

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR "JACY DE ASSIS"

DIEGO HENRIQUE DE SOUZA BRAGA

**O controle jurisdicional no tocante ao concurso público**

Uberlândia - MG

2019

DIEGO HENRIQUE DE SOUZA BRAGA

**O controle jurisdicional no tocante ao concurso público**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo

Uberlândia – MG

2019

DIEGO HENRIQUE DE SOUZA BRAGA

**O controle jurisdicional no tocante ao concurso público**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo

---

Prof. Dr. Magno Luiz Barbosa

---

Lorena Franco de Oliveira

Uberlândia – MG

2019

## RESUMO

Em linhas gerais, no presente trabalho de pesquisa monográfica, discorre-se sobre o instituto do concurso público, abordando toda a temática que o envolve. Para tanto, não se exime de estudar sua evolução histórica no ordenamento jurídico pátrio, a principiologia que o norteia, bem como sua estrutura diante da Constituição da República vigente. Ademais, ao concurso público é reafirmada sua natureza jurídica de procedimento administrativo, o que enseja o estudo, no presente trabalho, acerca da multiplicidade de etapas que, essencialmente, possui. Por fim, é realizada a análise do controle jurisdicional que é feito sobre a matéria administrativa, chegando-se ao ponto mais importante da obra, qual seja, o controle exercido pelo Poder Judiciário em relação à nomeação de servidores públicos, trazendo assim, as hipóteses jurisprudenciais já consagradas como conferidoras de direito subjetivo à nomeação dos aprovados, assim como suscitando eventual mudança de entendimento dos Tribunais Superiores, com a consequente inclusão de mais uma situação. Ao final, é sugerida uma proposta, a qual ocasionaria maior segurança jurídica à Administração Pública e aos administrados.

**Palavras-chave:** concurso público – procedimento administrativo – servidores públicos – aprovação - controle jurisdicional - nomeação - direito subjetivo – expectativa de direito – hipóteses jurisprudenciais - regulamentação

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1.CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCIPIOLOGIA</b> .....	9
1.1 Conceito .....	9
1.2 Evolução histórica .....	10
1.3 Principiologia .....	13
1.3.1 Princípio da obrigatoriedade .....	14
1.3.2 Princípio da razoabilidade .....	14
1.3.3 Princípio da igualdade .....	15
1.3.4 Princípio da competitividade .....	16
1.3.5 Princípio da seletividade .....	17
1.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório .....	18
1.3.7 Princípio do duplo grau de jurisdição .....	19
1.3.8 Princípio do julgamento objetivo .....	19
1.3.9 Princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação .....	20
<b>2. A ESTRUTURA DO CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....	21
2.1 Natureza jurídica .....	21
2.2 Objeto .....	21
2.3 Validade .....	22
2.4 Extensão .....	23
2.5 Composição .....	24
2.6 Proibição de ascensão .....	26
2.7 Estabilidade .....	26
2.8 Perda do cargo do servidor estável .....	28
2.9 Hipóteses de inexigibilidade .....	29
<b>3. O PROCEDIMENTO DO CONCURSO PÚBLICO</b> .....	32
3.1 Inscrição .....	32
3.2 Resultado .....	32
3.3 Aprovação .....	34

3.4 Homologação .....	35
3.5 Nomeação .....	37
<b>4. O CONTROLE JURISDICIONAL NO ÂMBITO DO CONCURSO PÚBLICO.....</b>	<b>39</b>
4.1 Controle jurisdicional sobre a matéria administrativa em geral .....	39
4.2 Controle jurisdicional no tocante à nomeação de servidores .....	41
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>51</b>

## INTRODUÇÃO

O concurso público é o procedimento administrativo que tem por finalidade aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Isto é, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e, no aspecto seletivo, são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação.

Diante disso, salienta-se que a prévia aprovação em concurso público é, como regra, a condição de ingresso no serviço público, sendo que o alcance dessa exigência deve ser o mais amplo possível, de modo que se pode considerar que a aprovação em concurso consiste na regra geral.

Sendo assim, tem-se que o objetivo deste trabalho é discorrer sobre a matéria concernente aos concursos públicos, ressaltando ser o meio mais idôneo de ingresso em cargos e funções públicas. Ademais, a obra também objetiva destacar a atuação do Poder Judiciário no que tange ao tema estudado, abordando as hipóteses já consagradas pelos Tribunais Superiores, aptas a garantir o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados, bem como abordar uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que, eventualmente, mudará o entendimento que, hoje, reitera-se, é sedimentado.

Visto isso, quanto ao desenvolvimento, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro visa conceituar e trazer uma breve abordagem histórica sobre o concurso público, apresentando sua evolução diante de todas as cartas constitucionais que o Brasil já teve ao longo dos anos.

O segundo capítulo diz respeito à estrutura do concurso público à luz da vigente constituição brasileira, qual seja, a de 5 de outubro de 1988. Para tanto, são estudados os princípios específicos inerentes ao tema, a natureza jurídica do instituto, bem como outros aspectos, tais como: validade, extensão, composição, proibições, entre outros. Já o terceiro capítulo consiste na demonstração, detalhada, das várias etapas que compõem tal procedimento.

Por fim, no capítulo derradeiro, é apresentada a temática principal do trabalho, representada pelo controle jurisdicional no âmbito do concurso público. Nele, expõe-se, primeiramente, acerca do controle jurisdicional sobre a matéria

administrativa em geral, afirmando-se a importância da inafastabilidade da tutela jurisdicional, com a finalidade de coibir arbitrariedades e excessos do Administrador Público em suas atribuições discricionárias.

Posto isso, é trazido as hipóteses de controle jurisdicional no tocante à nomeação de servidores públicos, abordando as hipóteses já consolidadas de direito subjetivo à nomeação, assim como aquelas que conferem mera expectativa ao candidato aprovado. Nesse seara, através de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, é suscitada a possibilidade de eventual mudança de entendimento nos mais diversos Tribunais do país. Por fim, é levantada uma proposta apta a proporcionar definitiva segurança jurídica em relação ao tema abordado.

Passadas tais considerações, pondera-se que, para a elaboração deste trabalho, além do estudo sobre a Constituição da República Federativa do Brasil, foram feitas pesquisas bibliográficas em obras e artigos científicos, pertencentes ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional. Ademais, foi estudada a legislação referente aos servidores públicos federais, assim como aquela atinente à responsabilidade fiscal, não se olvidando da análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Para tanto, ressalta-se que foi utilizado o método dedutivo de abordagem.



## 1. CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCIPIOLOGIA

### 1.1 Conceito

Considerando a perene necessidade da contratação de indivíduos para que as atividades administrativas sejam regulares, eficientes e atendam às expectativas da população - verdadeira titular do poder e que depositou a confiança no Estado para que faça uma gestão íntegra e proveitosa - é que surge o concurso público como instrumento probo, impessoal, isonômico e eficiente para a admissão do pessoal para trabalhar em caráter permanente no Poder Público e desempenhar as imprescindíveis competências administrativas voltadas à satisfação do interesse público.

Logo, o concurso público é o meio utilizado por órgãos e entidades, com o objetivo de aferir aptidões pessoais e, a partir daí, selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Isto é, através do concurso público, o Estado verifica a capacidade – que pode ser intelectual, física e psíquica - de interessados em ocupar funções públicas e, no aspecto seletivo, são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 561):

O concurso público é o instrumento que melhor representa o sistema de mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos.

Diante disso, salienta-se que a prévia aprovação em concurso público é, como regra, a condição de ingresso no serviço público, sendo que o alcance dessa exigência deve ser o mais amplo possível, de modo que se pode considerar que a aprovação em concurso consiste na regra geral de acesso às funções ou cargos públicos.

Nesse sentido, consoante entendimento de Carvalho Filho (2007), a matéria se baseia em três postulados fundamentais, quais sejam: igualdade, moralidade e competição.

Pelo princípio da igualdade, se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em paridade de condições. Ou seja, após a publicação do edital com a consequente relação dos conteúdos que serão cobrados, todo e qualquer candidato poderá se preparar, em igualdade de condições, para o certame respectivo.

Acerca do tema, pondera-se que, atualmente, não é mais possível a realização de concurso apenas de títulos, porque essa forma de seleção não permite uma disputa em igualdade de condições. Assim, de acordo com o artigo 37, inciso II da Constituição da República, os concursos são de provas ou de provas e títulos, a depender da natureza e complexidade do cargo ou emprego, questão essa que será melhor aprofundada no capítulo seguinte.

Já no tocante à moralidade, pondera-se que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, haja vista que só logrará êxito aquele que, de fato, conseguir o melhor aproveitamento.

Por fim, pelo princípio da competição entende-se que os candidatos participam do certame, procurando se colocarem em condição de classificação para ocupar o cargo ou função pleiteada, considerando a inerente característica desse procedimento administrativo, que é a concorrência para ingressar no serviço público, pois, naturalmente, não existe vaga para todos os aspirantes. Caso assim fosse, ilógico seria a realização do concurso público.

## **1.2 Evolução histórica**

O tema “concurso público”, que hoje é expressamente disposto na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, nem sempre foi assim, merecendo, no presente trabalho, uma abordagem acerca da sua evolução histórica ao longo de todas as constituições que o país já teve.

A primeira constituição do Brasil foi a de 1824, época do Império. Essa carta, a despeito de alguns autores se posicionarem no sentido de ser aquela que foi a semente para as futuras previsões sobre concurso público no Brasil, não trouxe nada parecido com o que temos atualmente. Tal documento apenas estabelecia que “todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis,

políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes”. Isto significa dizer que o ingresso no serviço público tinha um viés, eminentemente, político e discricionário, sobretudo ao se considerar que a análise de talentos e virtudes é dotada de um alto grau de subjetivismo. Essa admissão de cunho político, nesse período, é explicada por Alice Ribeiro de Sousa (2013, p. 33):

As nomeações calcadas na plena liberdade de escolha da autoridade nomeante prevaleceram por todo o período colonial e deram entrada, sem maiores embaraços, no Império que se instalou no Brasil após a Independência.

