inscreve para o certame, estabelecendo uma relação jurídica entre estes.

Nesse sentido, manifestam-se os Tribunais:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PARA A MAGISTRATURA DO ESTADO DO PIAUÍ. CRITÉRIOS DE CONVOCAÇÃO PARA AS PROVAS ORAIS. ALTERAÇÃO DO EDITAL NO CURSO DO PROCESSO DE SELEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O Conselho Nacional de Justiça tem legitimidade para fiscalizar, inclusive de ofício, os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário (MS 26.163, rel. min. Carmem Lúcia, DJe 04.09.2008). 2. Após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira. Precedentes. (RE 318.106, rel. min. Ellen Gracie, DJ 18.11.2005). 3. No caso, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambiguidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Ficou evidenciado, contudo, que o critério de escolha dos candidatos que deveriam ser convocados para as provas orais do concurso para a magistratura do Estado do Piauí já estava claramente delimitado quando da publicação do Edital nº 1/2007. 4. A pretensão de alteração das regras do edital é medida que afronta o princípio da moralidade e da impessoalidade, pois não se pode permitir que haja, no curso de determinado processo de seleção, ainda que de forma velada, escolha direcionada dos candidatos habilitados às provas orais, especialmente quando já concluída a fase das provas escritas subjetivas e divulgadas as notas provisórias de todos os candidatos. 5. Ordem denegada" (grifei). Isso posto, denego a ordem (art. 205 do RISTF). Cassada, pois, a medida liminar deferida às fls. 75-77. Publique-se. Brasília, 27 de julho de 2009. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator - 1 (BRASIL, 2009).

Portanto, fica configurado que tanto o Administrador quanto o candidato, devem total e irrestrita obediência ao edital, não sendo admitidas alterações posteriores para evitar possível escolha "direcionada" de candidatos ou margem para subjetivismos. A mudança nas regras do edital apenas é admitida, quando houver alteração na legislação que discipline a carreira, uma vez que o edital de um concurso público sempre está majoritariamente subordinado a lei.

#### 2.2.5 Princípio da Publicidade

Os concursos públicos promovidos pela Administração Pública tem um caráter público, sendo que seus atos devem estar amplamente publicizados, conforme podemos constatar na leitura do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

XIV - assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.  
XXXIII - todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Vedadas as ressalvas, que exijam sigilo, a administração pública tem que ter todos os seus atos divulgados por meio de imprensa oficial, além de outros meios de comunicação adequados, fazendo com que seus atos e decisões sejam o mais transparente possível, não dando, assim, margem às dúvidas por parte da sociedade.

Silva (2000, p. 653) diz que:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Conforme se observa, o poder público deve agir de forma transparente, devendo pautar suas ações de forma legal, estando sempre apta a prestar informações aos cidadãos sempre que seja necessário.

#### 2.2.6 Princípio da Proibição da Quebra da Ordem Classificatória

Este princípio traz em seu bojo a garantia de que o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas ofertadas não terá sua vaga sendo objeto de preferências ilegais, pois poderia ocorrer de a Administração Pública colocar um candidato que tivera classificação inferior em vaga que seria por ele ocupada. Mas caso isto ocorra, o candidato que obtiver uma colocação mais elevada e não nomeado terá adquirido o direito subjetivo à sua nomeação.

Conforme a jurisprudência do TRT da 7ª Região:

TRT-7 - RECURSO ORDINÁRIO RECORD 758200802407005 CE 00758/2008-024-07-00-5 (TRT-7)

**Ementa:** CONCURSO PÚBLICO CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO SEM A OBSERVÂNCIA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. DIREITO SUBJETIVO. A aprovação em concurso público gera, em princípio, mera expectativa de direito. Contudo, o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital, adquire direito subjetivo à nomeação. Isso porque, nesse caso, estaria a administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação escaparia ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Em assim, malgrado tenha a reclamante sido nomeada em desarmonia com a ordem de classificação, não se há falar em nulidade de tal ato, considerando sua aprovação dentro das vagas ofertadas e a existência de vagas remanescentes reservadas a eventuais candidatos preteridos.

Está claro que a quebra da ordem classificatória do concurso público, estando a Administração Pública plenamente vinculada ao edital, gera para o

candidato o direito subjetivo à sua nomeação.

Tal princípio está positivado através da Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da ordem de classificação."

Fica claro que o candidato aprovado em concurso público ao qual não tenha sido observada a ordem classificatória terá direito à sua nomeação frente à administração pública, desde que o prazo do concurso público ainda esteja em vigor.

