

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANTÔNIO CLODOALDO PINHEIRO

**REMOÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PARA VAGA DE
CONCURSO PÚBLICO: OFENSA AO ARTIGO 37, IV, DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**FORTALEZA
2007**

ANTÔNIO CLODOALDO PINHEIRO

**REMOÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PARA VAGA DE
CONCURSO PÚBLICO: OFENSA AO ARTIGO 37, IV, DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Trabalho de graduação apresentado
à disciplina de Monografia Jurídica,
do Curso de Direito da Universidade
Federal do Ceará.

Orientador: Prof. José Adriano Pinto

FORTALEZA

2007

ANTÔNIO CLODOALDO PINHEIRO

**REMOÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PARA VAGA DE
CONCURSO PÚBLICO: OFENSA AO ARTIGO 37, IV, DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Trabalho de graduação apresentado
à disciplina de Monografia Jurídica,
do Curso de Direito da Universidade
Federal do Ceará.

Orientador: Prof. José Adriano Pinto

Aprovada em 27 de junho de 2007

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Adriano Pinto (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará

Prof. Danilo Santos Ferraz
Universidade Federal do Ceará

*"Creer que hemos llegado,
ése es el problema:
creer que hemos llegado."*

Salvador A. Carrión

AGRADECIMENTOS

Obrigado Professor Adriano Pinto pela disponibilidade e pela confiança depositada. Sua atuação me permitiu abrir a mente e a confiança em mim.

Obrigado aos professores William Marques e Danilo Ferraz, que prontamente se disponibilizaram a oferecer suas ilustres presenças na banca examinadora.

Obrigado ao colega Vauto Mendes por ter tornado este último ano tão especial e tão tranqüilo. Este trabalho tem sua participação importante.

Obrigado a Salvador Carrión, inteligência viva e intensa, pelos ensinamentos e pela grande contribuição ao aperfeiçoamento que me propiciou.

Obrigado Deborah Epelman pelo que me trouxe em seus cursos, enriquecendo toda uma experiência de vida em tão pouco tempo.

Obrigado Deus por meus pais, José e Maria, pelo conforto e lições de vida que sempre propiciaram. Obrigado pelos irmãos, tão pleonasticamente fraternos.

Obrigado Mota e Luzia pela acolhida em mais um nascimento para a vida. Obrigado a seus filhos.

Obrigado Senhor pelos pais que me oferecete pelo casamento, Socorro e Olívio.

Obrigado Senhor pela doce esposa que recebi, uma grande mulher: Ana Luiza.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
CAPÍTULO 2. O SERVIDOR PÚBLICO	22
CAPÍTULO 3. A PROTEÇÃO LEGAL AO EDITAL DO CONCURSO PÚBLICO	34
CAPÍTULO 4. REMOÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO	37
CAPÍTULO 5. PROVIMENTO DE VAGA POR REMOÇÃO EM OPOSIÇÃO A VAGA DESTINADA A CONCURSO PÚBLICO	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo despertar sobre a necessidade de se regulamentar, de forma mais veemente, o art. 36 da Lei 8.112/90, tendo em vista a diversidade de circunstâncias que devem ser devidamente abordadas nos mais variados casos concretos. A incompreensão desse instituto e sua falta de regulamentação tem permitido as mais intensas distorções, mormente quando se atenta para a possibilidade de poder se constituir em mecanismo de burla e fraude ao concurso público, o que se abordará de maneira mais específica.

As referências à remoção do servidor público em livros de Direito Administrativo se limitam à mera transcrição do artigo legal referido e ainda a algum comentário restrito a algumas linhas ou no máximo um parágrafo. Diante de situações concretas, a tão utilizada fachada da discricionariedade administrativa tem acobertado verdadeiras fraudes a direitos e expectativas de direitos envolvidos.

Os conceitos dos autores são apresentados mesmo de maneira incorreta, incompatíveis com a previsão legal, deslizes, com o respeito devido, cometidos mesmo por grandes doutrinadores e insistentemente mantidos e reproduzidos em reedições sucessivas, sem que sejam mesmo alertados por leitores mais atentos, tamanha a desvalorização que o tema recebe. Observamos essa incompreensão reproduzida em decisões judiciais, que a distorcem e lhe dão uma interpretação sem sustentação no seu conceito legal e que avalizam ilegalidades em nome da conveniência e oportunidade que caberia à Administração.

A grande verdade é que é incompreendida, mal abordada, mal citada. Vê-se, portanto, a grande contribuição que esse trabalho pode proporcionar, podendo despertar-se para uma efetiva regulamentação e alteração legislativa do mesmo. Essa abordagem deve envolver os cargos e empregos públicos, pois os fundamentos que se utilizem para um são adequados ao outro, mormente porque para ambos impera a regra constitucional do concurso público.

Queremos crer que este trabalho se reveste de inovação jurídica e relevante importância, indo compilar os mais variados fragmentos e casos concretos já submetidos à apreciação judicial, e é do estudo dessas apreciações que se busca suprir a enorme deficiência apresentada na doutrina, que, como já colocado, não atentou para a importância e o significado deste tema. Como se demonstrará, a fachada da discricionariedade envolvida de inocentes procedimentos de remoção, podem ferir dispositivos constitucionais expressos, ao interferirem sobre direitos inerentes à expectativa de nomeação em concurso público.

Concursos públicos visam prover cargos, ocupando vagas no serviço público com aqueles habilitados, pela via da nomeação. A remoção também se destina a prover vagas, pelo deslocamento do servidor com seu cargo. No momento em que uma vaga que poderia ser provida por um candidato habilitado é destinada à remoção, então há certamente o confronto com a expectativa gerada pelo concurso público, mormente quando essa lotação é expressamente prevista no edital do concurso.

Abrem-se facilidades, pela remoção, para que eventuais candidatos aprovados e nomeados para regiões menos procuradas, de menor concorrência em concursos, possam vir a ocupar vagas em grandes centros, via remoção, o que certamente caracteriza uma maneira de fraudar o concurso. Certamente essa é uma realidade intensamente presente e que burla a lei de maneira mesmo imperceptível e de difícil detecção, na medida em que essas remoções ocorrem através de instrumentos restritos oficiais, como portarias, e que não são percebidos quando ofendem expectativas de direito.

Não temos também em nosso ordenamento legal normatizações sobre concursos públicos, tendo sido revogado o único diploma que procurava regular esse tema tão relevante. Existe um projeto de lei tramitando no Senado que se propõe a essa regulamentação.

As regras editalícias estão na base do que se vai ferir com a realização de concursos remoção. Através do mesmo se destroem expectativas de direito e se interfere sobre a realização dos desejos almejados por conta do concurso público.

Embora haja um amplo acervo jurisprudencial a proteger os candidatos habilitados frente a novos concursos ou contratações inadequadas, burlando a regra do concurso, através da remoção é possível promover essas mesmas fraudes de maneira subreptícia, de maneira que não sejam questionadas.

No início o presente trabalho tecerá considerações sobre aspectos relevantes para a questão e que se constituem em conceitos do direito administrativo e na abordagem dos princípios que devem reger a administração pública.

O instituto será inicialmente abordado pela definição de seu conceito, através dos mais variados autores, onde existem divergências de abordagem e conceituação, com referência ainda aos tipos e circunstâncias autorizadas; um apanhado legislativo, com normas legais das mais diferentes fontes, as restrições legais à remoção, com suas limitações; a implicação da remoção nas vagas de concurso público; um apanhado por decisões judiciais que foram vistas de maior relevância.

Serão apresentadas abordagens jurisprudenciais e o estudo se dará pela construção do entendimento a partir dos casos concretos submetidos à interpretação judicial, na tentativa de compreendê-lo pela interpretação de realidades observadas. A partir daí, se buscará então contribuir para alguma compensação no vácuo existente.

Será tratado com mais atenção o que se refere à ocupação de vagas no concurso público por meio da remoção.

Por fim, se pretende apresentar um caso concreto, onde na concepção do autor, foram geradas muitas ilegalidades e distorções de conceitos, intensificando uma fraude ao concurso público e ainda se burlando a previsão legal e normatização legal, o que acabou por gerar muitas impossibilidades, valendo-se da ignorância em relação ao conceito, criando-se elementos fictícios para justificar e disfarçar a burla.

Espera-se que ao final esta pesquisa consiga esclarecer alguns aspectos relevantes sobre o instituto da remoção e se consiga despertar nas consciências a importante abordagem que o tema merece.

CAPÍTULO 1

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Conceito de Administração Pública

A Administração Pública pode ser visualizada em um sentido amplo, abrangendo tanto órgãos governamentais, quanto órgãos administrativos. Aos órgãos governamentais cabe traçar os planos e diretrizes de ação. Aos órgãos administrativos caberia a execução dos planos governamentais. Assim, em sentido amplo, o conceito de Administração Pública envolveria tanto a função política, que estabelece as políticas governamentais, quanto a função administrativa, que as executa.

Em sentido estrito, a Administração Pública envolveria tão somente a função propriamente administrativa, de execução de atividades administrativas.

Neste trabalho, ao nos reportarmos ao termo administração pública, a abordagem ou sentido será o estrito.

2. Princípios Administrativos Constitucionais

No âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de momento, resultando em multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres. (MEDAUAR, 2006, p. 122).

Vivemos em um Estado de Direito que se mostra marcado por elevada carga principiológica, e assim fundamentalmente se caracteriza a Administração Pública. A Constituição orienta e determina muito dessa orientação principiológica, a qual se revela particularmente importante para a Administração Pública tendo em

vista a impossibilidade de normatização ou codificação sistematizada para sua atuação, pela própria diversidade e imprevisibilidade.

Princípios são condutores e balizadores da atuação administrativa. Os princípios expressos constitucionalmente para a Administração pública são o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme redação do art. 37, *caput*, da CF.

2.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é a diretriz fundamental e elementar da conduta dos agentes da Administração. Toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não havendo tal autorização, a atividade é ilícita.

O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro. (MELLO, 2006, p. 98).

A Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Isto significa que a Administração não pode, através de regulamento, instrução, resolução, portaria ou qualquer outro ato, coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar. (MELLO, 2006, p. 99-100).

2.2. Princípio da Impessoalidade

Para José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos

administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não o privado, vedando-se, em conseqüência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 17).

Assim, a Administração deve ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial.

2.3. Princípio da Moralidade

Esse terceiro princípio expresso na Constituição corresponde à proibição de a atuação administrativa distanciar-se da moral, dos princípios éticos, da boa-fé, da lealdade. A Administração não pode contrariar, além da lei, a moral, os bons costumes, a honestidade, os deveres da boa administração.

A moral que se relaciona ao princípio é jurídica, e não subjetiva, ligada a outros princípios da própria Administração e aos princípios gerais do direito. Daí, ser possível um ato legal e imoral, quando o ato praticado conforme a lei, mas contaminado pela ofensa à moralidade administrativa, tendo em vista um determinado contexto ou circunstâncias que o envolvam.