No que tange à Constituição de 1891 –primeira constituição republicana-, salienta-se que, embora não contivesse nenhuma previsão no sentido de exigir seleção prévia para admissão no serviço público, significou um avanço em relação ao tema estudado. Isso se justifica pelo fato de que a ocupação dos cargos públicos civis ou militares poderia ser dada a todos os brasileiros pelo sistema de acessibilidade ampla (assim como na constituição pretérita), contudo, deveriam, agora, ser observadas as condições de capacidades dispostas em lei.

Ou seja, ainda havia resquícios de discricionariedades na indicação do ocupante ao cargo público, todavia, o critério passou a ser mais rigoroso e, de certa forma, mais impessoal, haja vista que os postulantes deveriam preencher determinados requisitos previstos em lei. Ademais, importa destacar outra admirável previsão trazida por esse documento: a proibição de acumulação de cargos públicos.

No tocante à Constituição de 1934, tem-se que essa, em termos de avanços comparados com o texto anterior, foi a de maior relevo, haja vista ter incorporado uma série de dispositivos ao ordenamento jurídico brasileiro da época, sobretudo sendo a primeira a reconhecer, expressamente, a importância do concurso público como forma de selecionar os ocupantes aos cargos e funções públicas.

Nesse sentido, destaca-se que essa constituição foi a primeira a dedicar todo o Título VII aos funcionários públicos. Demais disso, criou-se a estabilidade do servidor público, que poderia ser adquirida após dois anos no serviço, para os nomeados em virtude de concurso, e após dez anos de efetivo exercício para os demais ocupantes dos cargos e funções. A essa previsão, soma-se a

possibilidade de destituição de servidores estáveis estar condicionada à sentença judicial ou processo administrativo com amplo direito de se defender.

Acerca da proibição do acúmulo de cargos públicos, ressalta-se que foi mantida com algumas ressalvas, quais sejam: cargos de magistério ou técnico-científicos, que poderiam ser exercidos de forma cumulada, desde que atendida a compatibilidade de horários, previsões essas que reforçam a semelhança com o texto constitucional vigente.

Sendo assim, a Constituição de 1934, em primeira análise, consistiu naquela que consolidou, de fato, o tema como sendo de relevância constitucional. No entanto, importa salientar que, a despeito de prever o concurso público como meio hábil a selecionar os funcionários públicos, esse era aplicado apenas para a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar.

Isto é, para ingressar no serviço público era necessário se submeter ao concurso público, entretanto, uma vez funcionário público e com o objetivo de migrar para outros cargos ou funções, o indivíduo não precisava mais se submeter ao referido procedimento. Desse modo, foi bastante comum nos órgãos e entidades o denominado concurso interno e os institutos da ascensão e transferência. Assim, elogiável se torna a crítica feita por Alice Ribeiro de Sousa (2013, p. 36):

Observa-se, portanto, que apesar de a garantia do concurso público haver sido instituída, ainda assumia um grau bastante primitivo diante das atuais disposições constitucionais, uma vez que a possibilidade de realização da promoção vertical tornava-se possível que certa pessoa, aprovada em concurso para ocupar funções elementares e de baixa escolaridade, acabasse por exercer funções bem mais complexas sem que tivesse sido aferida sua capacidade intelectual para tanto.

Ato contínuo, tem-se que as Constituições de 1937 e 1946 não trouxeram significativas inovações ao ordenamento pátrio, sendo que mantiveram a determinação de aprovação em concurso de provas ou títulos para ocupar cargo público. Isso significa dizer que, nesse período, ainda era possível a realização de concursos públicos, tendo como critério de seleção dos candidatos apenas sua respectiva titulação, fato esse que comprometia a isonomia do certame.

Desse modo, ficou a cargo da Constituição de 1967 o mérito de exigir que o concurso público fosse composto ou de provas, ou de provas e títulos, e não exclusivamente de títulos, igualmente como é verificado em tempos atuais.

Demais disso, salienta-se que a Emenda Constitucional de 1969 – que grande parcela dos estudiosos consideram como constituição - previu a realização do concurso público apenas para a primeira investidura, o que traz novamente à tona a crítica feita anteriormente à Constituição de 1934. Ainda, destaca-se a inexigência de concurso público para admissões nos empregos públicos, noção essa que, atualmente, já foi totalmente superada, conforme verificaremos em momento oportuno do presente trabalho.

Por fim, chega-se à Constituição de 5 de outubro de 1988 - a vigente Constituição da República Federativa do Brasil -, a qual, no que tange ao tema estudado, será minuciosamente analisada em capítulo posterior.

### **1.3 Princiologia**

Em face dos postulados fundamentais da supremacia e indisponibilidade do interesse público, da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, publicidade e diante da situação em que o número de administrados interessados em obter determinadas prerrogativas públicas é invariavelmente maior do que a oferta social, o Estado tem o dever de propor um procedimento concorrencial, de modo a compatibilizar a isonomia com a necessidade de se estabelecer um padrão mínimo e razoável de requisitos e exigências, a fim de se cumprir fielmente o interesse público.

Em consequência, os processos concorrenciais, além de se subordinarem aos princípios gerais do Direito Administrativo, sujeitam-se a postulados próprios, tais como: princípio da vinculação ao edital, da seletividade, competitividade, razoabilidade, proibição da quebra da ordem de classificação, entre outros. Sendo assim, depreende-se que os processos administrativos concorrenciais, como é o caso da temática envolvendo o concurso público, possuem características próprias – para as quais será dado enfoque nesse

tópico, em detrimento das características gerais do Direito Administrativo, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

### **1.3.1 Princípio da obrigatoriedade**

Por força de determinação constitucional, a investidura em cargo ou emprego público é condicionada à prévia aprovação em concurso público, norma essa que tem aplicação em relação a todos os entes da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios -, além das pessoas jurídicas pertencentes à Administração Pública Indireta, quais sejam: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Salienta-se que o referido mandamento pode ser flexibilizado em algumas circunstâncias, mas sempre tratadas como exceções, tendo em vista que a regra geral, conforme já visto, consiste na realização do certame público. Nas seguintes hipóteses, então, poderá haver a contratação de pessoal sem a realização do concurso: contratação temporária para atender interesse público excepcional; nomeação para cargos em comissão e funções de confiança; nomeação para determinados cargos vitalícios, a exemplo de Ministro do Supremo Tribunal Federal; promoção vertical; aproveitamento no serviço público de ex-combatente de guerra e admissão de profissionais especializados nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

### **1.3.2 Princípio da razoabilidade**

O princípio da razoabilidade, em que pese não estar previsto na vigente Constituição Federal, está expressamente disposto no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, a qual regula o processo administrativo federal.

Destaca-se que ser razoável consiste em agir dentro dos limites considerados aceitáveis, afastando condutas despropositadas. Sendo assim, o princípio da razoabilidade funciona como autêntico freio da postura discricionária do administrador, com o objetivo de que essa seja compatibilizada com os direitos dos administrados, usando, para isso, critérios lógicos e racionais no processo de escolha e valoração das soluções administrativas.

Por esse motivo, ressalta-se a importância da incidência de tal princípio no âmbito dos concursos públicos, uma vez que não raras as vezes, candidatos são excluídos ou impedidos de prosseguir nas fases dos concursos por motivos banais, sendo que muitos deles, com a finalidade de solucionar a questão, se veem obrigados a buscar a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, conveniente destacar importante decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, embora não houvesse previsão editalícia, conferiu o direito de remarcação de prova física à candidata gestante, decisão essa, amplamente amparada no princípio da razoabilidade, tendo em vista que a candidata grávida, por condições naturais e biológicas, não conseguiria ter o mesmo aproveitamento dos demais candidatos em eventual competição. Vejamos a decisão que conferiu repercussão geral ao tema:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. DIREITO À REMARCAÇÃO SEM PREVISÃO EDITALÍCIA. TEMA 335 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 630.733. INAPLICABILIDADE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA NO CONCURSO PÚBLICO. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (STF, 2017, online)

Por conseguinte, depreende-se que a razoabilidade é princípio norteador essencial em matéria de concurso público, tendo em vista que o Administrador deve sempre se pautar em condutas propositadas, sempre com vistas à satisfação do interesse público.

### **1.3.3 Princípio da igualdade**

Em face de sua estrutura concorrencial, o concurso público deve assegurar a igualdade entre os interessados na sua participação, haja vista que, conforme manda o artigo 37 da Constituição Federal, “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como os estrangeiros, na forma da lei.”

Ou seja, o tratamento conferido aos candidatos deve ser isonômico e desprovido de discriminações negativas. O candidato é avaliado de acordo exigências da lei e do edital, não com as preferências ou rejeições da banca

examinadora do concurso. Dessa forma, com brilhantismo ensina Francis Junio de Oliveira (2017, p. 26) ao afirmar que “as discriminações ou favorecimentos são revestidos de ilegalidade e não representam a vontade da Administração em obter os melhores candidatos para provimento dos cargos públicos.”

Ressalta-se, no entanto, que o artigo 38, §3º do texto constitucional deixa a cargo da lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão, quando a natureza do cargo o exigir. Como exemplo, cita-se o caso de um concurso policial que, legalmente, fixa idade máxima para concorrer às vagas, haja vista que a natureza do cargo exige que o profissional esteja com boa saúde e vigor físico.

Portanto, diante de tais perspectivas, impõe-se ao legislador estabelecer parâmetros juridicamente aceitáveis para discriminar, positivamente, pessoas e situações, com vistas ao provimento dos cargos públicos, sempre na busca de salvaguardar o núcleo essencial do princípio da igualdade e harmonizá-lo com a constante perquirição do interesse público.

#### **1.3.4 Princípio da competitividade**

De início, pondera-se que sem a competitividade, o concurso público não alcançaria, em termos de resultado, o objetivo de selecionar os melhores indivíduos para prestar serviços tão importantes ao Estado.