### 2.2.7 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O candidato tem o direito de recorrer administrativamente da decisão proferida pelo Poder Público, devendo ser feito o reexame de tal decisão pelo ente que a proferiu, não podendo ser objeto de obstáculos ou denegação, pois caso haja assim, a Administração Pública fere o princípio da ampla defesa.

Conforme Carvalho Filho (2007, p. 818):

Com efeito, o texto do art. 5º, LV, da Constituição Federal deixa claro que o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. As hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito defesa (CARVALHO FILHO, p. 818).

Como se observa o princípio da ampla defesa não estará totalmente delineado caso não se tenha acesso aos recursos, pois as arbitrariedades por parte do poder público devem ser corrigidas, não podendo tal instrumento ser afastado da utilização pelo cidadão que teve seu direito ameaçado ou violado pelo Poder Público.

Para Meirelles (2003, p. 81), "os recursos administrativos são um corolário do Estado de Direito e uma prerrogativa de todo administrador ou servidor atingido por qualquer ato da Administração".

Sendo assim, a Administração Pública não pode obstaculizar a utilização dos recursos por parte do candidato ao certame, pois é um direito subjetivo amparado pelo Estado de Direito, devendo, então, sujeitar-se ao princípio da ampla defesa, além de estar vinculada ao instrumento instituidor do concurso público.

Carvalho Filho (2005, p. 764) menciona, ainda, que:

A noção que encerra o direito de petição é ampla e logicamente abrange também os pedidos revisionais como são os recursos administrativos. Podemos, assim, concluir que os recursos são uma forma de exercer o direito de petição, não podendo os indivíduos, em consequência, encontrar óbices para sua interposição.

Não pode ser objeto de óbices por parte da Administração Pública a interposição de recursos, sendo que o direito de petição é regularmente instituído pela Constituição Federal de 1988 em seu art. XXXIV, alínea “a”, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” uma vez que busca a revisão de um ato praticado que pode estar eivado de irregularidades, devendo, portanto, serem sanadas.

## CAPÍTULO III

### DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

#### 3.1 MERA EXPECTATIVA DE DIREITO

Inicialmente o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas ofertadas no edital não detinha direito algum em relação à sua nomeação, pois a legislação à época não previa o direito deste candidato ao acesso aos cargos públicos, ficando totalmente dependente da discricionariedade do Poder Público. Neste período, mesmo o candidato estando nas primeiras colocações ficava dependendo do ato discricionário, de acordo com a conveniência e oportunidade do Poder Público, gerando para este candidato insatisfação e descrédito nas ações advindas dos administradores públicos.

A aprovação em concursos públicos esteve por muito tempo presa à ideia de que "a aprovação em concurso não gera direito a nomeação, constituindo mera expectativa de direito", conforme se observa, o Supremo Tribunal Federal, no MS 21870/DF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO A NOMEAÇÃO. Súmula 15-STF. I. - **A aprovação em concurso não gera direito a nomeação, constituindo mera expectativa de direito.** Esse direito somente surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado. Súmula 15-STF. II. - Mandado de Segurança indeferido. (STF - MS: 21870 DF, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 07/10/1994, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 19-12-1994 PP-35181 EMENT VOL-01772-02 PP-00394).

Fica evidente a posição do STF quanto aos direitos dos candidatos, ficando, então, somente com o direito subjetivo à nomeação, constituindo uma mera expectativa de direito, a não ser que haja quebra na ordem classificatória,

convocando-se por privilégio outros candidatos que não seguissem a ordem estabelecida.

Ainda Súmula 15 do STF - editada em 13.12.1961, veio a solucionar diversas demandas judiciais e administrativas - prevendo que "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.". O direito de o candidato ser nomeado surgia apenas quando ficava demonstrada a não observância da ordem classificatória do concurso.

Vale ressaltar que a preterição comentada ocorre quando a Administração Pública por conta própria, resolve nomear candidato em posição inferior a algum que ainda não teria sido nomeado. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, não existe abuso de autoridade ou ilegalidade pelo Poder Público na quebra de ordem classificatória por decisão judicial, pois mesmo durante o prazo de validade do concurso, "as nomeações realizadas por decisão judicial não geram preterição, uma vez que a Administração Pública não pode se eximir de cumprimento de determinação judicial." (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO no RMS 39906 PE 2012/0270940-5 (STJ)).

### 3.2 ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO COM CONCURSO ANTERIOR EM VIGÊNCIA

Os candidatos aprovados em concursos vigentes têm prioridade em relação àqueles provenientes de novos concursos, conforme a Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, IV "durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira."