2.4. Princípio da Publicidade

O ocultamento de atos administrativos é incompatível com o Estado Democrático de Direito e todos os atos por isso mesmo devem estar plenamente acessíveis a qualquer do povo. Essa é a previsão expressa do art. 37, *caput*, da Lei Magna. O sigilo só se admite, a teor do art. 5º, XXXIII, quando “imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado”.

Destarte, decisões secretas, editais ocultos, mesmo a publicidade restrita ao mínimo exigido por lei (e conhecida de pouquíssimos), não atendem, de forma

alguma, aos princípios constitucionais e, sobretudo, à transparência da Administração. (FIGUEIREDO, 2004, p. 62)

2.5. Princípio da Eficiência

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se, evidentemente, de algo mais que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. (MELLO, 2006, p. 117-118)

3. Poderes Administrativos

Para José dos Santos Carvalho Filho, pode-se conceituar os poderes administrativos como o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 42)

Para a Administração Pública, a seu turno, poder corresponde a dever. Há inteira subordinação do poder em relação ao dever, tanto que aquele não pode ser exercido livremente, sujeitando-se sempre a uma finalidade específica.

3.1. Poder Discricionário

O poder discricionário é exercido sempre que a atividade administrativa resultar da opção, permitida pela lei, realizada pelo administrador. No entanto, não há discricionariedade absoluta. Há sempre a vinculação do fim a que se destina e a eleição de opções decorre da concessão legal.

Para J. Wilson Granjeiro, é o poder que a lei defere ao administrador para a prática de um ato, segundo seu próprio juízo quanto à conveniência e

oportunidade do mesmo, ou com a opção no tocante ao conteúdo. Trata-se de um poder previsto para o melhor atendimento ao interesse público, pois o legislador não consegue tipificar e regular todas as possíveis situações com que pode se deparar o administrador em seu dia-a-dia, no desempenho das tarefas administrativas. (GRANJEIRO, 2002, p. 106)

Entre os elementos do ato administrativo, a competência, a finalidade e a forma sempre serão pressupostos vinculados do ato. A discricionariedade recai sobre o motivo e o objeto. A valoração dos motivos e a escolha do objeto consubstanciam o mérito do ato administrativo.

Não pode ser confundido com arbitrariedade, pois comporta atuação nos limites permitidos pela lei e os princípios que regem a Administração Pública.

Para José dos Santos Carvalho Filho, um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial (CARVALHO FILHO, 2007, p. 43)

O que não se aplica ao controle judicial é a aferição dos critérios dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais.

3.2. Poder Regulamentar

O poder regulamentar decorre da competência que é conferida ao Poder Executivo de editar atos normativos gerais e abstratos, através de decretos e regulamentos, a partir da previsão constitucional conferida ao Presidente da República, no art. 84, IV, e que se aplica por simetria aos Governadores e Prefeitos.

Como regra, não é possível a edição de normas administrativas *praeter legem*, excetuando-se a extinção de funções ou cargos públicos vagos, disposto no art. 84, VI, da CF/1988. (MAFFINI, 2006, p. 91)

Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. Tal prerrogativa é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando.

A formalização do poder regulamentar se processa, basicamente, por decretos e regulamentos.

Há também atos normativos que, editados por outras autoridades administrativas, podem caracterizar-se como inseridos no poder regulamentar. É o caso de instruções normativas, resoluções, portarias, etc. Tais atos têm freqüentemente um círculo de aplicação mais restrito, mas, veiculando normas gerais e abstratas para a explicitação das leis, não deixam de ser, a seu modo, meios de formalização do poder regulamentar.

3.3. Poder de Polícia

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. (DI PIETRO, 2002, p. 111)

A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas).

4. Atos Administrativos

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 1991, p. 126)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (MELLO, 2006, p. 366).

4.1. Requisitos de Validade

Competência, finalidade, forma, motivo e objeto são os requisitos do ato administrativo. A falta de um dos requisitos pode levar à invalidação do ato, à sua ilegalidade ou à possibilidade de sua anulação pelo poder judiciário.

Vejamos as definições:

- ✓ Competência: requisito que impõe a necessidade de o agente reunir competência legal ou regulamentar para a prática do ato. A norma deve atribuir-lhe a possibilidade (ou dever) de editar o ato, fixando os seus limites. Nada mais é que a delimitação das atribuições cometidas ao agente que pratica o ato.
- ✓ Finalidade: é o resultado que a Administração pretende atingir com a prática do ato e efeito mediato, enquanto o objeto é imediato. Há duas concepções de finalidade: uma em sentido amplo, que corresponde à consecução de um resultado de interesse público (bem comum), e outra em sentido estrito, o qual é o resultado que cada ato deve produzir, conforme definido em lei.
- ✓ Forma legal ou forma própria: a observância à forma e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a Administração. É pela forma que se torna possível o controle do ato administrativo. Forma, portanto, é o elemento exteriorizador do ato administrativo, o modo pelo qual o mesmo se apresenta.
- ✓ Motivo ou causa: é a situação fática ou jurídica cuja ocorrência autoriza ou determina a prática do ato. Não deve ser confundido com motivação do ato que é a exposição dos motivos, isto é, a demonstração de que os pressupostos de fato realmente existiram. Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes o administrador fica

vinculado aos motivos declinados para a prática do ato, sujeitando-se à demonstração de sua ocorrência, mesmo que não estivesse obrigado a explicitá-los.

- ✓ Objeto ou Conteúdo: é o efeito imediato que o ato administrativo produz, enuncia, prescreve ou dispõe. Requer objeto lícito, possível, certo e moral. Visa a criar, a modificar ou a comprovar situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Por ele a administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes.

4.2. Atributos do Ato Administrativo

Os atos administrativos possuem características peculiares, como resultado de se manifestarem do Poder Público.

São atributos do ato administrativo:

- ✓ Presunção de legitimidade e veracidade: decorre do princípio da legalidade que informa toda a atividade da Administração Pública, em consonância com as exigências de celeridade e segurança das atividades administrativas. Permite que o ato administrativo se torne operante e exeqüível, autorizando a imediata execução ou operatividade do ato administrativo. Somente através do procedimento judicial ou na hipótese de revisão no âmbito da Administração, poderá o ato administrativo deixar de gerar seus efeitos.
- ✓ Imperatividade: o descumprimento do ato sujeita o particular à força impositiva própria do Poder Público, ou seja, à execução forçada pela Administração ou pelo Judiciário. Independe de seu destinatário reputar válido ou inválido o ato, posto que somente após obter o pronunciamento da Administração ou do Judiciário é que poderá furtar-se à obediência da determinação administrativa.
- ✓ Auto-executoriedade: consiste na possibilidade de a própria Administração executar seus próprios atos, impondo aos

particulares, de forma coativa, o fiel cumprimento das determinações nele consubstanciadas. O administrado não poderá se opor à execução do ato, alegando violação de normas ou procedimentos indispensáveis à validade da atuação administrativa. Eventual irrisignação deverá ser endereçada ao Poder Judiciário.

4.3. Classificação dos Atos Administrativos quanto à eficácia

- ✓ Ato válido: é aquele que provém de autoridade competente para praticá-lo e contém todos os requisitos necessários à sua eficácia.
- ✓ Ato nulo: é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita – a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem – e virtual, que decorre da infringência de princípios específicos de direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. A nulidade tem efeito *ex tunc*, ou seja, alcança o ato desde o seu nascimento, ressalvados, entretanto, direitos de terceiros de boa-fé. O ato anulável (aquele com vício sanável e que não causou prejuízos a terceiros ou ao erário) admite a convalidação.
- ✓ Ato inexistente: é o que possui apenas a aparência de ato administrativo, mas não o é. Normalmente é praticado com usurpação de função pública ou assiste no campo do impossível jurídico, na esfera dos comportamentos que o Direito normalmente inadmite, isto é, nos crimes.

4.4. Desfazimento e Invalidação dos Atos Administrativos

4.4.1. Revogação

Revogação é o ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência. (DI PIETRO, 2002, p. 237)

A revogação não retroage, já que o ato foi editado em conformidade com a lei. Seus efeitos se produzem a partir da própria revogação – são *ex nunc*. Isso significa que a revogação respeita os efeitos já produzidos pelo ato, porque o ato é válido. Enquanto a anulação pode ser feita pelo Judiciário ou pela própria Administração, a revogação é prerrogativa da Administração, não sendo lícito ao Judiciário conhecer da oportunidade e conveniência.

Importante considerar a respeito da revogação (GRANJEIRO, 2002, p. 93):

- ✓ Não podem ser revogados os atos vinculados, porque nesses casos não há oportunidade e conveniência a apreciar.
- ✓ Não podem ser revogados os atos que exauriram seus efeitos.
- ✓ A revogação não pode atingir meros atos administrativos como certidões, atestados, votos, cujos efeitos decorrem da lei.
- ✓ Não podem ser revogados os atos que geram direitos adquiridos, conforme está expresso na Súmula nº 473, do STF.
- ✓ Também não são passíveis de revogação atos que integram um procedimento, pois, a cada novo ato ocorre a preclusão com relação ao anterior.

4.4.2. Anulação

É o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade (DI PIETRO, 2002, p. 225)

Pode a anulação ser feita pela própria Administração Pública, com base no seu poder de autotutela sobre seus próprios atos. Assim, a Súmula nº 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios , quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Também o Judiciário pode anular o ato, mediante provocação do interessado, que pode utilizar-se quer de ações ordinárias, quer de remédios

constitucionais de controle judicial da Administração Pública (mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular).

A anulação, feita pela própria Administração, independe da provocação do interessado, já que ela tem o poder-dever de zelar pela observância da legalidade.

Nos termos do art. 53 da Lei 9.784/99, “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

4.4.3. Convalidação

A convalidação – ou aperfeiçoamento ou sanatória – é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte. É admissível o instituto da convalidação dos atos administrativos anuláveis, aqueles que apresentam defeitos sanáveis e no qual se evidencie que não acarreta em lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, como reza o art. 55 da Lei 9.784, de 29 de novembro de 1999.

Através da convalidação pode-se aproveitar atos administrativos que tenham vícios sanáveis, o que produz efeitos práticos no exercício da função Administrativa. Por essa razão, o ato que convalida tem efeitos *ex tunc*, uma vez que retroage, em seus efeitos, ao momento em que foi praticado o ato originário.

Não se convalidam atos:

- ✓ Nulos, aqueles com vícios insanáveis;
- ✓ Que causaram prejuízos ao erário ou a terceiros;
- ✓ Com vícios de finalidade;
- ✓ Com vícios de matéria (competência exclusiva).

A convalidação será feita pela própria Administração. Requer motivação e produz efeitos *ex tunc*.

CAPÍTULO 2 O SERVIDOR PÚBLICO

1 Agentes públicos

Agente público é toda pessoa que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta. (DI PIETRO, 2002, p. 431)

Agentes públicos é a expressão mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade e ação, ainda que o façam ocasional e episodicamente. (MELLO, 2006, p. 234).