Por esse motivo, é de suma importância que o edital não estabeleça restrições desarrazoadas e desnecessárias ao cumprimento da finalidade essencial do concurso público, uma vez que comprometeria seu eminente caráter competitivo, ressalvadas, por óbvio, aquelas indispensáveis ao estrito cumprimento do procedimento, e desde que compatíveis com as atribuições do cargo ou emprego público objeto da oferta do certame. Nesse viés, importante comentário faz Márcio Barbosa Maia (2007, p.28):

De outra banda, o princípio da competitividade não se compadece com as exigências que se impõem aos candidatos, como condição de participarem de determinada etapa do concurso público, um ônus excessivo e extraordinário, impondo um sacrifício desproporcional e passível de causar forte desinteresse na inscrição do certame.

Destarte, menciona-se exemplo de conduta afrontosa ao princípio da competitividade, qual seja, o caso da previsão editalícia que exige dos candidatos



o cumprimento dos requisitos legais dos cargos e empregos no ato de inscrição do concurso, segregando, de forma significativa, pessoas que, diante de suas características, muito provavelmente atenderiam aos requisitos da lei no contexto de sua admissão no Poder Público, caso aprovadas fossem.

Lado outro, destaca-se o respeito ao supracitado princípio nos concursos públicos que ofertam cargos de nível superior e que permitem que candidatos com escolaridade de ensino médio participem, uma vez que só deverá ser comprovado o nível de escolaridade no ato de posse e, não raras as vezes, na realização das provas, o candidato, de fato, ainda não possui nível superior completo, todavia, se aprovado, na oportunidade de ser empossado, pode já ter cumprido o requisito no tocante à escolaridade.

### **1.3.5 Princípio da seletividade**

No campo dos procedimentos concorrenciais, a competitividade é o meio que leva à seletividade, pois a experiência demonstra que a concorrência proporciona e estimula uma escolha mais eficiente e eficaz. Isso significa dizer que, quanto maior a competição, maiores as chances do vencedor fazer jus a sua escolha.

O ato de selecionar pressupõe a presença de uma multiplicidade de elementos e um critério de separação previamente estabelecidos, de modo a atender a determinado objetivo.

Assim sendo, tem-se que o objetivo do concurso público é a seleção de pessoas com qualificação necessária para prestar serviços de qualidade ao Poder Público, sempre com vistas ao cumprimento da eficiência administrativa.

Diante do exposto, infere-se que o conjunto de disciplinas e temas objeto das provas de conhecimento e as condições gerais dos exames - bem como os critérios de avaliação e metodologia de aplicação - devem estar em plena consonância com as atividades a serem desempenhadas pelos futuros agentes públicos nas respectivas rotinas de trabalho. Caso contrário, o Estado recrutaria pessoas com perfil inadequado para o exercício das funções públicas,

ignorando, assim, o princípio da seletividade e seus desdobramentos. Nesse diapasão, muito bem exemplifica Márcio Barbosa Maia (2007, p.33):

É o que ocorreria, por exemplo, se a prova escrita para o concurso de Juiz de Direito contivesse proposição versando sobre a elaboração de uma peça recursal, visto que tal questão trata de tema estranho ao raio das atribuições inerentes ao perfil almejado para o mencionado cargo.

Por conseguinte, ressalta-se que a aplicação do princípio da seletividade ensejará, diante dos concorrentes no âmbito do concurso público, uma escolha criteriosa, justa e adequada dos agentes públicos que irão compor a estrutura estatal, fato esse que conferirá, cada vez mais, credibilidade ao Poder Público na seleção dos agentes que atuarão em seu nome.

### **1.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório**

As normas que regem o concurso público estão dispostas no seu respectivo edital. Destarte, estabelecidas as regras disciplinadoras do certame, o Poder Público - que, ressalte-se, se utilizou de considerável carga de discricionariedade para tanto – se autolimita aos parâmetros editalícios, que, uma vez publicados, gozam de força vinculante tanto para a Administração Pública, como para os administrados. Nesse sentido, Francis Junio de Oliveira (2017, p. 31) assevera:

Após a publicação do edital, este vincula os candidatos interessados no certame, bem como a própria Administração Pública. Torna-se o caminho a ser percorrido para a seleção dos aprovados aptos a preencherem os quadros no serviço público.

Portanto, afirma-se que tal princípio consiste na obediência às regras que disciplinam o árduo caminho do postulante ao cargo ou emprego público, desde sua inscrição até a homologação e, a depender do resultado, até sua respectiva nomeação e posse.

No entanto, observa-se que o referido princípio não corresponde à uma absoluta imutabilidade das regras previstas no instrumento convocatório. Isso se justifica pois o edital, como lei interna do concurso – como afirma parcela autorizada da doutrina - também está sujeita à incidência da melhor interpretação, demais processos de integração, bem como dos princípios gerais

do direito, sempre levando em consideração a razoabilidade já mencionada anteriormente.

Diante disso, para melhor ilustrar, menciona-se o fato de o edital prever que o prazo para recursos após a realização de prova discursiva compreende dois dias apenas. No entanto, no momento de disponibilizar o espelho com os critérios de avaliação, juntamente com as vistas de provas dos candidatos, a internet do órgão não mais funciona, sendo que só volta a funcionar após expirado esse prazo de dois dias. Nesse caso, a dilação do prazo para recurso poderá ser feita regularmente, sem que isso afronte o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, haja vista que a dilação do prazo recursal – mesmo contra as regras previstas inicialmente – teve que ocorrer para preservar o direito dos candidatos recorrerem, ideia essa que se bem mostra mais razoável e respeitosa.

### **1.3.7 Princípio do duplo grau de jurisdição**

Foi mencionado no tópico anterior, a título de exemplo, a possibilidade de os candidatos recorrerem dos resultados preliminares das provas realizadas. Esse princípio, portanto, está vinculado à garantia do recurso administrativo em sede dos concursos públicos. Ou seja, assim como ocorre em lide judicial, onde os jurisdicionados podem recorrer das mais diversas decisões proferidas por magistrados, no âmbito administrativo – mais precisamente dos concursos públicos –, os candidatos inconformados com a avaliação feita pela Administração Pública possuem o direito de reapreciação.

### **1.3.8 Princípio do julgamento objetivo**

Desdobramento natural da vinculação ao instrumento convocatório, o princípio do julgamento objetivo apregoa que toda prova de concurso público deve ser objetiva. Assim, destaca-se que todo concurso, seja em qualquer de suas fases, sujeita-se ao julgamento objetivo, que consiste na determinação prévia, no respectivo edital, dos critérios e parâmetros de julgamento, bem como da correção das provas.

Por conseguinte, os critérios de correção das avaliações - bem como os parâmetros que serão utilizados para tanto – devem estar expressamente contidos no instrumento convocatório, tendo em vista que o estabelecimento posterior desses elementos acarretaria uma enorme insegurança entre os candidatos, além de não conferir credibilidade ao certame, visto que que abriria margem para fraudes e pessoalidades no âmbito da Administração Pública. Sobre o tema, com brilhantismo opina Márcio Barbosa Maia (2007, p. 41), asseverando que: “seria inconcebível do ponto de vista moral e flagrantemente ilegal a estipulação superveniente de critérios de correção das provas de concursos públicos.”

### **1.3.9 Princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação**

Em face de seu caráter concorrencial, o concurso público proporciona a elaboração de uma lista final dos candidatos aprovados, os quais são elencados segundo a rigorosa ordem de classificação obtida no certame. Desse modo, surge o princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação, o qual decorre da essência do próprio procedimento, além da razoabilidade e do bom senso.

Sendo assim, salienta-se a existência da Súmula 15 do Supremo Tribunal, a qual possui a seguinte redação: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”. Observa-se ainda, acerca do tema que envolve a supracitada súmula, que esse será minuciosamente abordado em capítulo oportuno desse trabalho.

## **2. A ESTRUTURA DO CONCURSO PÚBLICO NO BRASIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Segundo Éder Sousa (2000), a Constituição de 1988 trouxe uma série de inovações em diversos tópicos concernentes ao concurso público, consistindo na mais democrática de toda a história do Brasil. Por esse motivo, pertinente o estudo aprofundado acerca de sua estrutura e de toda temática que o envolve atualmente.

### **2.1 Natureza jurídica**

O concurso público tem a natureza jurídica de procedimento administrativo, haja vista não se exaurir num ato isoladamente considerado. Pelo contrário, da sua instauração até a respectiva homologação demanda um lapso temporal significativo, durante o qual são realizados vários atos e também tomadas diversas decisões, destinadas a alcançar um único fim.

Isso significa dizer que o concurso não é um ato, mas um procedimento, ou seja, um conjunto de atos administrativos interligados e realizáveis segundo certa cronologia previamente estabelecida em edital, destinados à realização de um só resultado final: a escolha, dentre os vários postulantes, daqueles que melhor possam atender ao interesse público.

Nesse exato sentido entende Marcio Barbosa Maia (2007), afirmando que o concurso público abrange uma sucessão ordenada de atos, tendentes à concretizar um objetivo final, que é a seleção e admissão de pessoas potencialmente capacitadas para assumir os cargos e empregos públicos ofertados, por isso, sua natureza de procedimento administrativo.

### **2.2 Objeto**

Segundo Marcio Barbosa Maia (2007), há de se fazer a divisão entre objeto material e objeto jurídico do concurso público. O aspecto material, que é a coisa sobre a qual recai o ato, são os cargos e empregos públicos vagos em

que haja necessidade de seu provimento imediato. Demais disso, o aspecto jurídico, que trata-se do efeito jurídico imediato, consiste no preenchimento desses lugares vagos na estrutura administrativa, por pessoal previamente classificado e selecionado por intermédio da realização de provas ou de provas e títulos, observando-se, criteriosamente, a ordem de classificação dos candidatos, fazendo nascer um vínculo jurídico de natureza funcional - no caso dos cargos públicos - ou trabalhista - na hipótese dos empregos públicos - entre o cidadão e o Estado.

