

## A efetivação de servidores precariamente empossados "sub judice" em cargos de provimento efetivo à luz da Constituição Federal

Antônio Carlos Alencar Carvalho\*

Palavras-chave: Efetivação de servidores "sub judice" em cargos de provimento efetivo. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Natureza precária da investidura, determinada por ordem judicial provisória, passível de cassação ou revogação. Princípio constitucional da ampla acessibilidade aos cargos públicos. Exigência de concurso público para provimento de cargos em caráter permanente.

Resumo: O artigo procura demonstrar que a Administração Pública não pode efetivar candidatos não aprovados em todas as etapas e provas de concurso público específico, que apenas foram nomeados em cargo público de provimento efetivo por força de decisões judiciais provisórias, mais tarde cassadas ou revogadas. A permanência no serviço público depende do êxito dos demandantes nos processos judiciais em que discutem a reprovação no certame concursal. A investidura permanente de candidatos sucumbentes nas causas judiciais não pode ser realizada por força da teoria do fato consumado, sob pena de violação ao princípio constitucional do concurso público.

### 1. Introdução

A questão sobre a qual se ocupa este artigo é a recorrente situação de candidatos de concurso público, reprovados em uma ou mais provas ou etapas do procedimento seletivo, que obtêm provimento judicial provisório para nomeação e posse precária no cargo público e que, posteriormente, com a cassação ou revogação da ordem judiciária anterior, se recusam a deixar o serviço público, tentando invocar, em seu socorro, a teoria do fato consumado como forma de legitimar uma inconstitucional "efetivação" no posto de provimento efetivo sem o lastro de aprovação em certame concursal público.

### 2. Não-cabimento da teoria do fato consumado no caso

A teoria do fato consumado foi concebida pela doutrina, sendo endossada pela jurisprudência, com vistas a justificar, em hipóteses excepcionais, a manutenção dos efeitos de atos administrativos inválidos em consideração à justa e à legítima

expectativa dos administrados, tendo como fundamento o princípio da segurança jurídica.

A teoria do fato consumado visa a preservar situação ilegal consolidada no tempo, em consideração à justa e à legítima expectativa dos administrados, o que não se afigura, contudo, nas hipóteses em que candidatos participaram de concurso público e tomaram posse no cargo público por força de liminar, ante a precariedade da decisão, a qual se submete aos riscos da reversibilidade do julgamento.

De fato, seria no mínimo contraditório e temerário que a Administração Pública, ainda que ao fundamento de eficiência e de economicidade quanto à pretensão de permanência no posto de provimento efetivo de candidatos reprovados em concurso público precariamente empossados por força de decisões judiciais provisórias, viesse a consolidar situações ainda precárias e pendentes de provimento jurisdicional definitivo, quando a própria jurisprudência dos Tribunais pátrios, sobretudo do excelso Supremo Tribunal Federal, passou a rechaçar a tese do fato consumado, comumente invocada por candidatos excluídos de certames em virtude do não-preenchimento dos requisitos contidos no edital, o qual, por sua vez, deve espelhar as exigências constitucionais e legais para o ingresso nos cargos públicos.

Calha citar notícia jurídica ([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) recente de acórdão prolatado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da teoria do fato consumado:

Nomeação em concurso: Fato consumado não se aplica se decisão pode ser mudada

A teoria do fato consumado não pode ser aplicada nas hipóteses de nomeação de candidatos em concurso por decisão precária – sujeita à modificação. A conclusão é da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que acolheu Recurso Especial do estado de Alagoas. Assim, o Estado está desobrigado de nomear candidatos que permaneceram em concurso para delegados apenas por força de liminares.

O concurso foi feito para preencher cargos de delegado de Polícia. Foram convocados 129 candidatos para a segunda etapa — teste de aptidão física, número correspondente a três vezes o total de vagas oferecido no edital.

Apesar de não figurarem na lista de convocação para a fase seguinte, os candidatos entraram na Justiça com ação cautelar. Alegaram aprovação na prova subjetiva e pediram a participação nas fases subseqüentes do concurso. Em 30 de novembro de 2001, a liminar foi concedida pela 2ª Vara da Fazenda Pública estadual, assegurando a permanência no concurso até decisão do mérito da causa.

A liminar foi confirmada na sentença de mérito, garantindo aos candidatos a participação nas demais fases e etapas subseqüentes do certame previstas no edital, inclusive o Curso de Formação Policial, em igualdade de condições com os demais candidatos aprovados.

O estado apelou. O Tribunal de Justiça negou o recurso e determinou a adoção das medidas cabíveis para nomeação, no prazo de cinco dias úteis, de oito candidatos nos cargos de delegado de Polícia. Em Embargos de Declaração propostos pelo estado, o Tribunal afastou, ainda, a alegação de *reformatio in pejus* (reforma para pior) da sentença.