1.1 Agentes políticos

Os *agentes políticos* são, primeiramente, os eleitos pelo sufrágio universal, ou seja, os detentores de mandato eletivo: Presidente da República, Governadores, Senadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores. Em segundo lugar os auxiliares imediatos dos chefes do Executivo: Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais. Para os agentes políticos eleitos há normas básicas nas Constituições e Leis Orgânicas de Municípios referentes aos seus direitos e deveres; e normas específicas quanto às respectivas responsabilidades, como por exemplo, a Lei n. 1.079, de 10.04.1950, (Lei do *impeachment*) que tipifica os crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Governadores e também dos Ministros de Estado. Quanto aos auxiliares diretos dos chefes de Executivo, ocupantes de cargos em comissão, aplicam-se, de regra os Estatutos correspondentes, no que for compatível com a situação. (MEDAUAR, 2006, p. 260).

O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um *munus* público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas*,

por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade. (MELLO, 2006, p. 238)

1.2 Servidores públicos

Os vocábulos empregados para designar aqueles que mantêm vínculo de trabalho com entes estatais apresentam-se nebulosos, utilizando-se na imprensa falada e escrita os termos funcionalismo, funcionários, servidores, para abranger todos os que trabalham na Administração ou num setor (MEDAUAR, 2006, p. 260).

A Constituição de 1988, no capítulo concernente à Administração Pública, emprega a expressão "Servidores Públicos" para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas. (DI PIETRO, 2002, p. 430).

Ainda no dizer de Di Pietro (2002, p. 433-434):

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Compreendem:

1. os **servidores estatutários**, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. os **empregados públicos**, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de **emprego público**;
3. os **servidores temporários**, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem **função**, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público. (Com grifo no original).

Para Mello (2006, p. 238), a designação "servidor público" tem alcance bem mais restrito que antes, não sendo mais adequada para abarcar também os empregados da Administração indireta de Direito Privado, sendo o *nomen juris* "servidor público" uma espécie do gênero "servidores estatais".

Para que as pessoas atuem, de modo contínuo, em nome da Administração torna-se necessário um título legal, o qual de regra é representado por um ato de nomeação, de designação ou por um contrato. Tais títulos permitem que uma pessoa física exerça atividades em nome da Administração, com a qual

mantém, assim, um vínculo de trabalho, o qual atribui à pessoa o exercício de função pública. (MEDAUAR, 2006, p. 261).

A Constituição de 1988 previu, na sua redação original, *regime jurídico único* para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas (art. 39). Foi a partir da EC n. 19/98 que a exigência deixou de existir, de modo que cada esfera de governo poderá instituir o regime estatutário ou o contratual, com possibilidade de conviverem os dois regimes na mesma entidade ou órgão, não havendo necessidade de que o mesmo regime adotado para a Administração Direta seja igual para as autarquias e fundações públicas. (DI PIETRO, 2002, 436).

A Constituição brasileira, em diversas passagens, refere-se tanto a servidores titulares de cargo e servidores ocupantes de emprego (MELLO, 2006, p. 241)

1.2.1 Estatutários

A relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público não é de índole contratual, mas estatutária, institucional. No liame de função pública sob a égide estatutária, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, o Estado deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores. (MELLO, 2006, p. 242).

Os *servidores públicos* que se submetem a *regime estatutário*, quando são nomeados ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse, sem possibilidade de qualquer modificação das normas das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública cogentes, não derogáveis pelas partes. (DI PIETRO, 2002, p. 434),

Nesse mesmo sentido, discorre Medauar (2006, p. 268-269):

O regime estatutário é aquele em que os direitos, deveres e demais aspectos da vida funcional do servidor estão contidos basicamente numa lei denominada Estatuto; o Estatuto pode ser alterado no decorrer da vida

funcional do servidor, independentemente da sua anuência, ressalvados os direitos adquiridos; o servidor não tem direito a que seja mantido o Estatuto que existia no momento de seu ingresso nos quadros da Administração. O Estatuto rege a vida funcional dos ocupantes de cargos efetivos e vem regendo a vida funcional de ocupantes de cargos em comissão, quanto a estes, no que for compatível com esse tipo de cargo.

O primeiro estatuto dos então chamados “Funcionários Públicos Civis da União” foi instituído pelo Decreto-Lei n. 1.713, de 28 de outubro de 1939, assinado pelo presidente Getúlio Vargas. Um segundo estatuto foi promulgado pela Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952.

O atual e terceiro Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, Lei n. 8.112, foi promulgado em 11 de dezembro de 1990, pelo presidente Fernando Collor de Mello, tendo sido significativamente alterado pela Lei n. 9.527, de 10 de dezembro de 1997.

É vedado (DI PIETRO, 2002, p. 435):

[...] a aplicação do regime celetista para os ocupantes de cargo em comissão, para os servidores regidos pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União – Lei n. 8.112/90, bem como a criação de empregos não criados por leis específicas...

Para os efeitos do estatuto dos servidores públicos civis, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público (MUJALLI, 1997, p. 122).

1.2.2 Empregados públicos

A locução *empregados públicos* designa aqueles contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, figurando o poder público como empregador (MEDAUAR, 2006, p. 261).

Em sua conceituação, Mello (2006, p. 242-243) discorreu sobre *empregos públicos* para se referir aos empregados públicos:

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Quando se

trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, "a".

Os empregados públicos são contratados sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal. Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras prerrogativas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição (DI PIETRO, 2002, p. 434)

1.2.3 Empregados temporários

Os *empregados temporários* ou *servidores temporários* são aqueles contratados para exercerem funções temporárias, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei, conforme art. 37, IX, da CF. A contratação temporária na esfera federal está disciplinada pela Lei nº 8.745, de 9-12-93, alterada pela Lei nº 9.849, de 26-10-99 (DI PIETRO, 2002, p. 434).

2 Quadro Funcional

Quadro funcional é o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções públicas remuneradas integrantes de uma mesma pessoa federativa ou de seus órgãos internos.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, carreira é o conjunto de classes funcionais em que seus integrantes vão percorrendo os diversos patamares de que se constitui a progressão funcional. As classes são compostas de cargos que tenham as mesmas atribuições. Os cargos que compõem as classes são cargos de carreira, diversos dos cargos isolados que, embora integrando o quadro, não ensejam o percurso progressivo do servidor. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 528).

2.1 Cargos, empregos e funções públicas

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público,

tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 528).

Quanto à vocação para a retenção dos ocupantes, os cargos são classificados em de provimento em comissão, de provimento efetivo e de provimento vitalício (MELLO, 2006, p. 288)

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo. O titular do cargo se caracteriza como servidor público estatutário.

Emprego público é a expressão que identifica a relação funcional trabalhista. Para bem diferenciar a situação do empregado público e do servidor público, o empregado público possui função, mas não ocupa cargo. O servidor estatutário tem o cargo que ocupa e exerce as funções atribuídas ao cargo.

2.2. Provimento dos Cargos Públicos

Provimento é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular (MEIRELLES, 1991, p. 360)

O provimento é dito originário ou autônomo alguém é preposto no cargo independentemente do fato de ter, não ter, haver ou não tido algum vínculo com cargo público. A única forma de provimento originário é a nomeação. (MELLO, 2006, p. 292)

Provimento derivado é o preenchimento de cargo decorrente de vínculo anterior entre o servidor e a Administração. As formas de provimento derivado enumeradas no art. 8º da Lei nº 8.112/90 são a promoção, a readaptação, a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução (ALEXANDRINO, 2006, p. 253)

- ✓ Nomeação é o ato administrativo que materializa o provimento originário. A nomeação para cargo efetivo deve ser precedida de prévia aprovação em concurso público.
- ✓ Readaptação é a forma de provimento pela qual o servidor passa a ocupar cargo diverso do que ocupava, em função de compatibilização com limitação física ou psíquica sofrida pelo servidor.
- ✓ Reintegração ocorre quando o servidor estável, anteriormente demitido, tem a decisão administrativa ou judicial que determinou sua demissão invalidada.
- ✓ Aproveitamento é forma de provimento derivada que consiste no retorno do servidor estável posto em disponibilidade a cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado.
- ✓ Promoção é a forma de provimento pela qual o servidor sai de seu cargo e ingressa em outro situado em classe mais elevada. É forma de provimento e vacância de cargo público.
- ✓ Reversão é o retorno do servidor aposentado por invalidez permanente, quando declaradas insubsistentes, por junta médica oficial, as causas que determinaram sua aposentadoria.
- ✓ Recondução é o retorno do servidor que tenha estabilidade ao cargo que ocupava anteriormente, por motivo de sua inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou pela reintegração de outro servidor ao cargo que teve de se afastar.

Segundo Diniz (2006, p. 92), são formas de provimento, inobstante não constarem da Lei nº 8.112/90, a transformação e classificação, com origem e fundamento na Constituição Federal.

Vacância, por seu turno, é o fato administrativo-funcional que indica que determinado cargo público não está provido, estando sem titular. As formas de vacância são a exoneração, a demissão, a promoção, a readaptação, a aposentadoria, a posse em outro cargo inacumulável e o falecimento do servidor.

2.3. Investidura: Nomeação, Posse e Exercício

Investidura é o conjunto de atos do Estado e do interessado para permitir o legítimo provimento do cargo público.

Nomeação é o ato administrativo que materializa o provimento originário de um cargo. A nomeação para cargo de provimento efetivo exige prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, conforme art. 37, II, da Constituição da República. Tal aprovação é dispensada no caso de cargos em comissão.

Posse é o ato da investidura pelo qual ficam atribuídos aos servidor as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo. Com a posse, completa-se a relação estatutária da qual fazem parte o Estado, de um lado, e o servidor, de outro.

Exercício é o efetivo desempenho das funções atribuídas ao cargo. É o exercício que confere ao servidor o direito à retribuição pecuniária como contraprestação pelo desempenho das funções inerentes ao cargo.

A única forma de provimento originário é a nomeação. As demais são derivadas.

3. Concurso Público

A Constituição Federal determina, em seu art. 37, II, da CF, que o provimento de cargo efetivo deverá se dar somente mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos, e de *acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.*

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o 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”. Ressalta ainda que “cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 540)

O concurso público é o instrumento que melhor representa o sistema de mérito, já que todos podem participar nas mesmas condições, objetivando a escolha dos melhores candidatos. Fundamenta-se no princípio da igualdade, no princípio da moralidade administrativa e no princípio da competição, que privilegia a classificação dos que apresentarem as melhores condições.

Assim, a prévia aprovação em concurso público é, como regra, condição de ingresso no serviço público. Baniu-se, então, a transferência e a ascensão, constituindo-se estas em formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso.

Nesse sentido a Súmula 685 do Supremo Tribunal Federal: *“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”*.

A aprovação em concurso público não cria, para o aprovado, direito à nomeação. Trata-se de mera expectativa de direito.

3.1. Legislação e Concurso Público

A cada dia que se passa, os concursos públicos atraem mais candidatos. Seja pela dificuldade de emprego ou pela perspectiva de estabilidade. A maioria dos candidatos inscreve-se sem mesmo terem compreendido as regras do concurso estabelecidas no respectivo edital. A maioria presta mais atenção ao salário e à taxa de inscrição. E os direitos básicos do candidato?