Sendo assim, os Tribunais tomaram outro posicionamento, passando a decidir que, a abertura de novo edital para o mesmo cargo, contendo candidatos aprovados com concurso em vigência, também gerava direito ao candidato, conforme AC 200733000185470 BA - TRF 1:

**APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA OFICIAL. CONCURSO PARA DOCENTE DO MAGISTÉRIO SUPERIOR. CANDIDATOS APROVADOS EM CERTAME COM PRAZO DE VALIDADE EM VIGOR. PUBLICAÇÃO DE NOVO EDITAL PARA CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR SUBSTITUTO PARA IDÊNTICA ÁREA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGAS E**

**DA NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO CONFIGURADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. ART. 37,IV, DA CF. SENTENÇA MANTIDA.**

Evidenciada a existência de vagas e restando candidatos que ainda não foram nomeados para ocupação de vagas existentes, sendo que a administração pública ainda tenha necessidade, há o direito subjetivo à nomeação. Logo, com exceção da abertura de novo concurso, com concurso anterior em vigência, ou da quebra da ordem classificatória, o candidato aprovado e classificado dentro das vagas ainda detinha mera expectativa de convocação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí ao julgar a APL 200800010003255 tendo como Relator o Desembargador Haroldo Oliveira Rehem decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – AÇÃO COMINATÓRIA C/C PEDIDO DE LIMINAR DE TUTELA ANTECIPADA - CONCURSO PÚBLICO – ABERTURA DE NOVO CERTAME NA VIGÊNCIA DE CONCURSO ANTERIOR – CRIAÇÃO DE VAGAS – NOMEAÇÃO DE NOVOS CANDIDATOS – PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS JÁ APROVADOS – DIREITO À NOMEAÇÃO – POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTABELECIDOS DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA MONOCRÁTICA. 1. **Sendo aberto novo concurso, na vigência de concurso anterior, com candidatos aprovados para o mesmo cargo, a nomeação dos novos concursados acarreta a preterição dos concursados aprovados no certame anterior, gerando direito à nomeação destes. Nesse caso, a mera expectativa de direito transmuda-se em direito subjetivo à nomeação, posto que demonstrada a necessidade do serviço com a criação de novas vagas, passando os candidatos outrora aprovados a ter direito de preferência em relação aos novos concursados.** 2. Desse modo, com a abertura de novas vagas em um novo concurso, quando não expirado o prazo de validade do concurso anterior, a nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas nesse certame, deixa de ser discricionária para ser vinculada, posto que, como se disse, passam os aprovados a ter direito subjetivo à nomeação. 3. Cabe ao Poder Judiciário a tarefa de verificar a legalidade do ato e a vinculação ao edital, o que ficou prontamente comprovado no caso dos autos, uma vez que se buscou nesse feito verificar a legalidade do procedimento de contratação dos novos concursados em detrimento dos candidatos anteriormente aprovados em concurso que não teve seu prazo de validade expirado, de forma a tender ao disposto no art. 12, § 2º da Lei nº 8.112/90.3. O arbitramento dos honorários exige ponderação harmoniosa de inúmeros fatores, como a complexidade da questão, o tempo gasto pelo advogado e a necessidade de deslocamento para prestação de serviço. 4. Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida. Data de Julgamento: 23/05/2012, 1a. Câmara Especializada Cível.

Fica demonstrado que ao candidato aprovado em concurso público cujo ainda haja cargos públicos vagos, não pode a autoridade pública nomear candidatos

do novo concurso em detrimento dos aprovados anteriormente, pois estes passariam a ter não apenas expectativa de direito, mas sim, o direito subjetivo a ter a sua nomeação efetiva.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança AgRg no RMS 27599 RJ 2008/0184534-8 decidiu:

**Ementa:** ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO NÃO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE NOVO CERTAME NA VIGÊNCIA DO ANTERIOR. DECADÊNCIA CONFIGURADA. 1. A compreensão firmada por este Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, "**em se tratando de abertura de novo concurso público dentro do prazo de validade do certame anterior, o termo inicial do prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança por candidatos remanescentes é a data de publicação do edital do novo concurso**" (AgRg no REsp 733.394/RR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/10/2009). 2. Na espécie, o edital do novo concurso é datado de abril de 2006, entretanto, a presente ação mandamental somente foi proposta em 28/2/2007, quando já transcorrido o prazo legal de 120 dias para a impetração. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Data da publicação: 01/10/2013.