Para o tribunal estadual, a decisão não extrapolou os limites do pedido. No Recurso Especial dirigido ao STJ, o estado pediu o reconhecimento da reforma para pior, alegando ocorrência da ofensa ao artigo 515 do Código de Processo Civil.

A 5ª Turma acolheu parte do argumento. "Resta patente a *reformatio in pejus*, porquanto a determinação de nomeação dos candidatos pelo Tribunal de origem, sem que houvesse pedido por parte dos candidatos, que sequer apelaram, extrapolou os limites da sentença monocrática, a qual determinou apenas e tão somente que os candidatos participassem das demais fases", considerou a relatora do caso, ministra Laurita Vaz.

A relatora afirmou, ainda, que sequer constou da inicial da medida cautelar pedido para nomeação, mas apenas a participação nas etapas e fases seguintes. "É imperioso esclarecer que o processo principal foi extinto sem julgamento de mérito, por ausência de interesse de agir, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, uma vez que os candidatos ou não frequentaram o Curso de Formação, ou não participaram das etapas subseqüentes", acrescentou.

A ministra concluiu que não pode ser aplicada ao caso a teoria do fato consumado. "Ora, os argumentos aventados não lhes garantem direito líquido e certo à manutenção do exercício dos cargos, tendo em vista que os atos de nomeações se deram de forma precária, por força de decisão judicial precária".

Ainda segundo a relatora, ao julgar a ação principal, o tribunal de origem afastou o pretense direito, pois, apesar de terem alcançado a tutela jurisdicional, os candidatos não participaram integralmente do certame, uma vez que não foram levados às etapas subseqüentes dadas as suas módicas classificações, ou seja, não cumpriram ou não foram aprovados em todas as etapas do concurso. "Assim, entendo que o caso ora examinado não se subsume à teoria do fato consumado, de modo a reconhecer o direito à nomeação de candidato aprovado *sub judice*", concluiu Laurita Vaz.

REsp 662.711

Revista Consultor Jurídico, 29 de outubro de 2008

Julgou ainda o colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. HOMOLOGAÇÃO FINAL. PRESCRIÇÃO. CANDIDATO NO EXERCÍCIO DO CARGO. APLICAÇÃO DA

"TEORIA DO FATO CONSUMADO". INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS.

III - A Eg. Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da "Teoria do Fato Consumado" nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que o seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento. [01]

Calha acrescentar o teor da recente decisão do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios [02], in verbis:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. CANDIDATO MATRICULADO EM CURSO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL NA CONDIÇÃO SUB JUDICE. PONTUAÇÃO MÍNIMA NECESSÁRIA À APROVAÇÃO. PRETENSÃO SATISFEITA NA VIA ADMINISTRATIVA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. NOMEAÇÃO E POSSE. AUSÊNCIA DE PROVIMENTO JURISDICIONAL DEFINITIVO FAVORÁVEL. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME EXPIRADO.

1. (...)

2. Tratando-se de candidato que participou de Curso de Formação Profissional, na condição sub judice, e expirado o prazo de validade do certame, a sua nomeação e posse fica condicionada a comprovação da obtenção, em definitivo, de provimento jurisdicional garantindo-lhe o direito ao prosseguimento nas etapas do concurso ou mesmo a prorrogação/revigoração do prazo de validade do certame.

Impende corroborar que situações fáticas decorrentes de nomeações realizadas por ordem judicial, de caráter precário, não têm o condão de convalidar administrativamente situações ilegítimas pelo mero decurso do tempo.

3. Precariedade da investidura determinada por ordem judicial provisória

Ainda sobre a matéria, calha trazer à baila a prudente doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

Trata-se de concurso público em que, a despeito de o candidato não preencher algum requisito para a aprovação (reprovação em exame, ausência no dia da prova, exame físico etc.), consegue, em ação judicial (normalmente o mandado de segurança), ser beneficiado com a concessão de medida liminar na qual se determina que o Poder Público dê posse ao candidato.

Esse tipo de decisão cautelar in limine é totalmente inconstitucional e carece de qualquer técnica jurídica. A medida cautelar pode, quando muito, ordenar a reserva de vaga, mas nunca impor a formação da relação funcional pela investidura, porque isso ofende diretamente a prerrogativa da presunção de legitimidade de que são dotados os

atos da Administração. Se o juiz vem a acolher o pedido do candidato, todos os efeitos do erro administrativo deverão ser reparados, inclusive, se for o caso, a responsabilização funcional da autoridade. Mas daí não se pode extrair a conclusão de que o órgão judicial possa ordenar que a posse seja ultimada.

O certo é que, em virtude dessa grave erronia técnica, dezenas e até centenas de candidatos são empossados e só após a lenta tramitação do processo é que o Judiciário decide o litígio em desfavor dos candidatos. Por causa do tempo já decorrido a partir da ilegítima investidura, postulam eles a convalidação de sua situação. Pedido em tal direção é nitidamente injurídico (quando não eivado de má-fé), de modo que o único desfecho possível no caso é o desfazimento da posse através da anulação, sem qualquer direito ao candidato que não cumpriu requisito para a aprovação do certame.