Não existe uma Lei específica que trate das normas para realização de um concurso público, mas de um conjunto de normas que se complementam para regular a publicação de seu Edital. Cada norma jurídica tem seu espaço e tempo para ser aplicada.

A legislação principal atualmente baseia-se, obviamente, na Constituição Federal e é observada em todo o âmbito da administração pública. É na Constituição Federal que observamos os conceitos primordiais sobre o concurso público e a

definição de alguns preceitos para ingresso em algumas carreiras especiais. Veja-se:

- ✓ Cargo Público; Acesso e Investidura - CF art. 37, II, III, IV e § 2º.
- ✓ Cargo Público; Justiça; Provimento - CF art. 96, I, e
- ✓ Estabilidade - CF art. 41, caput e DT art. 18.
- ✓ Ingresso; Magistério Público - CF art. 206, V.
- ✓ Juiz Togado; Estabilidade - DT art. 21, caput.
- ✓ Serviço Notarial e de Registro; Ingresso - CF art. 236, § 3º.

A Portaria nº 450 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, de 06 de novembro de 2002, estabelece normas gerais para realização de concursos públicos, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Esta não tem efeito a nível estadual ou municipal e nem mesmo, obrigatoriamente, em alguns órgãos da administração indireta. Não se aplica às carreiras de Diplomata, do Ministério das Relações Exteriores, e às de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Assistente Jurídico e Procurador Federal, da Advocacia-Geral da União. Também não cabe para outros poderes.

O Decreto nº 55.003/64 dispunha sobre normas destinadas a disciplinar o ingresso em cargos públicos. Atualmente não há nenhuma lei federal regulando a matéria, existindo leis estaduais, municipais e no Distrito Federal há uma lei específica, a Lei nº 3.964, de 27 de fevereiro de 2007.

A Lei 3.964 do DF estabelece normas para a realização de concursos para instituições do governo local. Entre os principais pontos, destacamos:

- ✓ Edital - o edital, que vincula a administração pública, é de cumprimento obrigatório e deve ser redigido de forma clara e objetiva, de maneira a possibilitar a perfeita compreensão de seu conteúdo pelo pretendente ao cargo ou emprego oferecidos.
- ✓ Conteúdo mínimo do edital - entre outros destacamos: IV – indicação do local e órgão de lotação dos aprovados; XII – fixação do prazo inicial de validade e da possibilidade de sua prorrogação;

XIII – lotação inicial dos aprovados e disciplina objetiva das hipóteses de remoção;

- ✓ Tempo de preparação - o edital deve ser publicado com antecedência mínima de 90 dias em relação à data de aplicação da primeira prova. O prazo poderá ser reduzido para até 30 dias, excepcionalmente, desde que seja devidamente justificado e em atendimento ao interesse do serviço público. A medida praticamente dobra o tempo de preparação dos candidatos para as provas.
- ✓ Escolaridade - a escolaridade mínima e a qualificação profissional deverão ser comprovadas somente na posse. É vedada a exigência de comprovação no ato de inscrição do concurso.
- ✓ Bibliografia - Caso a banca examinadora indique a bibliografia que será cobrada nas provas, ela ficará vinculada à última edição das obras até a publicação do edital. Se não for indicada, ou vier apenas como sugestão de estudo, a banca terá de aceitar, como critérios de correção, as posições técnicas, doutrinárias, teóricas e jurisprudenciais dominantes relativas aos temas abordados.
- ✓ Idade - salvo disposição legal em contrário, é proibido estabelecer idade máxima para participação em concurso público.
- ✓ Taxa de inscrição - o valor do registro na seleção pública não poderá exceder 1% da remuneração inicial do cargo. Excepcionalmente, o valor pode chegar a 5%, mas será preciso comprovar a necessidade do aumento mediante uma apresentação de planilha de custos no edital.
- ✓ Isenção de taxa - na inscrição, candidatos que demonstrarem três doações de sangue nos últimos 12 meses ou que tenham pelo menos 40 anos de idade e estejam desempregados há pelo menos um ano serão isentos do pagamento da taxa.
- ✓ Anulação - em caso de cancelamento ou anulação de concurso público, o órgão deve devolver o valor relativo à inscrição corrigido monetariamente.
- ✓ Direito à posse - os aprovados dentro do número de vagas previstas no edital têm direito à nomeação e ao exercício do cargo

para o qual concorreram. A nomeação observará a ordem de classificação dos aprovados.

- ✓ Nomeação em até 30 dias - a nomeação dos aprovados no número de vagas previsto no edital será feita no prazo máximo de 30 dias, contados a partir da publicação do resultado final do concurso. Os aprovados em número excedente ao de vagas têm a expectativa de direito à nomeação.
- ✓ Ação judicial - prevê a possibilidade de uma ação judicial para questionar todos os atos relativos a concurso, como erro no edital ou o seu descumprimento; lesão ou ameaça de lesão a direito do candidato; discriminação (inclusive por idade, sexo, condição física, estado civil ou moradia); critérios de correção de prova ou de recurso; atos referentes a sigilo e publicidade e, ainda, decisões de recursos administrativos contra o gabarito oficial.

O Senador Jorge Bornhausen foi autor de um projeto de lei que visava disciplinar as normas para concurso público, que tramitou no Senado (PLS 92/2000) e na Câmara dos Deputados, tendo sido no entanto arquivado, de conteúdo extremamente semelhante ao aprovado no Distrito Federal, excetuando-se, para exemplificar, a garantia de nomeação em 30 dias dada no Distrito Federal. No projeto federal o candidato possuía ainda apenas expectativa de sua nomeação.

CAPÍTULO 3

A PROTEÇÃO LEGAL AO EDITAL DO CONCURSO PÚBLICO

Não obstante a inexistência de uma lei federal específica a regular os concursos públicos, é jurisprudencialmente assente que as normas editalícias constituem lei entre as partes. Abordaremos decisões dos tribunais nesse sentido.

O Edital do Concurso Público define as normas vinculantes para a Administração e estabelece condições, deveres e direitos para o candidato. A vinculação ao instrumento convocatório é determinado nos termos da Lei 8.666/93, em seu art. 41, que prescreve que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

“EMENTA: RESP – CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO – CONCURSO PÚBLICO – EDITAL (...) Diziam os romanos: “Narra mihi factum, dabo tibi ius”. O Edital, costuma-se repetir, é a lei do concurso. Disciplina, às inteiras, o concurso público. Cumpre ser observado, inexistindo afronta à Constituição e à lei infraconstitucional (STJ, Resp 172013/MA, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, public. DJ 07.06.1999, p. 135).”

O Edital é a lei interna do concurso, vinculando o ente público e os candidatos. Goza de previsão e proteção insertas na Constituição Federal, não se admitindo que qualquer ato administrativo, de qualquer natureza, venha a ferir suas normas e suplantar os direitos nele pactuados e que podem ser sempre invocados por aqueles candidatos habilitados dentro de suas premissas. Nascem com o Edital na verdade interesses coletivos, abrangendo a coletividade que a ele se subordina e a administração. A preservação dessa relação é de interesse público e está diretamente relacionada com os princípios da legalidade, da moralidade, da isonomia e da segurança jurídica, dentre outros.

Rege toda a vida do concurso, desde sua homologação até o exaurimento com o término do prazo de validade do mesmo.

“Em face do princípio da legalidade, pode a Administração Pública, enquanto não concluído e homologado o concurso público, alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie...” (RE 290.346, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29/06/01).

Mutatis mutandis, homologado o concurso público, não poderão ser modificadas as condições do certame constantes do edital, mesmo em face de nova legislação. A administração está vinculada ao cumprimento dessas normas em face de sua atuação somente poder se dar dentro do legalmente determinado.

“Estarei o brocardo jurídico: ‘o edital é a lei do concurso’. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame”. (RMS 14.291/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15.04.2004, DJ 24.05.2004 p. 287)

Vagas previstas em edital de concurso público possuem, portanto, todo o resguardo legal, como resultado do pacto estabelecido nas normas editalícias. Podemos citar, entre outros muitos, algumas normativas de órgãos superiores neste país e que indicam claramente a indisponibilidade da Administração sobre vagas vinculadas ao Edital de concurso público em validade:

Ato Regulamentar nº 31/99 do Supremo Tribunal Federal
“Dispõe sobre a transformação dos cargos efetivos e o enquadramento dos servidores do Quadro de Pessoal do Supremo Tribunal Federal nas carreiras criadas pela Lei nº 9.421/96
Art. 6º Poderá ocorrer alteração de área de atividade e/ou especialidade dos cargos vagos e dos que vierem a vagar após transformação, desde que relativamente ao cargo a ser alterado:
I – inexistir concurso público em andamento, assim considerado aquele cujo edital de homologação do resultado ainda não tenha sido publicado na imprensa oficial da União;
II – tenham sido totalmente preenchidas as vagas previstas no Edital, existindo concurso com prazo de validade em vigor.”

A Lei 8.112/90 protege os candidatos habilitados em um concurso público em face mesmo de um novo concurso.

Art. 12, § 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

Na verdade, candidatos habilitados em concurso público válido não podem ser preteridos em função de novo concurso que venha a ser realizado.

Art. 37, inciso IV, da CF

“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.”

O que se depreende claramente é que *as normas editalícias não estão submetidas à livre disposição da Administração* e que aos candidatos habilitados assegura-se exigir sua efetivação, enquanto dentro do prazo de validade.

A Administração, além de não poder atuar contra legem ou praeter legem, só pode agir secundum legem. Não poderá a administração proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria, ou seja, a que ato for para coartar a liberdade dos administrados ou cercear-lhes direitos, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar. (MELLO, 2006, p. 99-100)

O fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricão) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. (MELLO, 2006, p. 105)

CAPÍTULO 4

REMOÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Em Vocabulário Jurídico, 17ª ed., de De Plácido e Silva, encontramos à página 699 o conceito de remoção:

Do latim *remotio*, de *remove* (afastar, apartar), em sentido lato designa o ato pelo qual se *deslocam* ou se *afastam* do lugar ou posição, em que se acham, para outro lugar ou posição, coisas e pessoas. É a *mudança de posição* ou o *afastamento do lugar*.

Em acepção estrita, remoção é tido ainda no sentido de destituição ou de substituição de encargos.

Remoção. Na terminologia do Direito Administrativo, é empregado para distinguir o ato pelo qual, *dentro do mesmo quadro de funcionários* ou *dentro da mesma repartição*, se desloca ou se afasta o funcionário ou empregado de um serviço para outro ou de uma repartição para outra, desde que subordinada ao mesmo regime ou compondo um mesmo departamento público.

Desse modo, pela remoção, o funcionário ou o empregado não é *excluído de seu quadro nem muda de carreira*. Ocorre simplesmente, uma *mudança ou deslocação da posição*, isto é, do local em que trabalhava, seja para exercer atividade em outra repartição, pertencente à mesma ordem, ou em outros serviços, executados na mesma repartição.