### **2.3 Validade**

A regra sobre a validade dos concursos públicos está disposta no artigo 37, inciso III da Constituição Federal, prevendo que “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”, prazo esse que, complementa-se, é contado a partir da respectiva homologação.

Visto isso, ressalta-se que fica a critério da Administração Pública decidir sobre a validade do concurso público que deve estar contida no edital, sendo que o limite a ser respeitado é o prazo máximo de dois anos. Assim, não existe prazo mínimo, podendo haver concursos com prazos de validade de um mês, por exemplo.

Destaca-se que, independente do prazo de validade previsto no instrumento convocatório, este poderá apenas uma vez e por igual período, considerando sempre, a discricionariedade do órgão ou entidade realizadora do certame. Isto é, o termo “igual período” significa que o prazo de prorrogação tem que ser igual ao prazo originalmente disposto para o concurso.

Diante do exposto, conclui-se que o dever da Administração, no tocante ao prazo de validade, é observar o período original presente no instrumento convocatório. Se ele for de dois anos, por exemplo, dentro deste período não se pode realizar concursos para os mesmos cargos. Após dois anos - ou menos, dependendo do edital -, a Administração pode optar por prorrogar o prazo por igual período.

Contudo, caso opte por não fazê-lo, não haverá mais impedimento para realizar outro concurso público para os mesmos cargos, haja vista que o procedimento perdeu sua eficácia jurídica. Do mesmo modo, perde a eficácia jurídica o concurso que, já revalidado uma vez pelo mesmo período, expira sua validade. Sobre essas hipóteses, José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 570) nos ensina:

Esgotado o prazo do concurso, com ou sem prorrogação, sem que haja novas vagas, os aprovados não podem pleitear a investidura. Com o final do prazo consumou-se a caducidade do concurso, de modo que os interessados deverão se submeter-se a novo concurso.

Nessa senda, conclui-se que a validade do concurso consiste no lapso temporal em que a Administração Pública pode promover a ocupação dos cargos e funções públicas através de certame anteriormente realizado.

## **2.4 Extensão**

Conforme já verificado, a aprovação prévia em concurso público é, como regra geral, condição essencial de admissão no serviço público. Assim sendo, a Constituição Federal preconiza, em seu art. 37, que a realização de concursos é obrigatória para os órgãos integrantes à Administração Pública Direta e Indireta, o que inclui, portanto, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Observa-se então que essa previsão constitucional é capaz de dirimir qualquer questionamento acerca da obrigação das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica realizarem concursos públicos para admissão de seu pessoal.

Ademais, com o advento da emenda constitucional 19/1998, ressalta-se que o Poder Constituinte Derivado deixou claro, na edição do art. 173, §1º, III da Constituição Federal, que mesmo os órgãos exploradores de atividade econômica deverão render-se à regra do concurso público, seguindo os ditames principiológicos da administração pública. Visto isso, Alice Ribeiro de Souza (2013, p. 146) leciona:

Afinal, se as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica devem licitar e contratar segundo

o regime jurídico imposto à Administração Pública, a admissão de pessoal também há de acontecer de acordo com as mesmas diretrizes, ou seja, por meio da organização de concursos públicos.

Nesse sentido, destaca-se o enunciado da súmula 231 do Tribunal de Contas da União, que dispõe: “A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.”

Por conseguinte, verifica-se amplamente consolidado o dever constitucional da realização de concurso público por todas as pessoas jurídicas pertencentes à Administração Pública Direta e Indireta, independentemente de suas finalidades.

## **2.5 Composição**

Conforme já estudado em oportunidade anterior, o concurso público, atualmente, pode ser composto de duas formas: provas ou provas e títulos. Tal regramento está previsto no artigo 37, II da Constituição da República que estabelece que o critério utilizado para determinar se o certame será de provas ou provas e títulos é a natureza ou complexidade das funções a serem cometidas pelos futuros agentes públicos, conforme previsto em lei.

Acerca dos títulos, ressalta-se que eles não devem ter o condão de aprovar, muito menos de eliminar determinado candidato, sendo sua finalidade precípua a aferição de uma melhor classificação dentro do concurso público. Caso assim não fosse, e os títulos pudessem, de fato, reprovar ou aprovar candidatos, esses poderiam ser fortes instrumentos usados com o objetivo de perseguir ou favorecer certos indivíduos. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 562) assevera:

A titulação dos candidatos não pode servir como parâmetro para aprovação ou reprovação no concurso público, pena de serem prejudicados seriamente aqueles que, contrariamente a outros



candidatos, e às vezes por estarem em início da profissão, ainda não tenham tido oportunidade de obterem esta ou aquela titulação.

Logo, reitera-se também que está totalmente superada a noção da realização de concurso público, tendo como único critério avaliador a análise de títulos, uma vez que fere de forma concreta o princípio da igualdade entre os candidatos interessados.

Visto isso, quanto ao princípio da igualdade supracitado, destaca-se que é preciso enxergar que, em decorrência do próprio texto constitucional, é terminantemente proibido exigências meramente discriminatórias no tocante à acessibilidade ao cargo ou função desejada, a exemplo de discriminações referentes ao local de nascimento, condições pessoais de fortuna, família, privilégios de classe ou qualquer outra qualificação social. Isso ocorre porque os requisitos a que se refere a constituição são apenas os que, objetivamente considerados, se mostrem necessários ao cabal desempenho da função pública.

Diante do exposto, como exemplo, tem-se que exigir, em edital, que apenas pessoas de determinada condição social podem ter acesso a cargo público, além de ser uma discriminação negativa, surge como requisito inconstitucional, haja vista que tal exigência em nada se relaciona com as funções a serem desempenhadas no exercício da profissão. Por outro lado, ainda como exemplo, exigir que determinados cargos públicos – como os policiais – sejam ocupados por pessoas até determinada idade, pode ser considerado compatível ao disposto no texto constitucional, haja vista que a natureza da atividade policial prestigia-se, em muito, o vigor e a saúde, bem como o bom preparo físico do agente público.

Portanto, assevera-se que a lei só poderá estabelecer discriminações no tocante à acessibilidade aos cargos e funções públicas, se essas forem dotadas de aspecto positivo e estiverem estritamente relacionadas com as funções que serão desempenhadas por aquele candidato aprovado, nomeado, empossado e exercente da profissão.

## **2.6 Proibição de ascensão**

Ao contrário da vigente Constituição, o texto constitucional de 1967 – juntamente com a emenda de 1969 – estabelecia a regra do concurso público apenas para a primeira investidura. Assim, um indivíduo, após aprovação em concurso público, poderia ser investido em determinado cargo ou função pública e, após isso, por inteira conveniência do administrador público, ser admitido em cargo ou função totalmente diversa daquela em que foi, originalmente, lotado em razão do concurso.

Essa previsão gerou, conforme já visto, gerou inúmeras críticas entre os estudiosos do tema, uma vez que, para a investidura em cargo posterior, totalmente diverso daquele admitido inicialmente, não houve a devida aferição das capacidades pessoais do indivíduo. Ou seja, sua segunda investidura se deu por dois motivos: conveniência da Administração Pública e o fato de já ostentar a condição de agente público, fatos esses que desprestigiam, em muito, o caráter impessoal e isonômico que deve nortear a matéria estudada.

Conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 43 com a seguinte redação: “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.”

Por fim, importa destacar a distinção existente entre ascensão e promoção, sendo essa, uma forma de provimento derivado amparada pelo ordenamento jurídico, ao contrário daquela, que, conforme constatado, já foi amplamente rechaçada pela Suprema Corte do país. Enquanto a ascensão funcional consiste na progressão entre cargos de carreiras distintas, a promoção é a passagem - desenvolvimento funcional- entre cargos da mesma carreira, sendo requisito essencial de uma carreira verdadeira.

## **2.7 Estabilidade**

O servidor público, ao tomar posse de seu cargo obtido mediante aprovação em concurso, e atender a todas as exigências para o desempenho

das funções, tem a garantia de permanência no trabalho após três anos de seu efetivo exercício.

Tal garantia é prevista no artigo 41 da Constituição Federal nos seguintes termos: “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

Portanto, antes de adquirir a estabilidade funcional, o agente público passa pelo denominado estágio probatório, que é o período no qual a profissão é exercida sem a referida estabilidade. Tal período, conforme depreende-se acima, corresponde a 3 anos de efetivo desempenho das funções inerentes ao cargo.

Nesse aspecto, uma vez adquirida, a estabilidade garante aos servidores as condições necessárias para que possam desempenhar suas funções, sem sofrer pressões de quaisquer intervenções políticas ou grupos econômicos. É assegurado ao servidor público o livre exercício de seu trabalho, preponderando assim, a impessoalidade que deve reinar no âmbito administrativo.

Visto isso, ressalta-se que a estabilidade é conferida apenas aos servidores públicos, portanto, àqueles que ocupam os cargos públicos. Os indivíduos que tem vínculo empregatício com a Administração Pública - a exemplo de quem trabalha nas empresas públicas e sociedades de economia mista -, não lhes foi conferida igual prerrogativa. Sobre o tema, Éder Sousa (2000, p. 44) leciona:

Os empregados de Empresa Pública e de Sociedade de Economia Mista, embora estejam sujeitos a concurso público, são regidos pela CLT, não adquirem estabilidade em razão de seus serviços e tampouco estão sujeitos ao estágio probatório.

Importante a ressalva de que tal prerrogativa não é automaticamente conferida ao servidor pelo mero transcurso temporal, devendo ser atendidos os requisitos dispostos no artigo 41, §4º da Constituição, bem como aqueles do art. 20, 1º da Lei nº 8.112/1990, que tratam do condicionamento da aquisição da estabilidade à homologação de autoridade competente, após avaliação feita por comissão instituída para essa determinada finalidade.

## 2.8 Perda do cargo do servidor estável

A Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 22, contempla duas formas do servidor estável perder o cargo, quais sejam: sentença judicial transitada em julgado e processo administrativo que é assegurada a ampla defesa.