Questão interessante esta, pois demonstra de forma clara o momento certo para que o candidato aprovado pode se utilizar do mandado de segurança para garantir o seu direito líquido e certo. Veja-se que no caso de abertura de novo concurso com outro ainda em vigência, o prazo decadencial de 120 dias começa a se esgotar a partir do momento em que se toma conhecimento do ato administrativo, ou seja, quando há a publicação do edital do novo concurso.

### 3.3 CONTRATAÇÃO PRECÁRIA

Os Tribunais começaram a perceber que os administradores públicos, com o intuito de lesar os concursados, começaram a admitir de forma rotineira, servidores em cargos comissionados para as mais diversas esferas públicas, conforme a conveniência e oportunidade dos administradores, tanto por nepotismo como por clientelismo, eis que o Recurso Especial 744322 decidiu:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO DA REDE PÚBLICA DE ENSINO DO DISTRITO FEDERAL. **CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO SUBJETIVO DE CANDIDATOS APROVADOS À NOMEAÇÃO.** EXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

Como se observa, o poder público utilizava-se da artimanha da contratação de terceirizados para a realização das atividades públicas em detrimento da convocação dos candidatos que foram aprovados, mas esta situação fora observada pelos tribunais superiores, que de forma correta passaram a garantir o direito subjetivo de nomeação desses candidatos aprovados.

Para Carvalho Filho (2007, p. 568), o candidato tem total direito a nomeação nesses casos, uma vez que se existe a vaga para determinado cargo e existe candidato aprovado com concurso em vigência, resta-se caracterizado o abuso:

Não obstante, se o candidato é aprovado no concurso e há omissão ou recusa para a nomeação, apesar de ficar comprovado que a Administração, certamente por incompetência ou improbidade, providenciou recrutamento através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual o candidato foi aprovado, passa este a ter direito subjetivo ao ato de nomeação. Tal direito subjetivo tem fundamento na constatação de que a Administração tem necessidade da função e, por conseguinte, do servidor para exercê-la, não podendo suprir essa necessidade por contratação precária se há aprovados em concurso para supri-la. (CARVALHO FILHO, 2007).

Demonstrado está que caso a administração pública utilize contratações precárias em detrimento de candidatos aprovados e classificados em concurso público ainda em vigência, o direito subjetivo a estes na nomeação e efetivação em cargos públicos que estejam disponíveis.

Tal entendimento é verificado pelo STF no RE 273605/SP e no Agravo de Instrumento nº 44.0895, onde se entendeu que: "uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso".

Mesmo ainda não se discutindo o direito à nomeação de candidato classificado dentro das vagas ofertadas em edital, percebe-se que existiu uma potencial evolução do entendimento dos Tribunais acerca do direito de nomeação, pois o que antes era "mera expectativa de direito", passou a ser direito subjetivo em diversas hipóteses.

### 3.4 DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

Verifica-se que o candidato aprovado em concurso público, independente de classificação, detinha meramente a expectativa de direito de ser convocado,

conforme interesse e conveniência da administração pública que evoluiu consideravelmente com o direito subjetivo à nomeação quando se verificasse contratação precária de servidores, preterição, ou abertura de novo concurso.

Conforme jurisprudências consolidadas, o candidato aprovado em concurso público e classificado dentro do número de vagas previsto inicialmente em edital, passou a ter direito subjetivo a nomeação, pois quando a Administração Pública abre um concurso, é feito um estudo com análise da necessidade do preenchimento de vagas e do impacto no orçamento, logo não se poderia admitir o argumento de que as nomeações dependeriam meramente quando da conveniência da administração.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o AG.REG. no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 807311 PE decidiu:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, **firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público.** II Agravo regimental a que se nega provimento.

A Suprema Corte confirma o direito subjetivo do candidato que seja aprovado e classificado dentro do número de vagas previsto em edital, tornando a nomeação ato administrativo vinculado, de modo que é ilegal o ato omissivo da autoridade pública.

Ao julgar o RMS 31.611/SP, tendo como Relator o Ministro Humberto Martins, Segunda Turma também decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

**1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi classificado.**

2. Precedentes: AgRg no RMS 30.308/MS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 15.3.2010; RMS 30.459/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 8.2.2010; RMS 27.508/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 18.5.2009.

3. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória (RMS 27.311/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado

em 4.8.2009, DJe 8.9.2009).  
Recurso ordinário provido.  
(RMS 31.611/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA,  
julgado em 4/5/2010, DJe de 17/5/2010)

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão tendo como relator o Ministro Humberto Martins, reafirma o posicionamento deste Tribunal ao mencionar em seu relatório o fato de que os candidatos aprovados em concurso público que estejam dentro do número de vagas previsto, não tem mera expectativa de direito, mas sim, direito subjetivo à nomeação ao cargo ora pretendido.