Uma das formas de mudança de sede do servidor é a denominada Remoção, que está definida na atual redação da Lei nº 8.112, em seu art. 36, abaixo transcrito, como o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede:

"Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

I - de ofício, no interesse da Administração;

II - a pedido, a critério da Administração;

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

Quanto à remoção de ofício, é imprescindível a fundamentação e que fique demonstrado o interesse público, não se podendo utilizar a remoção como forma de punição disciplinar, como soía acontecer. A conveniência do serviço e o interesse da administração deverão ser objetivamente demonstrados. Essa proibição de utilizar a remoção como forma de punição está presente em muitos regulamentos dos mais variados órgãos. É ainda o entendimento dos tribunais, veja-se:

ADMINISTRATIVO. FUNCIONALISMO. POLÍCIA FEDERAL. REMOÇÃO. MOTIVAÇÃO. ATO ARBITRÁRIO. NULIDADE. IN N. 001/79-DG.

I. A remoção do servidor policial federal é possível tanto ex officio, por interesse da administração, como por motivo disciplinar, mas em ambos os casos faz-se imprescindível a devida fundamentação do ato, que não pode, a seu turno, sofrer desvio de finalidade, como na hipótese em exame, em que a transferência para unidade distante parece servir exclusivamente a solução de controvérsias de ordem pessoal.

II. Apelação provida, para decretar-se a nulidade das portarias que determinaram a transferência do autor de Santa Catarina, para as superintendências da polícia federal nos estados de Rondônia e do Acre.

(Ac 0130554-0/92-ac, TRF-1, 1ª turma, Rel. Juiz Aldir Passarinho Jr., unân., DJ de 19.12.94, p.073892)

A remoção consiste na verdade somente na mudança da lotação do servidor.

Lotação é o número de servidores que devem ter exercício em cada repartição ou serviço. A lotação pode ser numérica ou básica, e nominal ou supletiva: a primeira corresponde aos cargos e funções atribuídos às várias unidades administrativas; a segunda, importa na distribuição nominal dos servidores para cada repartição, a fim de preencher os claros do quadro numérico. (MEIRELLES, 1991, p. 358)

Para Cretella Júnior, o conjunto de servidores que devem exercer atividades em dada repartição, deveria, para efetivar-se, ser precedida de cuidadosos estudos científicos que, procedendo a rigoroso levantamento estatístico das condições de um setor delimitado da Administração Pública, concluiriam com precisão matemática sobre a quantidade de agentes necessários para atender às finalidades do serviço, evitando-se o risco de lotar uma determinada repartição com número excessivo de servidores ou com número insuficiente. (CRETILLA JÚNIOR, 1989, p. 428)

O decreto nº 53.481, de 23 de janeiro de 1964, que regulamentava a transferência e a remoção dos funcionários públicos civis da União, revogado pelo Dec. S/N de 10/05/1991, previa, em seu art. 16, que “a remoção em qualquer caso, dependerá da existência de claro de lotação”, e em seu art. 21 que “os fatos de remoção, a pedido ou ex officio, declaração, expressamente, a decorrência do claro de lotação preenchido serão publicados no órgão oficial” *sic*.

O claro na lotação surgiria quando o número de cargos lotados em uma repartição não estivesse totalmente preenchido, existindo alguns cargos vagos. Quando houver um claro decorrente de vacância, então esse cargo vago deverá ser preenchido, preenchendo o claro na lotação. A exigência de que se necessite de claro na lotação para a remoção é justamente para evitar que, via remoção, uma repartição perca servidores ou os tenha em maior quantidade que a lotação definida pela autoridade ou pela lei. Deve-se manter a lotação prevista. Se um servidor for removido para uma outra repartição, é necessário que se preencha esse claro.

A requisição de um servidor por um órgão não gera claro no órgão de origem. Sua lotação continua sendo a do órgão de origem.

Essa concepção de que é necessário o claro de lotação é mantida em várias leis federais, em leis estaduais e municipais que tratam da remoção. Tem o objetivo de manter a lotação numérica prevista em lei ou ato administrativo para cada órgão, setor ou repartição.

A finalidade da remoção é a ocupação imediata das lacunas de lotação em atendimento ao reequilíbrio da força de trabalho existente e na observância do interesse público. Esse reequilíbrio poderá atender ao interesse do servidor que manifestar o pedido para ocupar claros em outra lotação ou poderá determinar a remoção ex officio. Tendo em vista a manutenção da força de trabalho prevista para um determinado órgão, setor ou repartição, é necessário que essa remoção a pedido se dê para vaga resultante de cargos iguais ou equivalentes.

As remoções a pedido por motivo de acompanhar cônjuge e por motivo de saúde são bastante peculiares e não serão abordadas, pois existe uma forte vinculação da Administração para a concessão desses pedidos, tendo em vista a

expressa previsão legal, cumprindo somente ao interessado demonstrar as condições para sua concessão. Nesses casos, não há que se demonstrar a existência de claro de lotação. A proteção constitucional à saúde e à família se sobrepõem às conveniências administrativas de determinação de lotação numérica e nominal, o que já é assente na doutrina e na jurisprudência. Como não implicam, em princípio, em ocupação de vagas surgidas em determinada lotação, mas em vagas deslocadas com os cargos, não teriam interferência sobre eventuais previsões editalícias e expectativas de candidatos habilitados a pleitearem tais vagas.

As remoções *ex officio* não geram claros na lotação, pois através do ato de remoção a autoridade modifica a lotação inicialmente fixada.

Quando um determinado claro de lotação for pretendido por vários interessados, é o caso do concurso de remoção, conforme critérios definidos pelo órgão.

O concurso de remoção é modalidade de remoção a pedido, para outra localidade, “em virtude de processo seletivo, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados” (art. 36, parágrafo único, III, c).

É exatamente a remoção a pedido, com ou sem concurso de remoção, que pode interferir sobre os interesses de candidatos habilitados em concurso público, se caracterizando um choque e eventual fraude.

Há necessidade de compatibilizar a remoção, como deslocamento físico de cargos, com a existência vagas previstas em concurso público, de modo que não se sobreponham. A remoção é um atendimento a anseios legítimos de servidores que buscam uma melhor lotação, no entanto, não pode haver sobreposição aos direitos de candidatos habilitados em concurso público, o que é vinculante para a administração, ao passo que a remoção obedece à discricionariedade da Administração.

Assim, eventuais procedimentos de remoção devem ocorrer antes da divulgação de vagas em Edital de Concurso Público ou devem visar vagas não

previstas em Edital. Do contrário, se permitiria que determinadas áreas menos valorizadas para se trabalhar, menos requisitadas, acabem por fornecer os cargos por remoção para áreas mais buscadas e assim aqueles candidatos que aguardam convocação para essas vagas sejam prejudicados, não sendo convocados. Aquelas áreas menos procuradas constantemente estariam convocando candidatos para suprirem as lacunas e assim, aqueles que optassem por se inscrever para essas áreas, até mesmo por serem menos concorridas, obteriam colocações para áreas mais concorridas pela via da remoção. Isso caracterizaria certamente uma fraude. Quando os concursos são regionalizados, isso fica bem evidente.

O Decreto nº 55.003, que dispunha “sobre normas destinadas a disciplinar o ingresso em cargos públicos e a nomeação de candidatos habilitados em concurso”, buscava suplantar essas incompatibilizações e essas possíveis burlas, ao prever que um candidato que fosse habilitado em um concurso em determinada região e fosse nomeada para outra, somente poderia ser removido, requisitado ou mandado estagiar em repartição sediada em região diferente daquela para a qual foi nomeado após o decurso de 12(doze) meses de efetivo exercício na unidade em que foi originalmente lotado.

O Decreto nº 81.053, de 19 de dezembro de 1977, que regulamentava a transferência e a movimentação dos servidores públicos civis da União e de suas autarquias, previa em seu art. 2º, c, que era requisito essencial para pleitear a transferência ou a movimentação que o servidor contasse com 3 (três) anos de efetivo serviço no cargo ou emprego. Isso certamente era um mecanismo que impediria que se prestasse concurso para um órgão objetivando ser efetivado em outro. Os institutos da transferência e movimentação foram abolidos por incompatíveis com a Constituição e o mandamento do concurso público.

Encontramos em muitos editais de concursos públicos limitações para o pedido de remoção da lotação inicialmente prevista no Edital, bem como há previsões de não se permitir a remoção de servidores em estágio probatório, encontradas essas limitações em muitas legislações estaduais e municipais e em normativos de procedimentos para remoção.

A remoção é a forma de movimentação do servidor dentro de seu quadro e de sua carreira, não importando, portanto, em nova investidura, mas apenas em deslocamento físico do removido.

1 Distinções necessárias

1.1 Remoção *versus* Transferência

Na verdade, há uma grande semelhança entre a remoção o instituto da transferência.

Segundo ainda o decreto nº 53.481, de 23 de janeiro de 1964, que regulamentava a transferência e a remoção dos funcionários públicos civis da União, a transferência era o “ato de provimento mediante o qual se processa a movimentação do funcionário, de um para outro cargo de igual vencimento”. Assim, um funcionário poderia ser transferido para um outro cargo, em um outro órgão, e assim obviamente modificava sua lotação. A diferença é que na remoção o servidor mantém o mesmo cargo, não provendo um novo. Na transferência, sua essência era o provimento de um cargo com a vacância de outro. Na remoção, a essência é somente o deslocamento mantido o mesmo cargo. Na Lei 8.112/90 era assim definida a transferência:

Art. 23. Transferência é a passagem do servidor estável de cargo efetivo para outro de igual denominação, pertencente a quadro de pessoal diverso, de órgão ou instituição do mesmo Poder.

§ 1º A transferência ocorrerá de ofício ou a pedido do servidor, atendido o interesse do serviço, mediante o preenchimento de vaga. *(art. e parágrafos revogados pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)*

Através da transferência seria possível ao servidor estável vagar um cargo e prover outro de mesma denominação, logicamente isso implicaria na mudança de lotação. No entanto, ela só ocorria para quadro permanente diverso e não dentro de um mesmo quadro. A transferência não mais é forma de provimento e vacância de cargo público, tendo sido expressamente revogada.

1.2 Remoção *versus* Promoção

A promoção é forma de provimento derivado, nas carreiras em que o desenvolvimento do servidor ocorre por provimento de cargos sucessivos e ascendentes. Somente se aplica aos cargos escalonados em carreira.

Para os cargos em carreira, haverá provimento na classe inicial por nomeação, após aprovação em concurso público. Para os cargos subseqüentes que se escalonam na carreira, a investidura ocorrerá por promoção. Promoção é o provimento derivado dentro da mesma carreira, portanto.

O cargo efetivo de carreira permite a promoção do seu titular, pelo critério de merecimento ou antiguidade, após cumprimento de exigências estabelecidas em lei ou regulamento. Nesses casos há o provimento novo, por promoção, a cada momento em que se passa a um estágio superior na carreira. Ocupa-se um novo cargo e o anterior fica vago. Haverá ou não uma nova lotação, com ou sem mudança de sede, pela promoção, e haverá um deslocamento do servidor sem seu cargo, para ocupar um novo cargo. Exemplo: um promotor de 1ª entrância é promovido para uma 2ª entrância. Ele se desloca para uma nova comarca, sem seu cargo de 1ª entrância, que ficará vago. Será provido em um novo cargo, de 2ª entrância, em nova localidade. Não haverá nomeação nesse caso, mas provimento por promoção. Nesse caso não houve remoção, mas promoção, com deslocamento do servidor. Seu cargo anterior fica e ele assume um novo cargo.