Não obstante essa previsão, a Constituição Federal traz, no artigo 41, §1º, - além das duas hipóteses supracitadas - que o servidor público, mesmo após adquirido a estabilidade funcional, também pode perder o cargo se não for considerado apto ao exercício da função, após submetido à avaliação periódica de desempenho.

Posto isso, tudo leva a crer que esse rol abrange todas as hipóteses possíveis da perda do cargo de um agente público estável. Entretanto, além do já mencionado, existe ainda uma quarta possibilidade, trazida pelo artigo 169, § 4º da Magna Carta – dispositivo esse incluído pela Emenda Constitucional 19/1998 -, que consiste na contenção de gastos com pessoal.

O referido artigo dispõe que “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”. E assim, nessa perspectiva, ressalta-se que a lei, exigida para atribuir plena eficácia a essa norma constitucional, já existe no ordenamento pátrio. É a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Assim, caso os limites da referida lei sejam desrespeitados, serão adotadas as medidas previstas no artigo 169, § 3º do texto constitucional, que são, sucessivamente: a redução da despesa com cargos em comissão e funções de confiança, e exoneração dos servidores não estáveis.

Por outro lado, se essas providências não resolverem a extrapolação dos limites, poderão ser exonerados até mesmo servidores estáveis, nos termos do art. 169, § 4º, fazendo jus o exonerado a indenização.

Consequentemente, uma interpretação sistemática deve recomendar a leitura do artigo 41, § 1º, sem o vocábulo “só”, uma vez que existe, na própria Constituição da República, outra forma de perda do cargo pelo servidor estável. Por fim, acerca do tema, destaca-se a lição dada por Éder Sousa (2000, p. 46):

O servidor público estável somente perde o seu cargo em razão de decisão judicial transitada em julgado, de decisão em processo administrativo disciplinar, de avaliação periódica de desempenho ou de excesso de servidores.

Por tais motivos, a despeito de a estabilidade conferir ao servidor a possibilidade de exercer sua função pública livre de perseguições das mais diversas naturezas, conclui-se que ela não consiste em prerrogativa absoluta, tendo o agente público a missão de cumprir, dentro dos ditames legais e regulamentares, seus deveres funcionais com zelo e excelência.

## **2.9 Hipóteses de inexigibilidade**

Em que pese o concurso público consistir na regra geral para a admissão no serviço público conforme já visto, existem algumas situações excepcionais para as quais é conferida a dispensa de tal procedimento, situações essas, trazidas, logicamente, pela própria Constituição da República.

Nessa seara, destaca-se os cargos vitalícios, para os quais é inexigível o concurso para os integrantes do chamado “quinto constitucional”, que consiste na destinação de um quinto das vagas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para advogados e Membros do Ministério Público, alternadamente, nos exatos termos do artigo 94 da Carta Maior. Ademais, os juízes que chegam a compor esses tribunais, também não se submetem a novo concurso público, tendo suas investiduras condicionadas aos aspectos da antiguidade e do merecimento.

Igualmente ocorre com os Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que a escolha dos ocupantes de tais cargos fica cargo do Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, dentre indivíduos que possuam notável saber jurídico e reputação ilibada, conforme preconiza os artigos 101, parágrafo único e 104 parágrafo único da Constituição Federal.

Outra hipótese de inexigibilidade de concurso público - prevista no artigo 53, inciso I do ADCT da Constituição - é conferida ao indivíduo que tenha, efetivamente, participado de operações bélicas na segunda guerra mundial. Diante do exposto, pondera-se que, com o transcorrer dos anos, será cada vez mais difícil encontrar agentes públicos que tiveram seu ingresso no serviço

público em decorrência dessa previsão, haja vista que a segunda grande guerra teve seu encerramento em 1945.

Visto isso, destaca-se a situação de inexigibilidade mais presente nos órgãos e entidades pertencentes à Administração Pública: os cargos em comissão, amplamente disseminados como “cargos de confiança”. Observa-se que essa hipótese tem previsão no artigo 37, inciso II da Constituição, que assim dispõe: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Logo, infere-se que, por se tratar de exceção e estar condicionada à inteira confiança do administrador público, os ocupantes dos cargos em comissão não possuem nenhuma garantia no serviço público, podendo ser exonerados a qualquer tempo. Nesse diapasão, José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 566) assevera que “a dispensa nesse caso, como é fácil observar, atende à específica natureza desses cargos, titularizados por servidores da confiança das autoridades nomeantes.”

Ainda sobre a temática, importante a distinção entre os conceitos de cargo em comissão e função de confiança (o qual também tem sua previsão na Magna Carta, no artigo 37, inciso V), ressaltando que ambos se destinam-se a funções de direção, chefia e assessoramento. Enquanto esse é destinado à servidores de cargos efetivos – portanto, aqueles que ingressaram no serviço público atendendo à regra geral -, aquele, independe da submissão ao concurso público, sendo de livre nomeação e exoneração, respeitando sempre, os percentuais mínimos destinados aos servidores de carreira.

Portanto, depreende-se que assim como o cargo em comissão, a função de confiança também se trata de exceção à regra geral, uma vez que o agente desempenha função – seja ela de direção, chefia ou assessoramento – sem que suas aptidões pessoais fossem avaliadas em procedimento concorrencial para tanto, o que, assim como no caso do cargo em comissão, não torna inválido seu exercício, tendo em vista que tais ressalvas foram trazidas pela própria Constituição da República.

Por fim, tem-se que o concurso público também é inexigível para o recrutamento de agentes temporários. Situação corriqueira percebe-se na contratação de agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias. Essa hipótese é comumente verificada nos casos em que uma doença está se disseminando por determinada localidade, em iminência de contágio.

Por conseguinte, em casos como o supracitado, eventual recrutamento de servidores por concurso público ocasionaria, muitas vezes, a perda do objetivo da atuação dos profissionais da saúde, tendo em vista que o transcorrer de todo o procedimento administrativo demanda tempo.

Por esse motivo, a Emenda Constitucional nº 51, de 14/02/2006, introduziu o §4º no artigo 198 da Constituição, o qual ficou com a seguinte redação: “Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.”

Portanto, a Constituição designou mais uma hipótese excepcional de inexigibilidade de concurso público, definindo um processo seletivo mais simplificado, destinado ao recrutamento de profissionais atuantes na área da saúde, como médicos, enfermeiros, dentistas e fisioterapeutas.

Nesse viés, muito bem sintetiza José dos Santos Carvalho Filho (2007), afirmando que aqui a dispensa se respalda em razões lógicas, sobretudo as que levam em conta a determinabilidade do prazo de contratação, a temporariedade da carência e a excepcionalidade da situação de interesse público, pressupostos esses, expressos no art. 37, IX da CF.

### **3. O PROCEDIMENTO DO CONCURSO PÚBLICO**

#### **3.1 Inscrição**

O concurso público, por ser um procedimento administrativo – conforme já visto – é composto por diversas etapas, sendo que uma das primeiras consiste no ato da inscrição. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2007), a inscrição é manifestação volitiva no candidato no sentido de concorrer às vagas ofertadas.

Todavia, a inscrição não gera para o postulante ao cargo público o direito à realização do certame, haja vista que, havendo razões de interesse público, a Administração pode cancelá-lo ou, até mesmo, desistir de realizá-lo, tendo, nessa hipótese, o dever de restituir aos candidatos já inscritos os valores concernentes a respectiva inscrição. Assim, convém destacar a brilhante lição dada por Hely Lopes Meirelles (1999, p. 389):

Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, antes, durante ou após sua realização.

Ressalta-se que, nessas hipóteses, é de inteiro dever da Administração Pública a restituição dos valores e importâncias pagas pelos candidatos já inscritos.

#### **3.2 Resultado**

O resultado do concurso público – momento de maior ansiedade entre os candidatos – é uma etapa que deve ser passada com bastante cautela por parte da Administração Pública, sobretudo ao se considerar que é através dele que sairão os futuros indivíduos que manifestarão, no dia a dia, a vontade estatal.

Após a devida publicação do resultado, atualmente, é incontroverso o direito conferido ao candidato no que diz respeito à vista de prova, uma vez que somente através dela é que ele poderá verificar a existência de erros materiais ou, até mesmo, arbitrariedades praticadas pela banca examinadora, e, assim, tomar as devidas providências com a finalidade de saná-las. Nesse viés, José dos Santos Carvalho Filho (2007) afirma que a possibilidade da vista de provas



é decorrência lógica do princípio da publicidade previsto no artigo 37 da Constituição, o qual deve nortear todo e qualquer tema atinente ao Direito Administrativo.

Visto isso, destaca-se também a questão da revisão de prova, sobre a qual a jurisprudência se orienta no sentido de que só são passíveis de reexame por parte do Poder Judiciário as questões cuja irresignação se respalda na ilegalidade da avaliação. Como exemplo, cita-se as provas de múltipla escolha, nas quais apenas uma alternativa pode ser considerada correta. Se o candidato alega e comprova que existe mais de uma alternativa tida como certa, o aspecto é de legalidade, sendo que, nesse caso, o Judiciário tem o condão de anular a questão. Isso significa dizer que o Poder Judiciário tem como legítima sua interferência em provas objetivas, quando a discussão girar em torno da legalidade da questão.

Por outro lado, quando se trata de provas discursivas, a discussão toma outros rumos, porque a avaliação das respostas pode levar em conta vários aspectos além do fator eminentemente ligado ao conhecimento técnico, tal como a interpretação feita pelo examinador da prova a ser corrigida. Nesses casos, é inegável o fato de as bancas examinadoras serem dotadas de ampla discricionariedade, ressaltando-se que a interferência do Poder Judiciário não se revela legítima, uma vez que afrontaria a separação e independência dos Poderes.

Por essa razão, José dos Santos Carvalho Filho (2007) entende que deve a Administração ter o máximo de cuidado ao selecionar, para seus concursos, banca examinadora dotada de muito equilíbrio e imparcialidade, a fim de reduzir a possibilidade de resultados injustos provocados pela atuação de examinadores desajustados aos objetivos reais almejados pelos certames públicos.