Segundo o mesmo posicionamento ao julgar o RMS 23.331/RO a Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma no diz:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES.  
**1. De acordo com entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi classificado.** Precedentes. 2. Recurso ordinário provido. (RMS 23.331/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/3/2010, DJe de 5/4/2010)

Fica então consolidado que os concursados aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital tem direito subjetivo à sua nomeação, além da mudança de paradigma, pois agora não tem detêm apenas expectativas de direito, mas sim, direito adquirido, pois a administração pública está vinculada ao edital, não podendo ficar o cidadão dependendo tão somente de seu ato discricionário.

### 3.5 CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS OFERTADAS

Verifica-se que até o momento, o candidato que antes não detinha direito algum a nomeação, passou a ter direito líquido e certo à nomeação, além de nas hipóteses excepcionais, quando ele é aprovado dentro das vagas ofertadas em edital ou quando ele é aprovado fora das vagas, porém, com as desistências, a sua classificação é atingida com as vagas abertas.

A dúvida que surgiu era se o candidato imediatamente subsequente (fora das vagas inicialmente ofertadas) teria direito subjetivo a nomeação, em caso de eventual desistência. Se vingasse o entendimento anterior (mera expectativa de

direito), restaria a angustiante espera pela boa vontade, ou também chamada de conveniência e oportunidade do Administrador.

O STJ assim analisou e decidiu a questão:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE VAGAS, AINDA QUE EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL, CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES. 1. **A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas.** 2. **A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas.** 3. Hipótese em que o Governador do Distrito Federal, mediante decreto, convocou os candidatos do cadastro de reserva para o preenchimento de 37 novas vagas do cargo de Analista de Administração Pública - Arquivista, gerando para os candidatos subsequentes, direito subjetivo à nomeação para as vagas não ocupadas por motivo de desistência. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 19/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA).

A administração pública, ao lançar um edital para concurso público, tem o quantitativo de cargos disponíveis ou que possivelmente venham a ficar vagos no decorrer do prazo de validade do concurso. Sendo assim, caso ocorra a desistência ou a desclassificação de candidatos ou o surgimento de novas vagas além do previsto no edital, desde que não esteja com seu prazo expirado, a administração pública tem o dever de convocar os candidatos remanescentes classificados, mesmo que não estejam dentro do número de vagas inicialmente ofertado, pois estes tem o direito subjetivo à sua nomeação.

Os Tribunais que antes enxergavam as nomeações meramente como atos facultativos do Administrador, passaram a aplicar mais veementemente os princípios do Direito Administrativo, garantido dessa forma a segurança jurídica.

Para o STJ, o candidato aprovado fora do número de vagas ofertadas inicialmente em edital tem direito de ser nomeado, quando durante o prazo de validade do concurso, surgirem novas vagas para o cargo: seja por falecimento, demissão, aposentadoria ou quando forem criadas novas vagas, através da lei que disciplina a carreira e a classificação do candidato, seja atingindo por essas vagas.

Veja-se oportunamente o julgamento do acórdão RMS 37882-AC:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. (...) 4. **A aprovação do candidato dentro do cadastro de reservas, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento.** (...) 6. Os Tribunais Superiores têm reconhecido direito à nomeação de candidatos aprovados em cadastro de reserva nos casos de surgimento de novas vagas. Precedentes: RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011; MS 18.570/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/08/2012; DJe 29/05/2012; RMS 32105/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30/08/2010.) (...) (STJ, 2ª Turma, RMS 37882-AC, Rel. Min. Mauro Campbell).

Candidatos que estejam em cadastro de reserva de concursos que ainda não tenham o prazo esgotado, tem direito subjetivo à sua nomeação, uma vez que por diversas formas é possível a vacância dos cargos públicos, seja por exoneração, demissão, falecimento, etc.