Se ele se deslocasse para uma comarca de mesma entrância, então teríamos uma remoção. Ele permaneceria com seu cargo, não iria prover nenhum novo cargo. Haveria o seu deslocamento, com seu cargo, e então, teríamos uma remoção.

Como o que se observa é o deslocamento, é comum a incompreensão de cada instituto. Importante destacar que tanto a remoção quanto a promoção podem ocorrer com ou sem mudança de sede. O servidor pode ser removido para a sala ao lado, tendo nova lotação, ou pode ser promovido e permanecer no mesmo local de trabalho.

O importante é considerar que a remoção muda sua lotação e a promoção o coloca em um novo cargo mais elevado na carreira, vagando seu cargo anterior e provendo um novo. O deslocamento e mudança de lotação resultantes da promoção não se constituem em remoção.

1.3 Remoção *versus* Redistribuição

Lei 8.112/90

Art. 37. Redistribuição é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central do SIPEC, observados os seguintes preceitos:

I - interesse da administração;

II - equivalência de vencimentos;

III - manutenção da essência das atribuições do cargo;

IV - vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades;

V - mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional;

VI - compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade.

Portanto, um servidor pode modificar sua lotação, se deslocando, via redistribuição, para outro órgão ou entidade do mesmo poder, obedecidos os critérios legais definidos, sem vir a vagar o cargo e prover outro, diferenciando-se da remoção principalmente porque esta ocorre dentro do mesmo quadro.

2. Remoção e Provimento de Cargo Público

Hely Lopes Meirelles define o provimento como o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular. Define que o provimento derivado é sempre uma alteração na situação de serviço do provido e inclui a remoção entre as formas de provimento derivado (MEIRELLES, 1991, p. 360)

Para Rosa (2005, p. 58), a remoção é incluída como forma de provimento derivado.

Na verdade, a remoção não é forma de provimento de cargo público, as quais são expressamente definidas pela lei. Se a remoção implicasse em um novo provimento, deveria estar incluída também como forma de vacância. A remoção

consiste, repita-se, somente no deslocamento do servidor com seu cargo para uma nova lotação dentro do mesmo quadro.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “embora possa haver certas semelhanças com algumas dessas formas, com elas não se confundem a remoção e a redistribuição, que não são forma de provimento derivado por não ensejarem investidura em nenhum cargo. Em ambas há apenas o deslocamento do servidor: na remoção, o servidor é apenas deslocado no âmbito do mesmo quadro e, na distribuição, o deslocamento é efetuado para quadro diverso. Em qualquer caso, porém, o servidor continua titularizando seu cargo, o que não ocorre nas formas de provimento derivado” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 535)

A denominada remoção não constitui forma de provimento. Trata-se, o instituto da remoção, do deslocamento dos servidor para exercer suas atividades em outra unidade do mesmo quadro, ou seja, o servidor permanece no seu mesmo cargo, sem qualquer alteração a esse respeito. (ALEXANDRINO, 2006, p. 270)

Remoção destina-se ao provimento de uma vaga, não ao provimento de cargo vago. Desloca-se o cargo provido pela remoção para ocupar um claro na lotação.

CAPÍTULO 5

PROVIMENTO DE VAGA POR REMOÇÃO EM OPOSIÇÃO A VAGA DESTINADA À CONCURSO PÚBLICO

1. Remoção e Fraude à expectativa de candidatos

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. REMOÇÃO. ART. 36, DA LEI N. 8.112/90. CONSTITUCIONALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. CLASSIFICAÇÃO. PRETERIÇÃO A DIREITO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LIVRE ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS MEDIANTE CONCURSOS PÚBLICOS. ART. 37, I E II, CF/88.

1. A remoção é instituto lícito de movimentação de servidores, no interesse da Administração e do próprio servidor consubstanciado no art. 36, da Lei n. 8.112/90, que não ofende o princípio da livre acessibilidade aos cargos públicos mediante a prestação de concurso público, na forma do disposto nos incisos I e II, do art. 37, da Constituição da República de 1988.

2. Não se presume fraudulenta a remoção de servidores a determinada "praça", no interesse da Administração, ainda que haja candidatos aprovados em concurso público, com expectativa de direito à nomeação na mesma "praça", ante o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, somente ilidível mediante robusta prova em contrário.

3. Em consequência, não fazem jus os Impetrantes ao direito de nomeação ao cargo de Técnico do Banco Central do Brasil, para o qual prestaram concurso público, face à ausência de demonstração de preterição ao direito à nomeação, fazendo resultar inconteste que o único e exclusivo fato que impossibilitou-lhes o acesso ao almejado cargo foi a classificação insuficiente a atingir o número de nomeações levadas a efeito no interesse da Administração.

4. Segurança denegada.

5. Apelação improvida. (TRF 1ª Região, AMS 1999.01.00.023228-0/MG, Segunda Turma, Juíza MARIA JOSE DE MACEDO RIBEIRO (conv.), pub. DJU 29.10.2000, p.30)

A remoção, de fato, conforme prevista legalmente, não é capaz de ofender ao princípio da livre acessibilidade aos cargos públicos, simplesmente porque na remoção o servidor permanece com seu cargo e a acessibilidade aos cargos públicos se dá em cargos não providos.

No entanto, conforme já colocado, é possível que a remoção venha a ocupar vaga prevista em Edital de concurso público, o que parece caracterizar a jurisprudência citada, podendo sim, caracterizar uma fraude e uma arbitrariedade ser escondida sob o disfarce da discricionariedade. No caso citado, os autores não estavam dentro do número de vagas ofertadas, no entanto, essas vagas ofertadas

seriam reduzidas, na medida em que as vagas que surgissem fossem providas por remoção de servidores lotados em outras regiões, mormente quando o concurso se destinasse à formação de cadastro de reserva, quando então o número de vagas seria o das que surgissem durante o prazo de validade do concurso.

Mesmo aqueles que ocupassem as primeiras colocações entre os ainda habilitados, seriam preteridos na medida em que as lacunas que surgissem na lotação fossem providas por remoção. Isso geraria um efeito dominó, na medida em que as vagas que surgissem na região de origem dos servidores removidos seriam então providas por candidatos habilitados naquelas regiões, prejudicando-se claramente os ainda habilitados na região para onde fossem tais servidores removidos. Mormente em concursos regionalizados isso ficaria claro, e regiões mais procuradas seriam então providas suas vagas por remoção, determinando a não convocação de candidatos de concurso público.

2. Remoção como direito legítimo dos já servidores

É certamente condizente com o princípio da razoabilidade, que a servidores já pertencentes a um determinado órgão seja oferecida a oportunidade de optarem por lotações onde haja vagas disponíveis, e que as vagas em concurso público sejam oferecidas somente após a realização de concurso de remoção, quando então as remanescentes do mesmo serão oferecidas no concurso público.

Nesse sentido, citamos uma ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal do Ceará, processo nº 2006.81.00.002969-3, junto à 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, objetivando impor ao Ministério do Trabalho e Emprego uma obrigação de fazer, consistente na realização de concurso de remoção para os auditores de todo o País utilizando-se do número de vagas à época existentes, antes de realizar o Concurso Público para o mesmo cargo, em que as vagas existentes seriam oferecidas aos concursandos, em prejuízo dos que já faziam parte da carreira.

Quando a ação foi ajuizada o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) estava prestes a realizar a seleção para o cargo, sem previamente abrir um

concurso interno de remoção, como acontecia normalmente, o que possibilitaria aos servidores a preferência para tentar mudar seu local de trabalho.

No entender do Ministério Público Federal, a oferta das vagas existentes aos concursandos, prescindindo de concurso de remoção, acarretaria situação esdrúxula, em que as vagas ociosas seriam preenchidas pelos que ainda iriam ingressar na carreira e, conforme consta na petição inicial, para o autor da representação, funcionário interessado, “provavelmente quem for aprovado no concurso poderá ficar em uma lotação melhor do que aquele que já é AFT e está em uma cidade não muito boa”.

O MPF defendeu que o princípio da eficiência ficaria prejudicado, pois "um funcionário que milita sob o manto da distância familiar, do desapego ao lugar onde está lotado e da revolta pela preterição trabalhará com visível carga negativa, desmotivado mesmo”.

A ação também afirmava que não seria razoável abrir a possibilidade de escolha de lotação a novatos, quando a oportunidade não é dada aos servidores mais antigos, "que há muito se dedicam à instituição”.

Instado, o Ministério do Trabalho e Emprego afirmou que: A instituição do processo seletivo de remoção é ato discricionário em que o administrador deverá manifestar-se quanto à oportunidade e conveniência para a administração na realização do referido processo. Não há no ordenamento jurídico atual nenhum normativo que vincule a realização de concurso público ao prévio oferecimento de vagas na modalidade de processo seletivo de remoção, aos servidores que já se encontrem em exercício. Dessa forma, no estrito cumprimento do princípio constitucional da legalidade, esta administração não se vê obrigada a cumprir o que a lei expressamente não determina, principalmente se levarmos em consideração o interesse da sociedade na rápida realização do concurso.

A liminar foi concedida e confirmada no TRF 5ª Região em decisão de agravo interposto pela União:

Vistos, etc.

A União interpõe agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão do MM Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do

Ceará, que deferiu liminar em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, determinando que a agravante, antes da realização de concurso público para preenchimento das vagas de Auditor-Fiscal do Trabalho, promova concurso interno de remoção, priorizando a antigüidade dos servidores já integrantes do quadro de pessoal.

Alega a União, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação e, no mérito, a ingerência do Judiciário no mérito administrativo, e que o art. 37, inciso IV, da Constituição Federal, garante o direito de prioridade dos aprovados em concurso público em relação a novos concursados, não se referindo ao preenchimento de vaga por remoção com prioridade sobre candidatos aprovados em concurso público.

(...)

Entendo cabível, nesse primeiro exame, o ajuizamento de ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos dos integrantes da categoria de Auditor-Fiscal do Trabalho, relativos à remoção para outras localidades, com preferência aos futuros candidatos aprovados em concurso público.

O princípio constitucional que garante a convocação do candidato aprovado em concurso público anterior, com preferência sobre os novos concursados, é o mesmo que deve garantir aos servidores, por questão de antiguidade, a remoção para outras localidades onde haja claros de lotação, prioritariamente sobre os futuros servidores que ingressarão na respectiva carreira.

Seria contra-senso privilegiar, com a opção por localidades preferenciais, quem sequer ainda é servidor, em detrimento daqueles que ingressaram no serviço mais remotamente.