Diante do exposto, depreende-se, então, que o Poder Judiciário somente poderá realizar a revisão das provas de concursos públicos quando ocorrerem situações de ilegalidade, as quais são mais facilmente constatadas em provas objetivas. Isso significa dizer, portanto, que deve ter o máximo de atenção no tocante aos limites de sua atuação, sob o risco de invadir esfera de atribuição de outro Poder Estatal. Por fim, como síntese do assunto em análise, pertinente

mencionar importante e recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança 58373/RS, no qual foi reafirmada a tese já levantada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.”

Sendo assim, a jurisprudência do STJ segue o entendimento da Suprema Corte, estabelecendo a vedação ao Poder Judiciário, como regra, da incumbência de substituir a banca examinadora do concurso público para adentrar nos critérios de correção de provas e atribuição de notas, visto que sua atuação se atém ao controle jurisdicional da legalidade do certame.

Dessa forma, o que se infere do julgado supracitado é que não obstante a impossibilidade de o Poder Judiciário, em matéria de concurso público, substituir a banca examinadora para alterar os métodos de avaliação e os critérios de correção das provas, não há que se descartar que situações concretas dos certames podem indicar que aspectos de legalidade foram vulnerados, exigindo o controle jurisdicional do ato administrativo.

### **3.3 Aprovação**

Conforme noção amplamente já demonstrada, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (ressalvadas as hipóteses de inexigibilidade) é pressuposto essencial para a investidura em cargos ou empregos públicos, nos termos do artigo 37, inciso II da Carta Maior. Desse modo, a aprovação consiste na superação, por parte do postulante ao cargo ou emprego, de todas as barreiras impostas pelo instrumento convocatório do certame público.

No entanto, salienta-se que, para haver a nomeação, não basta que o candidato tenha sido considerado aprovado no certame, devendo obediência a uma série de fatores, os quais serão, minunciosamente, trabalhados no capítulo seguinte. Nele, além de outras questões relevantes, serão abordadas as hipóteses que garantem ao candidato aprovado o direito subjetivo à nomeação, bem como aquelas que conferem apenas expectativa de direito.

### 3.4 Homologação

O concurso traduz um procedimento administrativo, portanto, é formado por uma diversidade de atos, vislumbrando na homologação seu termo final.

A homologação consiste num ato administrativo vinculado, decorrente de controle interno de legalidade, que ratifica a legalidade e a legitimidade de todo o procedimento. Consequentemente, a partir deste momento, a Administração já pode promover a nomeação dos candidatos aprovados, seja dentro ou fora do número inicial de vagas apresentadas, a depender da conveniência e oportunidade.

Pondera-se que, como ato confirmatório da legalidade de outros atos, a homologação pode incidir sobre todo concurso ou apenas sobre parte dele. Quando se tratar de concurso sem etapa de curso de formação a homologação deve ser total. Exemplificando: em determinado concurso para o provimento de cem cargos de analista judiciário de um Tribunal, no qual as fases do concurso foram apenas provas objetivas e discursivas, encerrada a competição com a respectivo encerramento das fases do certame, incumbe agora à Administração promover a homologação do concurso que, seja de forma expressa ou não, será total, pelo menos no tocante a esse cargo.

Desse modo, após a homologação do concurso, existirão candidatos inabilitados, e, por consequência, eliminados, bem como candidatos aprovados, alguns dentro e outros fora do número de vagas inicialmente ofertadas. Sendo assim, observa-se que é direito dos candidatos aprovados dentro do número de vagas apresentadas no edital sua regular nomeação, todavia, em situação de normalidade, cabe a Administração a escolha quanto ao momento, dentro do prazo de validade do concurso, de realizar o provimento do cargo, sempre com vistas a atender o interesse público predominante.

Passadas tais considerações, no que tange aos concursos que possuem curso de formação como etapa própria do certame, destaca-se que é possível a homologação parcial do mesmo, ratificando, assim, o resultado em relação àquele contingente que realizou o curso de formação, passando, posteriormente, a correr o prazo para nomeação dos candidatos totalmente aprovados no certame.

Quanto aos demais candidatos até então aprovados no certame, pode a Administração convocá-los para realizar um novo curso de formação em nova remessa e, a partir daí, aproveitá-los. Isso acontece quando há muitas vagas a serem preenchidas ou outras surgirem e, por falta de estrutura operacional ou até mesmo por conveniência e oportunidade, a Administração decide fazer turmas distintas, homologando o concurso para quem realizou o curso de formação com precedência aos que ainda não o fizeram.

A título de exemplo, cita-se um concurso para provimento de quinhentos cargos de investigador da Polícia Civil. Imaginemos que a academia de polícia comporte turmas com, no máximo, duzentos alunos. Percebe-se, portanto, que, operacionalmente, não dá para realizar o curso com todos os quinhentos aprovados e, por isso, são feitas várias turmas, sendo que homologações parciais surgem como consequência natural desse procedimento, caso haja, por óbvio, o aproveitamento de todos os aprovados.

Sendo assim, tem-se que a homologação do certame é pressuposto indispensável para o início das nomeações, por isso, para nomear os candidatos que finalizaram o curso de formação com êxito é necessário que haja homologação do mesmo. Nesse caso, o ato de homologação foi parcial e, com ele, começa o prazo para a nomeação dos candidatos aprovados. Todavia, nada impede que haja a continuidade do concurso em relação aos candidatos até então aprovados, mas que, até então, não participaram do curso de formação.

Diante do exposto, conclui-se que, de um único concurso, é possível realizar vários cursos de formação, bem como ter várias homologações até, em tese, não existirem mais candidatos aprovados e aptos a serem recrutados.

Visto isso, insta salientar ainda que o Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento de modo a possibilitar o questionamento de concurso público mesmo após a homologação do resultado final. Isto é, não há perda de objeto das ações judiciais relativas ao certame com a homologação final do concurso público.

Em suma, a posição do tribunal é no sentido de garantir ao candidato a possibilidade de contestar ilegalidades praticadas durante o procedimento, sob o fundamento de que, quando a ação busca verificar suposta ilegalidade de uma

de suas fases, a homologação final do concurso não conduz à perda do interesse de agir.

Desse modo, entre as ilegalidades passíveis de tutela jurisdicional, destaca-se: gabaritos incorretos, correções de redação, nota atribuída em determinada fase do certame, falhas na realização da prova, entre outras situações, sendo que, para o STJ, o prazo para a impetração do mandado de segurança, se cabível, não se inicia com a publicação do edital do concurso, tampouco com a divulgação do resultado, mas sim, com o conhecimento do ato que concretiza a ofensa ao direito líquido e certo do candidato.

Por fim, importa reiterar que o prazo de validade do certame é contado a partir de sua respectiva homologação. Logo, independe a data de realização das provas, tendo relevância para início da contagem do prazo a data da efetiva homologação do procedimento.

### **3.5 Nomeação**

A nomeação consiste em ato unilateral da Administração Pública, representando a única espécie de provimento originário, haja vista que o indivíduo é nomeado para ocupar um cargo público sem que antes houvesse qualquer vínculo entre ele e o cargo. O vínculo necessariamente inexistente é entre a pessoa e o cargo, uma vez que pode ser que haja vínculo entre a pessoa e o serviço público, por exemplo, o ocupante do cargo de técnico judiciário consegue nomeação para o cargo de analista. Logo, a pessoa tem vínculo com o serviço público, devido ao cargo de técnico, porém, não tem vínculo nenhum com o cargo de analista.

Diante disso, tem-se que a nomeação consiste na forma de investidura do candidato aprovado em concurso público no respectivo cargo, a qual se oficializa com a publicação da correspondente portaria ou decreto.

Todavia, há de se ponderar que não são todos os candidatos tidos como aprovados que possuem o direito subjetivo de serem nomeados, uma vez que devem ser observadas diversas ressalvas, as quais, conforme já dito no item 3.3

desse capítulo, serão detalhadamente suscitadas na oportunidade seguinte, mais precisamente no item 4.2.

## 4. CONTROLE JURISDICIONAL NO ÂMBITO DO CONCURSO PÚBLICO

### 4.1 Controle jurisdicional sobre a matéria administrativa em geral

Quando o Poder Judiciário, pela essência de sua atuação, é provocado com a finalidade de solucionar litígios entre o indivíduo e a Administração Pública, então surge o controle jurisdicional da atividade administrativa.

Nesse sentido, tem-se que o controle jurisdicional da atividade administrativa – preconizado no nosso ordenamento jurídico através do artigo 5º, XXXV da Carta Maior – vem, com o transcorrer do tempo, ampliando sua abrangência, haja vista que não mais se tolera decisões imutáveis e absolutas, ainda que decorram de atribuição discricionária da Administração Pública.

Dessa forma, conforme explica Juarez Freitas (2007), as escolhas administrativas, decorrentes da atuação discricionária, apenas serão legítimas se forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.

Por esse motivo, o controle jurisdicional que, a princípio, ficava restrito à verificação de formalidades extrínsecas, hoje assume um papel de muito mais relevância, devendo aferir se a competência discricionária não foi exercida de forma abusiva ou desvirtuada. Portanto, violados princípios administrativos, entende-se ocorrida uma lesão ou, no mínimo, ameaça de lesão, apta a dar ensejo à intervenção legítima do Poder Judiciário, caso seja, de fato, provocado.

Nessa senda, com brilhantismo comenta Lúcia Valle Figueiredo (1998, p. 316):

Especificamente, cabe-nos salientar, ainda que em breve bosquejamento, a atividade judicial controlada pela Administração Pública. Até onde pode chegar? Pode atingir a chamada “área discricionária” da Administração? Tem também o magistrado discricionariedade, ou sua atividade é apenas subsunção? Afigura-se-nos, sem sombra de dúvida, que a prestação judicial há de ser implementada sempre que solicitada (...) Não há atos que se preservem ao primeiro exame judicial. O exame judicial terá de levar em conta não apenas a lei, a Constituição, mas também valores principiológicos do texto constitucional, os *standards* da coletividade.