No mesmo entendimento, o STJ julgou o RMS30881-CE:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DOS CANDIDATOS PARA APRESENTAR DOCUMENTOS PARA NOMEAÇÃO. **COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE VAGAS. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. INVESTIDURA NO CARGO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADO.** 1. A publicação de edital convocando os recorrentes para: "(...) tratarem de assunto relacionado ao processo de nomeação nos respectivos cargos efetivos", determinando, inclusive, a apresentação de diversos documentos a esse propósito, faz crer que há cargos vagos, o que, aliás, restou comprovado nos autos, e que a Administração necessita supri-los. Em outras palavras, a Administração obriga-se a investir os recorrentes no serviço público a partir da publicação desse instrumento convocatório, pois vinculada ao motivo do ato. 2. Seguindo a mesma linha de raciocínio, decidiu a eg. Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça que: "A vinculação da Administração Pública aos atos que emite combinada com a existência de vagas impõe a nomeação, posse e exercício dos recorrentes nos cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1.ª Classe do Estado do Ceará" (RMS 30.110/CE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, De 5.4.10). 3. Direito líquido e certo dos impetrantes à investidura nos cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1.ª Classe do Estado do Ceará. 4. Recurso ordinário a que se dá provimento. (RMS 30.881/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2010)

Como se percebe o STJ tem decidido que a Administração Pública está vinculada ao edital previsto no concurso público ofertado, devendo convocar, em caso de desistência, demissão ou exoneração os candidatos aprovados na subsequência,

até o efetivo preenchimento das vagas mencionadas no edital.

Outrossim, ante o posicionamento adotado pelo STJ, o direito à nomeação passou a alcançar não apenas aqueles que foram habilitados em classificação compatível com as vagas ofertadas pelo instrumento convocatório, mas também aqueles aprovados além das vagas iniciais e na formação de cadastro de reserva, relativamente às vagas que vierem a surgir na validade do certame (seja por vacância, aposentadoria, falecimento ou criação de cargos por lei). Se existem vagas disponíveis e candidatos aptos para assumir o cargo, a Administração Pública deve proceder com a nomeação, só lhe cabendo decidir o momento em que devem ocorrer as nomeações. A Administração Pública com esse novo entendimento passa a ter o dever de se adequar a legislação que discipline as carreiras. Em caso de impossibilidade financeira, a lei que disciplina o efetivo da respectiva carreira pública deve ser alterada e adequada à realidade do Ente público.

A mudança em relação posicionamento dos Tribunais em relação aos direitos adquiridos pelos concursados pode ser observado também na recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 227480 tendo como relatora a Min. Cármen Lúcia, DJe 21.8.2009:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. **Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.**
2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.
3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Os candidatos que estejam dentro do número de vagas ofertadas no edital ao qual vincula a administração pública têm direito subjetivo à sua nomeação, assim como os candidatos que estão em cadastro de reserva, bem como o direito à ocupação dos cargos que por ventura vierem a ser criados ou venham a ficar vagos por alguma forma, devendo a recusa nessa nomeação ser motivada pelo poder público.

Oportunamente, a Min. Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal

sustentou que “há o direito subjetivo à nomeação, salvo se sobrevier interesse público que determine que, por uma nova circunstância, o que acontecer na hora da convocação ponha abaixo o edital”.

Como se observa, o então aprovado em concursos públicos, de acordo com o novo entendimento, tem direito subjetivo à nomeação, fato este que pode ser afastado somente em caso de a administração pública provar que não pode nomear o candidato devido às circunstâncias excepcionais.

Houve alteração significativa no entendimento acerca do direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público. Segundo o novo entendimento jurisprudencial, a Administração Pública se obriga a nomear os aprovados em concurso público, dentro do limite de vagas previsto no edital, no prazo de validade do certame, contrariando o entendimento anterior de que haveria tão-somente expectativa de direito quanto à nomeação.

### 3.6 EXCEÇÕES À REGRA

As exceções que o Poder Judiciário ressalta, nos casos que envolvem efetivamente a nomeação de candidatos aprovados em concurso, diz respeito ao caso fortuito, força maior e a lei de responsabilidade fiscal. Situações como enchentes, guerras ou de casos que fujam do controle estatal, podem justificadamente adiar a nomeação de candidatos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000) que fixa um percentual da renda líquida dos entes públicos com folha de pessoal é considerada a principal exceção. Hoje em dia, ela representa um verdadeiro tormento para os candidatos aprovados, pois os gestores a utilizam como artifício para não realizar as nomeações.

Em virtude do grande percentual de endividamento dos Estados e Municípios – onde o limite máximo com despesa de pessoal é de 49% para os Estados e 54% para os Municípios (art. 20 II-c e III-b da LRF) – muitos gestores se abstém de realizar as nomeações, fazendo caducar a validade dos concursos.

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

II - na esfera estadual:

c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;

III - na esfera municipal:

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

Eis que a possibilidade da não convocação de candidatos aprovados em concursos públicos ainda em vigência pode ser alegada de forma legal por parte da administração, pois está assegurada a legitimidade da não convocação, sendo que a Lei de Responsabilidade Fiscal ratifica esta possibilidade.