Entendo, pois, razoável a tese de que antes da abertura de concurso público, deva ser, primeiramente, dada opção aos servidores de relocação em outras localidades, para, só depois, disponibilizar as localidades destinadas a concurso público, considerando que na hipótese de remoção, não há provimento de cargo, mas movimentação de servidores dentro do quadro de pessoal.

Destaco o seguinte acórdão:

" ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR FISCAL DO TESOIRO NACIONAL. CONCURSO DE REMOÇÃO. NÃO-HABILITAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE VAGAS OFERTADAS A CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. PRIORIDADE DE OPÇÃO PELOS SERVIDORES MAIS ANTIGOS. CONTROLE JUDICIAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RESPEITO AO CRITÉRIO DE ANTIGÜIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DA TURMA.

1. Faz jus a remoção o servidor não habilitado em concurso para esse fim, quando, logo após, desconsiderando fortuitamente o critério de antigüidade, a Administração oferece vagas na localidade de seu interesse aos candidatos aprovados em concurso público, pois, embora seja ato discricionário a distribuição de vagas, a providência administrativa deve estar adstrita aos limites legais e orientada pelos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade para sempre guardar relação de pertinência entre os meios empregados e o fim almejado, sujeitando-se, nesse aspecto, ao controle judicial. (Cf. STJ, RESP 443.310/RS, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 03/11/2003; TRF1, AMS 2002.34.00.035228-5/DF, Quinta Turma, Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ 25/11/2004; AMS 2000.01.00.009558-8/PI, Quinta Turma, Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ 11/11/2004; TRF1, AMS 2000.01.00.037410-1/DF, Sexta Turma, Desembargador Federal Souza Prudente, DJ 06/11/2002; TRF1, AMS 2000.01.00.005869-6/DF, Sexta Turma, Juiz Daniel Paes Ribeiro, DJ 07/02/2002.)

2. Apelação provida com inversão da distribuição do ônus da sucumbência." (TRF - 1ª Região, AMS nº 9601283773 - DF, Rel. João Carlos Costa Mayer Soares (Convocado), julg. 15.03.2005, publ. 07.04.2005) (Não há, também, ingerência do Judiciário sobre o poder discricionário da Administração, porque, conforme já ressaltado, o direito de remoção prefere ao da lotação do futuro concursado, em decorrência do princípio da antiguidade informado no art. 37, IV, da CF. Indefiro o pedido de efeito suspensivo. Intime(m)-se o(a)(s) agravado(a)(s) para responder ao recurso no prazo de 10(dez) dias. Publique-se.

Recife, 09 de junho de 2006.
Des. Federal Edilson Nobre
Relator Convocado
Número para consulta processual: 2006.81.00.002969-3

3. Remoção na vigência de concurso público

No entanto, uma vez deflagrado o concurso e oferecidas as vagas em edital, as mesmas encontram-se vinculadas ao certame e não poderiam ser discricionariamente oferecidas pela Administração, o que poderiam se caracterizar como fraude.

Nesse entendimento e pela pertinência, citamos trechos do voto do Desembargador Nereu Santos, do TRF 5ª Região, na Apelação Cível nº 103.867-PE, interposta pela União, que sustentava que *a remoção de servidores, no âmbito interno da Administração Federal, não guarda qualquer relação com a existência ou não de candidatos aprovados em concurso*. Visava a apelação contrapor-se à nomeação dos autores e à nulidade de atos de remoção. Foi negada à unanimidade.

“VOTO

(...) Ainda que plausível o argumento, o que não pode é a Administração, no prazo de validade do concurso público, remover candidatos para suprir as necessidades de serviço de determinado órgão, quando existem candidatos aprovados, na ordem de classificação para serem aprovados.

(...) ...isso evidencia a fraude, conduzindo à presunção de que, para conseguirem o emprego, optaram por outras cidades distintas da de origem – Recife-, e para lograrem permanecer em Recife pediram remoção ou movimentação.

(...) As alegações desses litisconsortes, de que foram removidos por interesse da Administração e de que trouxeram consigo as vagas das cidades de opção, ao terem sido removidos ‘a pedido’... Ora, remoção a pedido não se confunde com remoção por interesse da Administração, situação em que teria sido ex officio, e ‘claro existente na lotação’ significa vaga. Portanto, esses removidos o foram a pedido e indo ocupar vagas na DRT-PE, ficando abertas as que antes ocupavam nas cidades para onde foram admitidos.

(...) A ilegalidade patenteia-se, sim, posteriormente, nos atos de movimentação e remoção, por inobservância, a partir daí, dos termos da mesma instrução normativa. O desrespeito a essa regra normativa implica em vício de nulidade dos atos administrativos praticados – movimentação e remoções – por ilegalidade de seu objeto, amoldando-se à teratologia do art. 2º, parágrafo único, alínea c, da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65): ‘a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo’.

(...) Lamentável que um assunto de natureza eminentemente técnica – movimentação de uma servidora optante, jungida a regras legais – tenha sido tratado de forma exclusivamente política, prejudicando pessoas como os autores, os quais, diferentemente dos apaniguados, nada pediram a quem quer que fosse, simplesmente ficaram no aguardo do respeito às suas posições classificatórias no aludido certame para serem admitidos... Essas vagas existiam, isso já ficou suficientemente demonstrado não só pelo que consta expressamente nos atos de remoção... enquanto que o art. 16 do segundo decreto dispõe que ‘a remoção, em qualquer caso, dependerá da existência de ‘claro de lotação’...”

O julgado referia-se ao reconhecimento da preterição de dois candidatos habilitados em concurso público, em função de remoção de dois servidores provindos de lotações distantes, determinando-se que os autores fossem nomeados na cidade de Recife e que se anulassem os atos de remoção dos servidores que causaram tal preterição.

No extenso e minucioso voto do eminente relator, reconheceu-se a possibilidade de se utilizar a remoção como maneira de burlar o concurso público, abordagem que se procura esclarecer e alertar no presente trabalho.

Na verdade, essa é uma realidade bastante presente e são bastante exíguos os casos que chegam à apreciação judicial, exatamente porque as remoções são vistas como amparadas pela discricionariedade administrativa e os meios de divulgação são eminentemente internos, reservados, com extrema dificuldade de acompanhamento por aqueles a quem interessar. Pensamos que os autores da ação possuíam algum tipo de informação privilegiada.

Em que pese a publicidade dada aos atos de remoção, ela é uma publicidade reservada, para as quais não se atenta e que mesmo os candidatos habilitados em concurso público não estão voltados para mais esse elemento, buscando somente estar inteirados sobre o cumprimento da ordem de classificação do concurso público e se a nomeação obedece a tal ordem.

Ademais, quanto se trata de remoção não existe um cuidado especial na atuação administrativa se dar no sentido de que não ocorram prejuízos às normas editalícias e tudo é feito mesmo de maneira muitas vezes de boa-fé, como procedimento normal.

Depreende-se a necessidade de promover compatibilização entre os dois institutos, como observamos nas normas a seguir:

1. Resolução nº 21/2006, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho

“Considerando que é imperativo compatibilizar os pedidos de remoção com o provimento dos cargos mediante concurso público

Art. 4º: Não se deflagrará procedimento de remoção no Tribunal durante a realização de concurso público para o provimento de cargo de Juiz do Trabalho substituto, desde a publicação do edital convocatório do certame, até a nomeação dos aprovados, salvo para as vagas não referidas no edital ou para as que sobejarem no número de aprovados.

Parágrafo único: Mesmo no curso do certame, é possível a remoção para as vagas incluídas no edital, se os candidatos aprovados nas fases já realizadas forem insuficientes para o provimento total delas.”

2. Lei Complementar nº 75 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal)

“Art. 212: A remoção a pedido singular atenderá à conveniência do serviço, mediante requerimento apresentado nos quinze dias seguintes à publicação de aviso da existência de vaga; ou, decorrido este prazo, até quinze dias após a publicação da deliberação do Conselho Superior sobre a realização de concurso para ingresso na carreira.”

3. Portaria nº 32/2006, do Tribunal de Contas da União:

“Art. 1º (...)

Parágrafo único: O concurso de remoção não poderá utilizar-se de vagas previstas por edital de concurso público.”

A vinculação ao edital impede o oferecimento de suas vagas para remoção, o que consta claramente expresso na regulamentação da remoção no âmbito do Tribunal de Contas da União, ao não permitir que vagas previstas no edital sejam utilizadas para remoção.

4. Estudo de Caso

O Tribunal Regional Eleitoral do Ceará realizou em novembro de 2002 um concurso público destinado ao provimento de cargos, que vagassem ou fossem criados em sua Secretaria, nas carreiras de analista judiciário e técnico judiciário. A

homologação do concurso ocorreu em 2003 e sua validade foi prorrogada até agosto de 2007.

No interstício da validade do concurso, a Lei 10.842/2004 criou cargos destinados às zonas eleitorais.

Com base no princípio da vinculação ao edital, os candidatos habilitados não poderiam ser nomeados para essas vagas, já que o concurso não se destinara a essa finalidade. O Tribunal Superior Eleitoral, através da Resolução TSE nº 21.832/2004, autorizou que os tribunais regionais eleitorais aproveitassem os candidatos que demonstrassem interesse, convocando-os a se manifestarem na ordem de classificação, ao mesmo tempo em que se garantiu aos recusantes a permanência na ordem de classificação do concurso. Assegurou-se, através de atos normativos que regulamentaram esse aproveitamento, que esses candidatos recusantes seriam convocados quando do provimento de cargos na Secretaria, conforme a previsão editalícia.

Em dezembro de 2005, a lei 11.202 criou mais cargos de técnico e analista judiciário para os tribunais regionais eleitorais e o tribunal local lotou alguns desses cargos de técnico e analista judiciários na Secretaria do Tribunal. Surgiram, assim, as vagas a que se destinava o concurso público, em vigor e em seu prazo improrrogável.

A Administração do TRE decidiu, então, realizar um procedimento de remoção com vistas ao “preenchimento dos cargos criados pela Lei 11.202” lotados na Secretaria do Tribunal, oferecendo posteriormente as vagas nas zonas eleitorais resultantes da remoção aos candidatos ainda habilitados no concurso público. Esses servidores candidatos à remoção eram os mesmos servidores que haviam optado pela sua nomeação em zona eleitoral, tendo em vista o aproveitamento do concurso público. Muitos dos candidatos bem classificados no concurso haviam optado por aguardar as vagas na Secretaria, ao passo que os de classificação inferior optaram por esse aproveitamento. Com a remoção, candidatos que obtiveram classificação bastante inferior lograram sua remoção para a Secretaria.

Em função dessa escolha da Administração do TRE, candidatos habilitados e se sentindo prejudicados entraram com ações na Justiça Federal reivindicando sua nomeação para esses cargos lotados na Secretaria.

Alegaram, entre outros, os seguintes aspectos:

- os candidatos que se mantinham habilitados no concurso deveriam ser convocados para nomeação na Secretaria, tendo em vista o disposto no edital do concurso e a vinculação da Administração ao instrumento convocatório, ao passo que a remoção é discricionária;

- a convocação dos servidores para ocuparem as vagas surgidas na Secretaria, durante o prazo improrrogável de validade do concurso público, em detrimento dos candidatos habilitados, configuraria preterição prevista no artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal. A expectativa de direito advinda do concurso público seria anterior ao concurso de remoção, configurando-se então inversão na ordem de preferência a prioridade ao concurso de remoção.