Visto isso, a despeito de argumentos contrários de parcela autorizada da doutrina brasileira, o controle jurisdicional da atuação administrativa discricionária não afronta a separação constitucional dos Poderes do Estado, haja vista que não haveria substituição do administrador pelo magistrado, pois a este competiria apenas verificar ou não a compatibilidade da atuação administrativa com o ordenamento jurídico em geral.

Demais disso, conforme preconiza o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que dá ensejo à noção de que toda atuação administrativa – independente se vinculada ou discricionária - poderá ser submetida à apreciação judicial, caso venha a lesionar ou ameaçar direito de terceiros. Afirmar essas que são precisamente justificadas por Rita Tourinho (2008, p. 152):

No Estado de Direito pretende-se evitar que condutas dos agentes públicos, vinculados a qualquer um dos poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário – causem lesão ou ameaça a direito. Assim, a lesão potencial ou efetiva autoriza a interferência de um poder sobre a atuação do outro. Não se pode pretender que a discricionariedade sirva de manto para encobrir atuações administrativas desastrosas, cujo único prejudicado é o cidadão.

Passadas tais considerações, no tocante ao concurso público, da mesma forma que os candidatos, a Administração interessada submete-se ao edital por ela estruturado, instrumento esse que deve nortear as diretrizes da atuação administrativa respectiva.

Portanto, a discricionariedade em matéria de concurso público fica limitada à escolha de determinados pontos fixados no edital, por exemplo, os cargos e as vagas que serão disponibilizadas, os modelos de provas que serão aplicadas, os critérios de correção, a data e local das provas e os prazos para recursos. Por óbvio, se houver violação de princípios no exercício desta competência, poderá haver também a ingerência do Poder Judiciário, se provocado.

Assim, como esclarecimento, salienta-se que há discricionariedade conferida à Administração Pública para estabelecer no edital do concurso o prazo para interposição do recurso, entretanto, se apresentar prazo exíguo, este poderá ser rechaçado através da via judicial, respaldando-se no argumento de que esse reduzido prazo para recurso estaria impossibilitando os candidatos de



recorrerem, afrontando assim, a razoabilidade e a ampla defesa. Por outro lado, estabelecidos os requisitos do concurso no edital, a atuação administrativa torna-se vinculada aos seus termos.

Por conseguinte, diante do exposto, infere-se, que, por se tratar de procedimento administrativo, o concurso público também está sujeito ao controle exercido pelo Poder Judiciário. Isso ocorre em virtude da imparcialidade típica e inerente a esse poder, o que faz com que, muitas vezes, os candidatos preferiram debater as controvérsias existentes no certame no campo judicial.

#### **4.2 Controle jurisdicional no tocante à nomeação de servidores**

Como visto, o concurso público não está isento do controle exercido pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, atualmente, tem-se que a matéria de grande relevância no que tange a esse controle, diz respeito à nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista que, como a questão é desprovida de regulamentação legal, o estabelecimento das regras fica a cargo do entendimento dos Tribunais Superiores.

Inicialmente, entendia-se que a nomeação de candidatos aos cargos públicos para os quais estavam aprovados – ainda que dentro do número de vagas previstas no edital –, não era tida como certa, ficando integralmente a cargo do administrador público realiza-la ou não, a depender unicamente de sua discricionariedade. Isto é, os aprovados nos concursos públicos detinham apenas mera expectativa de direito no tocante à nomeação. Sobre desse ponto, exemplifica Francis Junio de Oliveira (2017, p. 129):

A Administração Pública poderia realizar a abertura de edital de concurso público com previsão de 10 (dez) cargos. O certame transcorreria sem qualquer anormalidade, sendo que os 10 (dez) candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital teriam mera expectativa de direito.

Diante disso, a orientação jurisprudencial se assentava no sentido de que o candidato aprovado, mesmo aqueles dentro do número de vagas, tinha mera expectativa de direito a sua nomeação no cargo.

Todavia, em detrimento a esse entendimento firmado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em 13 de dezembro de 1963 aprovou o enunciado

da Súmula nº 15, com a seguinte redação: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.” Assim, a nomeação para cargos públicos decorrentes de aprovação em concurso constituía mera expectativa de direito, a qual se convolava em direito subjetivo na hipótese do cargo ser preenchido sem a correta observância da ordem de classificação.

Diante do exposto, infere-se, portanto, que a hipótese apta a conferir direito subjetivo de nomeação ao aprovado ficava adstrita àquela em que houve desobediência da ordem de classificação da lista final do certame público.

No entanto, importa destacar o importante entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 29/03/2004, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.034/RS, no qual foi admitida a necessidade de a Administração Pública proceder à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital. Portanto, há mudança substancial concernente à situação dos candidatos aprovados dentro do número das vagas, para os quais, a partir disso, é conferido o direito subjetivo à nomeação ao cargo público.

Isso se justifica, em muito, pelo respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que tanto os administrados, como a Administração Pública devem seguir o que foi nele fixado. Assim, se do edital consta o número de vagas para provimento dos cargos, detém os aprovados, dentro desse número, o direito subjetivo à nomeação durante o prazo de validade concursal, haja vista que, se foi ofertada determinada quantidade de vagas, é porque a Administração tem o interesse em provê-las através da mão de obra conseguida mediante a realização do certame.

Acerca dessa mudança de entendimento jurisprudencial, Francis Junio de Oliveira (2017, p. 131) comenta:

Trata-se de conquista que muito beneficia os candidatos que lutam arduamente para alçarem cargos públicos no Brasil, bem como demonstra o dever de boa-fé da Administração Pública como destinatário de obediência ao conteúdo do edital.

Ao comentário supracitado, soma-se o argumento concernente à proteção da confiança do administrado – decorrente do respeito à segurança jurídica -,

visto que ao publicar um edital, há sempre expectativas de que todo o comportamento se dará de acordo com a regência de tal instrumento, inclusive, a nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas disponíveis e tornadas públicas no momento da publicação instrumento convocatório. Por esse motivo, ressalta-se a responsabilidade da Administração Pública ao realizar o concurso público, tendo em vista que é necessário ter a ciência de que os candidatos aprovados almejam, primordialmente, a nomeação no cargo para qual concorreram.

Desse modo, em síntese, salienta-se que, dentro do prazo de validade do certame, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor da nomeação daqueles aprovados dentro das vagas inicialmente ofertadas. Assim, para melhor sintetizar, transcreve-se decisão do Superior Tribunal de Justiça versando sobre a temática em tela:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS REVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO. 1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. 2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes. 3. Recurso ordinário provido. (STJ, 2007, online)

Diante do exposto, consolidado está que o candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital tem direito líquido e certo no que tange a sua nomeação durante o prazo de validade do certame, o qual, conforme visto, poderá ser de até dois anos, prorrogáveis uma vez por igual período.

Passadas tais considerações, pertinente se faz mencionar a questão acerca dos aprovados fora do número de vagas ofertadas no edital. Em tese, o candidato aprovado fora do número de vagas ofertadas originalmente, possui mera expectativa de direito à nomeação, haja vista que a Administração estaria obrigada a nomear apenas os aprovados dentro do número de vagas disponíveis no instrumento convocatório.

Todavia, surge uma outra hipótese que garante o direito subjetivo de nomeação ao candidato aprovado (ainda que fora das vagas), qual seja, a contratação de agentes de forma precária para as vagas existentes, quando há concurso público vigente, bem como lista de pessoal aprovado.

Dessa forma, não pode o Administrador realizar contratações temporárias de agentes precários para exercer funções idênticas às do cargo ofertado em concurso público, haja vista a comprovação de necessidade de mão de obra, bem como a existência de pessoal aprovado em concurso. Nesse sentido, leciona José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 568):

Não obstante, se o candidato é aprovado no concurso e há omissão ou recusa para a nomeação, apesar de ficar comprovado que a administração, certamente por incompetência ou improbidade, providenciou recrutamento através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para qual o candidato foi aprovado, passa este a ter direito subjetivo ao ato de nomeação.

Salienta-se, então, que o direito subjetivo acima mencionado tem fundamento na constatação de que a Administração possui a necessidade da função e, por consequência, do servidor para executá-la, não podendo suprir essa necessidade por contratação precária, no caso de haver há aprovados em concurso para ocupá-la. Em suma, importante o exemplo dado por Francis Junio de Oliveira (2017, p. 138):

Logo, caso após a nomeação dos aprovados, ainda dentro do prazo de validade do concurso público, venha a Administração, para as mesmas funções do cargo ofertado em concurso, admitir em caráter precário mais 5 (cinco) servidores, concederá aos 5 (cinco) primeiros excedentes o direito subjetivo à nomeação para o referido cargo, visto que a Administração Pública confessa de forma inequívoca a necessidade de mão de obra, ou seja, de cargos vagos, e o interesse em provê-los ao proceder a contratação de servidores a título precário.

Posto isso, pondera-se que foi exatamente nessa direção que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento ao fixar tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) 837311, no qual foi discutida a nomeação de candidatos classificados fora das vagas previstas em edital, antes da convocação dos aprovados em concurso posterior.

A tese estabelece que: “O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos

aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.”

Visto isso, em síntese de todo o exposto, tem-se que o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público se projeta nas seguintes hipóteses: quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital, quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação – *vide* Súmula nº 15 – e quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

Por conseguinte, através desse entendimento, a Suprema Corte do país teria, em tese, sedimentado o entendimento acerca de quais hipóteses ensejariam o direito subjetivo à nomeação e quais outras confeririam mera expectativa de direito ao candidato aprovado, eliminando assim quaisquer controvérsias no que tange ao tema em análise.