Em verdade, o Administrador está tomando a postura correta, uma vez que a desobediência dos ditames da referida lei, impede que os Entes Públicos recebam verbas federais, financiamentos e empréstimos públicos, além de poder gerar futuros processos por improbidade administrativa, tornando os político-administradores inelegíveis (lei da ficha limpa).

Como toda regra há exceção, com a lei de responsabilidade fiscal não poderia ser diferente. Os candidatos que prestaram concurso para as áreas de educação, saúde e segurança pública possuem um alento: O art. 22, IV da lei nº 101/2000,

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

Sendo assim, permite-se que seja feita a reposição com novos servidores aprovados em concurso público, destas áreas consideradas "essenciais", quando houver abertura de novas vagas em virtude de aposentadoria e falecimento de antigos servidores.

## CONCLUSÃO

Buscou-se com esta pesquisa informações acerca do Mandado de Segurança em Concursos Públicos, pois os administradores atuais têm se valido de diversas artimanhas para a não convocação dos aprovados em concursos. Observou-se que o Mandado de Segurança é um instrumento eficaz e eficiente para que o candidato então aprovado, possa garantir o seu direito à nomeação frente às desmazelas do poder público, que muitas vezes agem de má-fé em relação a estes.

Fez-se uma busca histórica a respeito do instituto do Mandado de Segurança, desde a sua gênese, passando pelas ações anulatórias, pela utilização inadequada do *Habeas Corpus* como ação civil para as mais diversas lides, sendo posteriormente redefinido, tendo seu contorno delineado abarcando somente questões relativas à liberdade de locomoção.

Em seguida as discussões a respeito do então desejado instituto, que fosse célere, eficaz e que realmente solucionasse as demandas frente à ilegalidade ou abuso de poder público frente ao cidadão.

O essencial para que se utilize desse instrumento, garantindo constitucionalmente é que ele não permite dilação probatória, devendo, no ato da propositura da ação, que a prova seja pré-constituída, por ser um procedimento célere. Após a propositura da ação, o Judiciário pode decidir liminarmente a concessão do pedido, podendo, caso julgue necessário a oitiva do poder público para justificar a sua omissão.

Verificou-se que não existe legislação específica para o concurso público no Brasil, devendo o candidato à cargo público efetivo, além da aprovação, preencher e/ou identificar alguns requisitos objetivos, estando a administração pública vinculada ao instrumento convocatório.

Notou-se uma evolução jurisprudencial, que antes previa meramente a

expectativa de direito e passou a convalidação em direito subjetivo, dependendo das situações específicas. Observou-se também que a discricionariedade do Estado passou a ser mais limitada, onde o juízo de conveniência e oportunidade deixou de ser regra e passou a exceção.

O Administrador Público a partir de agora, tem a obrigação de se adequar a legislação que disciplinem os cargos públicos e em caso da impossibilidade imediata de adequação, alterar a legislação de maneira que a possa cumprir na sua integralidade. Ou seja, se existe uma lei que fixe o efetivo de uma determinada carreira e existe a carência no quadro, ela deve ser obrigatoriamente ser ocupada por pessoal devidamente aprovado em concurso público.

Abordou-se também o histórico dos concursos públicos, inicialmente sendo preenchido de forma hereditária, por sorteio até como compra e venda. Sendo, posteriormente regulamentada pela Constituição de 1934 a forma de acesso aos cargos públicos, muito embora até hoje, na vigência Constituição de 1988 ainda não fora suficientemente e corretamente aplicados tais dispositivos, pois a Administração Pública ainda consegue burlar algumas de suas disposições.

Passou-se posteriormente à análise dos princípios basilares do Direito Administrativo elencados na Constituição Federal de 1988, sendo os principais a legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, além de outros que estão de presentes de forma implícita no texto legal.

Analisando o contexto histórico dos concursos públicos percebe-se uma positivação do direito de forma a beneficiar os candidatos a concursos públicos, pois a concorrência é acirrada e quando há a aprovação e a classificação dentre o quantitativo de vagas, nada mais natural e desejado do que este candidato ter o seu direito subjetivo à nomeação garantido, seja por livre manifestação da Administração ou por manejo do Mandado de Segurança, instrumento que é apto à garantir este direito adquirido.

Por fim, analisamos algumas decisões do Poder Judiciário em que os direitos dos concursados foram feridos, especialmente na questão de seu direito à nomeação após a aprovação de classificação nos concursos promovidos pelo Poder Público.