- não havia amparo legal a proteger a pretensão e a opção da administração, prevendo que essas vagas deveriam ser prioritariamente oferecidas aos servidores, ainda que sendo desconsideradas as opções anteriores. Haveria a ofensa ao princípio da impessoalidade e à isonomia.

Os juízes federais a quem couberam os feitos apresentaram interpretação diversa quanto ao argüido, ambos negando a antecipação dos efeitos da tutela requestada.

No processo 2007.81.00.001516-9, o juiz federal da 10ª vara da Seção Judiciária do Ceará negou o pedido, entendendo que sendo discricionárias a nomeação e a lotação dos aprovados em concurso público, cabe à Administração livremente aferir-lhes a conveniência e a oportunidade, inclusive para proceder a concurso de remoção antes da nomeação dos aprovados em concurso público. Quanto à previsão do edital de que a lotação se daria em Fortaleza, entendeu que o concurso na verdade se destinava ao preenchimento de cargos vagos do quadro de pessoal do Tribunal Regional Eleitoral, que envolve o próprio TRE e as zonas eleitorais, já que à época o tribunal não poderia antever o surgimento dos cargos

das zonas eleitorais e daí a referência do edital à lotação em Fortaleza. Ainda, que com a Lei nº. 10.842/2004, que criou os cargos para as zonas eleitorais, surgiu a possibilidade de desconsiderar a previsão editalícia de nomeação e lotação dos habilitados em Fortaleza. Entendeu que a ordem de classificação em que permaneceram aqueles candidatos habilitados que recusaram a nomeação para zona eleitoral do interior, não confere prioridade de lotação em face dos candidatos já nomeados, pois o art. 37, IV, da CF, confere direito de precedência na nomeação, e os critérios de remoção são diversos da ordem classificatória do concurso público. Na sua compreensão, os candidatos que renunciaram à nomeação para zona eleitoral abriram mão da prioridade na nomeação, não tendo sido preteridos por ato da Administração, mas por opção volitiva própria.

No processo 2007.81.00.001255-7, o juiz federal da 3ª vara da Seção Judiciária do Ceará, negou o pedido do autor, que ocupava a 12ª colocação entre os candidatos habilitados ao seu cargo (eram 13 as vagas disponíveis para a Secretaria). Entendeu que a precedência da remoção dos servidores investidos em cargos lotados nas zonas eleitorais em relação à nomeação dos candidatos remanescentes às novas vagas criadas na Capital não padeceria de qualquer nulidade, desde que não importasse, por via reflexa, a preterição da ordem de classificação do certame, priorizando candidatos pior classificados em detrimento dos melhores colocados. Ao compulsar os autos e a contestação da União, o juiz observou que dois servidores que ocupariam vagas na Secretaria, via concurso de remoção, obtiveram classificação inferior no concurso público. Assim, extraiu a ilação de que, se ainda estava em vigor o concurso público e existiam cargos vagos em Fortaleza, não poderia a Administração simplesmente promover a remoção prévia de outro servidor, com colocação inferior aos outros candidatos, sem ofertar a vaga a um dos candidatos remanescentes e melhor classificados, sob pena de consumação, de forma reflexa, da preterição da ordem de classificação. Apesar de, em princípio, entender que houve subversão da ordem seqüencial dos classificados, o demandante não logrou demonstrar que 10 (dez) dos 11 (onze) candidatos que lhe antecedem na ordem de classificação renunciaram ao direito de serem nomeados com prioridade em relação a ele.

Observamos então, entendimentos diversos. Ora se desconsidera a classificação no concurso público para caracterizar preterição pela remoção, atribuindo-se à discricionariedade da administração a escolha por optar pela remoção. Ora se considera que a classificação no concurso público deve ser mantida mesmo pelos servidores já nomeados, e que deveria ser considerada para preenchimento dos cargos surgidos na Secretaria e previstos no edital.

É nosso entendimento, no entanto, que a discricionariedade do administrador encontra limites quando este deixa de observar o cumprimento dos princípios constitucionais. À primeira vista parece tratar-se, no presente caso, de mero ato discricionário, submetido à oportunidade e conveniência do administrador, a realização, ou não, de concurso de remoção em ordem de precedência ao concurso público.

A hipótese dos autos reclama uma solução mais justa, que não se compatibiliza com um raciocínio tão simples assim.

Ao defender tratar-se de ato discricionário optar por abrir vagas para os candidatos do concurso que está por vir, antes de proceder ao concurso de remoção, deixou o tribunal eleitoral local de atender aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, senão vejamos:

O art. 37 da Carta Magna estabelece:

“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:

(...)

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.”

Da leitura do inciso IV do art. 37 da CF/88, acima citado, verifica-se a preocupação do legislador constituinte, a ponto de elevar ao âmbito constitucional, a proteção, àqueles que são aprovados em concurso público, ao direito de precedência na nomeação em relação a novos concursados.

No caso em tela, houve descumprimento do edital do concurso e ofensa a um princípio constitucional, na medida em que a expectativa de direito de uns foi suplantada pela escolha do administrador.

Para aqueles nomeados para as zonas eleitorais o concurso teria cumprido sua finalidade de permitir o acesso a cargo público. Uma vez nomeados saem da lista de classificação. Essa a inteligência do Decreto 55.003/64:

“Dispõe sobre normas destinadas a disciplinar o ingresso em cargos públicos e a nomeação de candidatos habilitados em concurso, e dá outras providências.

Art 7º O processamento das nomeações de que trata este Decreto obedecerá às normas que se seguem:

II - Nomeação para vagas em regiões diferentes daquela em que se habilitou o candidato:

e) O candidato nomeado para região diferente daquela em que se habilitou, ao tomar posse no cargo, terá o seu nome automaticamente excluído da classificação obtida na região de origem.”

Não podem mais reivindicar como servidores as normas editalícias, ademais que o preenchimento dessas vagas se dá por critérios não relacionados ao edital, nem obedecem à classificação do concurso.

Ao intérprete cabe buscar o sentido da norma, inclusive ampliando-a em direção à técnica de interpretação extensiva. Se o legislador constitucional previu o direito de precedência à nomeação, pela melhor técnica interpretativa, se há previsão legal de direito de precedência quanto à nomeação, também deverá prevalecer esse direito em relação às remoções que venham a obstaculizar essa expectativa de direito. Os candidatos habilitados no concurso público devem ter direito de precedência às lotações em relação servidores, sob pena de restar ferido o princípio da legalidade, dentre outros.

Ademais, os candidatos habilitados em concurso público específico possuem expectativa de direito de serem nomeados para as vagas previstas no edital do concurso. Ao surgirem as vagas e forem frustrados nessa expectativa, houve ofensa ao seu patrimônio jurídico, e é garantia fundamental do art. 5º, LIV, da CF, que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

A remoção assumiu finalidade idêntica à previsão do Edital do Concurso Público, pois se propunha a preencher vagas de cargos públicos criados e previstos no edital do concurso público, daí a possibilidade do socorro ao princípio constitucional da preferência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta breve monografia, o que se espera é ter atingido o objetivo de despertar para a importância de se estabelecerem mecanismos efetivos de regulamentação do instituto da remoção, que escondido dentro da discricionariedade administrativa, pode ferir sem despertar nas consciências as ofensas que diretamente atingem direitos fundamentais e princípios constitucionais. Espera-se ainda ter despertado para a compreensão de tema tão importante e ainda pouco esclarecido, bem como carente de referências bibliográficas.

Salta aos olhos a insuficiência da previsão legislativa, a conferir ao administrador ampla discricionariedade. Contudo, em um país de dimensões continentais como o nosso a singeleza do comando normativo pode transmutar-se em fonte infindável de excessos e arbitrariedades. Suponha-se que um ente administrativo com órgãos espalhados por todo o território nacional opte por promover remoções para preencher vagas na lotação. Tal opção administrativa pode inviabilizar convocações de candidatos habilitados em concurso público vigente, ferindo a ordem de preferência prevista no artigo 37, IV, da Constituição Federal, como demonstrado em casos concretos.

Pretendemos ir além da necessidade de verificação, in concreto, da mera existência de motivos para fins de aferição de eventual desvio de finalidade. Impõe-se focar a necessidade de serem estabelecidos critérios prévios e objetivos de modo a circunscrever as situações em que se caracterizem os elementos vinculantes e os efetivamente discricionários da Administração quando executar o procedimento da remoção a pedido e ex officio, preservando-se a indispensável segurança jurídica e evitando-se o risco de vulneração dos princípios da igualdade e da moralidade administrativa.

A vacuidade do dispositivo legal focado não condiz com a indispensável segurança jurídica que deve nortear as relações da Administração com os seus administrados.

Ainda que presente o interesse público e a indispensável motivação, o ato administrativo de remoção editado à míngua de critérios claros e objetivos, caracteriza-se por apresentar espaço para o risco de prevalência de escolhas irrazoáveis, as quais dificilmente serão detectáveis pelos mecanismos usuais de controle jurisdicional. Transfere-se para os interessados o quase insuperável ônus de comprovação de um eventual desvio de finalidade.

Em suma, com a ausência de critérios prévios, claros e objetivos, o instituto da remoção de servidores públicos, tal como previsto no art. 36 da Lei 8112/90, inviabiliza o indispensável judicial review inerente ao Estado democrático.

Tal regulamentação deveria se dar, a nosso ver, de forma a tornar mais ampla a divulgação dos atos de remoção, bem como uma motivação precisa de cada ato.

Creemos que essa nova percepção deve se iniciar a partir da própria alteração legislativa, incluindo-se a determinação de que vagas previstas em edital de concurso não sejam utilizadas para remoção, o estabelecimento de critérios legais e uniformes sobre os procedimentos de remoção, restrições quanto a períodos entre remoções.

A alteração legislativa impediria que se cometessem arbitrariedades em nome da discricionariedade, de forma imperceptível pelo próprio desconhecimento do instituto.

Pensamos que tal regulamentação é compatível com a eficiência administrativa, de modo a evitarem-se pressões aos órgãos administrativos. É compatível ainda com a preservação de expectativas de direitos amparadas diretamente no texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Leis etc. **Legislação de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Rideel,

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed., rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Lei nº 8.112; atualizada, comentada, manualizada, revisada**. 9. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREIRE, Elias Sampaio. **Direito Administrativo: teoria e 1000 questões**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GRANJEIRO, J. Wilson. **Manual de Direito Administrativo Moderno**. Brasília: Editora Vestcon, 2002.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei 8.112/90 interpretada**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21.ed., rev. atual. até a EC52. São Paulo: Malheiros, 2006.

MUJALLI, Walter Brasil. **Administração Pública: servidor público, serviço público**. Campinas: Book Seller, 1997.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIESARI, Nelson. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SERSON, José. **Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União**. 5 .ed. São Paulo: Editora LTR, 1981.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17.ed. Rio de Janeiro, 2000.