Todavia, há de se destacar o importante e recente entendimento emanado pelo Superior Tribunal de Justiça versando, exatamente, sobre o tema em análise, qual seja, o controle jurisdicional relativo à nomeação de servidores públicos. O julgado supracitado consiste no Mandado de Segurança 22.813/DF, no qual foi proferida decisão no sentido de garantir o direito à nomeação de quatro candidatos aprovados no concurso do Banco Central em 2013, mesmo figurando fora do número das vagas que, inicialmente, o respectivo edital fazia previsão, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA PROCURADOR DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. DESCABIMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA E NÃO RECORRIDA. CONFIRMAÇÃO DESSE DECISÓRIO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO LIMITE DE VAGAS. DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE NA SUA NOMEAÇÃO POR PARTE DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. OMISSÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO NA RESPOSTA AO PEDIDO DE

PROVIMENTO DOS CARGOS FEITO PELO BANCO CENTRAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE RESTRIÇÃO FINANCEIRA OU DE QUALQUER OUTRO OBSTÁCULO ORÇAMENTÁRIO PARA A NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. (STJ, 2018, online)

Portanto, verifica-se, na situação em exame, mais uma hipótese em que o Poder Judiciário reconheceu, a candidatos aprovados fora do número das vagas, o direito subjetivo à nomeação. Tal entendimento se justifica pelo fato de terem surgido novas vagas e havido manifestação inequívoca da Administração sobre a necessidade de seu provimento, bem como, por óbvio, inexistir prova de restrição orçamentária ou de qualquer outro obstáculo de ordem financeira, a ser provado pelo poder público.

No caso, os impetrantes do mandado de segurança foram aprovados fora do limite de vagas conforme previsão editalícia. De sua parte, o Banco Central do Brasil - autarquia a quem interessava o provimento dos cargos, dentro do período de validade do certame - enviou pedido escrito ao Ministério do Planejamento, no qual informava a existência das vagas e da "extrema relevância" quanto à nomeação adicional, uma vez que considerou que os seus quadros jurídicos se encontravam "muito aquém do necessário para que o órgão jurídico bem desempenhe sua missão institucional de garantir a segurança legal dos atos dos gestores da Autarquia, a integridade de seu patrimônio e a plena recuperação de seus créditos". Assim, a manifestação inequívoca da administração quanto à existência de vagas e à necessidade premente do seu provimento foram largamente comprovadas

Nesse sentido, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - a quem competia provar a restrição orçamentária ou qualquer outro obstáculo financeiro como óbice ao interesse público no provimento de tais cargos - ignorou, solenemente, o pleito do Banco Central do Brasil, nada obstante os fundamentos nele deduzidos. Demais disso, no âmbito desse mandado de segurança, quando poderia fazer a referida prova, nada objetou nesse sentido, de modo que se conclui pela inexistência de qualquer impedimento orçamentário para atendimento ao pleito de estrito interesse público na nomeação dos impetrantes, formulado pelo ente da administração a quem competia fazê-lo.

Diante do exposto, depreende-se que, em decorrência da tutela jurisdicional, se configurou uma nova situação de nomeação ao cargo público, que é aquela quando há provas incontroversas da necessidade de servidores, ante a inexistência de limites orçamentários por parte da Administração Pública, restando indagar se esse julgado será isoladamente considerado ou abrirá precedentes para que seja sedimentado como uma nova hipótese de direito subjetivo à nomeação ao candidato que foi aprovado fora das vagas do edital.

Assim, de extrema importância se mostra a observância dos limites do Poder Judiciário no tocante à determinação da nomeação de candidatos, haja vista que, partindo da análise desse julgado, não há de descartar a probabilidade de consolidar entendimento no que tange a essa forma de ingresso no funcionalismo público, revelando-se, desse modo, como uma nova hipótese de direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado.

Por conseguinte, reitera-se que o controle jurisdicional sobre a matéria administrativa tem alcançado um campo de abrangência cada vez mais significativo, incidindo sobre temas, que antes, eram de inteira discricionariedade da Administração Pública, fato esse que, conforme já demonstrado, não afronta a separação constitucional dos Poderes, tendo em vista que uma atuação adequada, necessária e razoável do Poder Judiciário – atuando dentro de seus limites constitucionais e legais de competência – revela-se de grande valia tanto para a Administração Pública, como para os administrados em geral. De fato, a tutela jurisdicional deve ser inafastável.

Contudo, especificamente para a problemática suscitada no presente trabalho, tem-se que a melhor solução seria a edição de lei com alcance nacional, a fim de regulamentar o tema, devido seu alto grau de complexidade, retirando, assim, a elevada carga dos Tribunais, os quais, reitera-se, são os responsáveis pela estipulação das diretrizes para a nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos. Nesse viés, assevera Alice Ribeiro de Sousa (2013, p. 147):

O certo é que a existência de lei nacional disciplinando os concursos públicos poderia pôr fim às especulações reinantes sobre a interpretação correta a ser tirada da Constituição Federal vigente, subtraindo do âmbito dos Tribunais tão intrincado mister.

Portanto, salienta-se que a devida regulamentação dos concursos públicos faria com que os candidatos não ficassem tão expostos às eventuais mudanças de entendimentos jurisprudenciais, fatos esses que, somados aos acima mencionados, gerariam uma maior segurança jurídica para todos os envolvidos no procedimento administrativo do concurso público.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, depreende-se que o concurso público é, de fato, o meio mais idôneo de se conseguir indivíduos que, mais tarde, se tornarão agentes públicos, e que terão a missão de desempenhar suas funções em busca do interesse primordial da sociedade, qual seja, o interesse público.

Diante disso, ressalta-se a importância de tal procedimento, sendo que deve ser provido de um elevado rigorismo que proporcione a seleção daqueles que, efetivamente, se revelarem os mais aptos ao desempenho do cargo ou emprego. Por esse motivo, o tema, conforme já demonstrado, tem repercussão constitucional.

Todavia, em que pese a constituição determinar a sua realização, com o objetivo de prover cargos e empregos públicos, o tema carece de regulamentação infraconstitucional – ou legal -, ficando a nomeação dos candidatos aprovados sujeita à discricionariedade administrativa, a qual deve respeitar as orientações jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

Sendo assim, até que os Tribunais fixem teses para determinar em quais hipóteses a nomeação constitui direito subjetivo do candidato aprovado, surgem diversas controvérsias entre a Administração Pública e o candidato, haja vista a alta complexidade que envolve a temática. Por esse motivo, o Poder Judiciário não raras as vezes, é provocado para solucionar lides dessa natureza, exercendo controle em matéria que, em tese, seria discricionária da Administração Pública.

Nesse sentido, com a apresentação do Mandado de Segurança 22.813/DF, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o presente trabalho pretende mostrar que as diretrizes relacionadas ao direito dos candidatos aprovados não podem ficar a cargo, unicamente, do Poder Judiciário, pois, embora seja legítima a sua atuação para evitar arbitrariedades e excessos na atribuição discricionária do Administrador Público, não é essa a sua genuína função. Por conseguinte, revela-se como necessária a regulamentação legal do tema atinente ao concurso público.

Assim sendo, a edição de lei de alcance nacional seria de extrema valia, haja vista que estamos a lidar com a concretização do direito fundamental ao acesso aos postos de trabalho na Administração Pública, em igualdade de condições.

Desse modo, salienta-se que a proposta de regramento observaria, fielmente, a moralidade administrativa e a isonomia entre os postulantes aos cargos e empregos, uma vez que evitaria a ocorrência de problemas que, corriqueiramente, acometem os concursos públicos no Brasil, tais como: irregularidades contidas nos editais, provas mal formuladas, suspeitas de fraudes, não obediência à Lei de Licitações para fins de contratação da instituição organizadora, entre tantos outros.

Por fim, pondera-se que eventual criação de lei nacional regulamentadora garantiria a obediência aos princípios de transparência, impondo regras claras e gerais que incidiriam sobre as controvérsias que, hoje, existem em relação ao efetivo direito à nomeação dos candidatos aprovados no certame respectivo - e que ficam a cargo do entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores-, gerando, assim, maior segurança jurídica a todos os envolvidos com os concursos públicos nos mais diversos entes da federação.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 16 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em 29 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 101**, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. Acesso em 05 de maio de 2019.

COUTINHO, Alessandro Dantas. **O concurso público no ordenamento jurídico**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/12/08/o-concurso-publico-no-ordenamento-juridico/>>. Acesso em: 17 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **Considerações sobre a homologação parcial do concurso e o princípio da eficiência**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/08/09/consideracoes-sobre-a-homologacao-parcial-do-concurso-e-o-principio-da-eficiencia/>>. Acesso em: 19 de maio de 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 19ª edição, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: editora Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 24ª ed., 1999.

OLIVEIRA, Francis Junio de. **Concurso público: forma de ingresso no serviço público brasileiro – doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1. ed., 2017.

SOUSA, Alice Ribeiro de. **Processo administrativo do concurso público**. Leme: J.H. Mizuno, 2013.

SOUSA, Éder. **Concurso público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOURINHO, Rita. **O concurso público no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STF. Recurso Extraordinário: RE 837.311/PI. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 09/12/2015. **STF.jus**, 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965>>. Acesso em: 26 de abril de 2019.

STJ. Mandado de Segurança: MS 22.813/DF (2016/0232134-0). Relator: Ministro OG Fernandes. DJ: 13/06/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593046653/mandado-de-seguranca-ms-22813-df-2016-0232134-0/inteiro-teor-593046659?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 de abril de 2019.

STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RMS 20718/SP. Relator: Ministro Paulo Medina. DJ: 04/12/2007. **Lfg.jusbrasil**, 2009. Disponível em:

<<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1667759/stj-por-unanimidade-reitera-que-candidato-aprovado-dentro-do-numero-de-vagas-tem-direito-e-liquido-e-certo-a-nomeacao>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

STJ. Recurso em Mandado de Segurança: RMS 58373/RS 2018/0201097-3. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 16/10/2018. **Portal Justiça**, 2018.

Disponível em: < <http://portaljustica.com.br/acordao/2162760>>. Acesso em: 25 de abril de 2019.