Fez-se um levantamento acerca do histórico das mudanças efetivas que ocorreram em relação a essas nomeações, passando inicialmente pela expectativa de direito, devendo a administração pública em caso de quebra classificatória,

convocar os candidatos que foram prejudicados. A questão dos candidatos que foram aprovados e não convocados, tendo a administração pública lançado novo concurso não convocando os anteriormente aprovados. Também há que se ter especial atenção às contratações precárias que cada vez mais tem estado presentes nos órgãos da administração pública, na maioria das vezes ocupando vagas que seriam dos então aprovados e classificados.

O direito à nomeação dos candidatos que estejam aprovados, porém não classificados caso haja necessidade de novas contratações superiores às previstas no edital, ou por questões de vacância dos cargos públicos seja por morte ou desistência de algum convocado, desde que no prazo de vigência do referido concurso.

Por fim, chega-se à recente decisão em que o candidato aprovado e classificado tem direito subjetivo à nomeação no cargo público, sendo que a administração pública está vinculada ao edital, tendo este candidato o direito adquirido à sua nomeação e não somente expectativa de direito como ocorrera a épocas anteriores.

Ainda mais, há que se ter atenção quanto às possibilidades de a Administração Pública, mesmo o candidato aprovado e classificado não ser convocado, podendo ser alegado oportunamente a exceção à regra ora elencada, pois a Lei de Responsabilidade Fiscal estipula os casos em que a Administração Pública poderá eximir-se da convocação de tais candidatos, ficando estes submissos à discricionariedade e conveniência do Poder Público.

Finalmente, observa-se que o Judiciário vem atuando de forma concreta, estando sempre presente em situações específicas, pois enquanto o legislador não elabora leis essenciais de proteção aos cidadãos, este está sempre de braços abertos, abarcando todas as situações em que o poder público se omite ou provoca atos que ferem os direitos adquiridos do cidadão.

## REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais** (habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 63.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo, Editora Max Limonad, 1998, p.47

BARBI, CELSO AGRÍCOLA. **Do Mandado de Segurança**. 3 ed., 3 tiragem. Rio de Janeiro: Forense: 1980, p. 58.

BRASIL. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1533.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1533.htm)

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de Setembro de 1946). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm).

BRASIL. **Decreto No 1.939, de 28 de agosto de 1908**. Declara que a acção de que trata o art. 13 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, só poderá ser exercida pelo processo estabelecido no mesmo artigo e prescreve dentro de um anno, e dá outras providencias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DPL/DPL1939.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL1939.htm).

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo

Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 6, de 16 de Novembro de 1937**. Dispõe sobre a extinção da Justiça Federal e o andamento das causas em curso, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-6-16-novembro-1937-354233-publicacaooriginal-1-pe.html>

BRASIL. **Lei Complementar Nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 19/03/2015.

BRASIL. **Lei Nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)

BRASIL. **Lei Nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1851-1900/l0221.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm).

BRASIL. **STF. MS 21870 DF, de 6 de outubro de 1994**. MANDADO DE SEGURANÇA. MS 21870 DF, BSB, n. 0, p. JUS BRASIL, Outubro de 1994.

BRASIL. **Agravo de Instrumento, de 14 de setembro de 2011**. AI. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.383.676 - AM (2011/0011631-6), Brasília, n. 1207, p. STF, Setembro de 2011.

BRASIL. **EC 19/1998**, de 4 de junho de 1998. Constituição Federal. EC 19/1998, Brasília, n. -, p. Brasil, Junho de 1998.

BRASIL. **Súmula 15 - STF**, de 13 de dezembro de 1963. Súmula 15. Supremo Tribunal Federal, Brasília, n. 1, p. JusBrasil, Dezembro de 1963.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7a ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris( 2001).

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei do Mandado de Segurança** (de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988). 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 21.

DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 136.

FILHO, J. S. C. **Manual de Direito Administrativo**. 7a edição. ed. Rio de Janeiro:

Lumen Iures, 2001. 472p.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Mandado de Segurança**: notícia histórica. In: Mandado de Segurança e Injunção. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 42.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003. 8p.

GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional**. SP: LTr, 2003. p. 85.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: atual, 2003. 792p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21-22.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. SP: Atlas, 2003. 103 p.

NUNES, José de Castro. **Do mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 4.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas**. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 153.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REIS, Nilson. **Mandado de Segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. II – Arts. 154 a 269. São Paulo: RT, 1975, p. 172-173.