Nesses casos, é mister destacar, inexistente qualquer motivo para invalidar o concurso. A Administração deve, isto sim, diligenciar no sentido da anulação das nomeações ilegítimas e prematuras, tão logo o Judiciário reconheça ter sido improcedente a pretensão dos candidatos. [03] (grifamos)

O eminente administrativista tem razão, porquanto as conseqüências da ordem judicial precária, no sentido da nomeação de candidatos reprovados em concurso público, mas que pretendem discutir os atos administrativos reprobatórios em juízo, podem ser difíceis para os próprios autores das demandas judiciais, os quais (apesar de terem ciência de que ingressaram nos quadros administrativos na condição sub judice e com a possibilidade de serem desinvestidos dos postos ocupados a qualquer momento, na hipótese de cassação ou revogação da ordem judicial determinante da investidura temporária e incerta) passam a desfrutar dos benefícios da vida funcional, da remuneração do cargo administrativo, todavia podem sofrer, sim, subitamente, revés na via judicial, por cujo efeito tenham que deixar definitivamente o serviço público, não como resultado de uma punição ou de um ato decisório da Administração, mas como estrita conseqüência do insucesso na causa judicial aforada, o que causa transtornos pessoais e justifica o natural desejo dos interessados, a despeito de saberem que não mais possuem qualquer direito a tanto, de continuar na função pública, o que não pode ocorrer, todavia, já que não possuem indispensável título de aprovação válida em concurso público justificador de sua nomeação e posse ou persistência no posto administrativo.

De fato, impende consignar que, no caso de sucumbência nas ações judiciais aforadas por candidatos reprovados em concurso público, precariamente empossados por força de decisão judicial provisória, proferida nos autos de demanda em que o autor discute a validade dos atos administrativos pelos quais se verificou a sua reprovação no procedimento seletivo, a Administração Pública fica obrigada, sim, a promover o desfazimento do vínculo jurídico/funcional, constituído como foi de forma precária, por força de decisum não mais existente no mundo jurídico, porque cassado por decisão judiciária posterior ou definitiva.

Disso deriva o efeito de que o administrador público (uma vez que a nomeação em cargo de provimento efetivo constitui ato administrativo vinculado, condicionado à

efetiva aprovação válida em certame concursal público) não mais dispõe de motivo de fato e de direito para motivar a nomeação outrora promovida, a qual somente tinha respaldo em determinação judicial primeira posteriormente cassada e que ficara dependente do desfecho do feito em curso na Justiça para fins de manutenção, ou não, do candidato nos quadros da Administração Pública, mérito que refoge à esfera de apreciação discricionária da autoridade administrativa e que fica, inevitavelmente, condicionado ao teor do veredito judicial derradeiro proferido, seja no sentido da exoneração do candidato autor de demanda judicial em que foi sucumbente, seja na efetivação nos quadros administrativos, uma vez que o Poder Judiciário proclame que o cidadão foi aprovado no concurso público cuja etapa ou prova discutira e que deve ser nomeado.

A firme orientação quanto à imperatividade de exoneração de candidatos na condição sub judice é medida ordinariamente recomendada a todos os órgãos da Administração Pública em casos idênticos à espécie, sem exceção, e constitui estrito cumprimento do dever legal dos órgãos administrativos como um todo, haja vista que não existe possibilidade de alguém que não foi aprovado em concurso público específico (seja assim proclamado quando da homologação administrativa do resultado final do certame ou quando do desate de processo judicial) possa ingressar ou permanecer como ocupante de cargo de provimento efetivo, sob pena de improbidade administrativa, violação do princípio da impessoalidade, da moralidade e do preceito republicano do amplo acesso aos cargos públicos a todos os habilitados, laureados pela sagração no procedimento concursal seletivo pertinente.

Por isso, em que pese a compreensível dificuldade pessoal ocasionada para candidatos nomeados sub judice, fato é que os autores de demandas judiciais infrutíferas assumiram o cargo público em caráter precário, condicionados em sua permanência nos quadros administrativos à manutenção válida dos efeitos da ordem judicial provisória que lhes favoreceu com a nomeação, enquanto da discussão das etapas do concurso público, e ainda ao desfecho favorável do processo judicial, modo pelo qual, cassada a eficácia jurídica da decisão da Justiça que justificara a investidura dos interessados, em face da superveniência de posterior veredito judiciário superior ou definitivo, realmente não há mais supedâneo de direito para a ocupação dos postos públicos pelos aludidos candidatos reprovados no certame concursal, desamparados, como estão, de ordem judiciária ainda vigente pela sua continuidade nos quadros administrativos.

4. Caráter vinculado da nomeação em cargos de provimento efetivo e irrelevância do interesse administrativo na permanência dos candidatos empossados "sub judice" no serviço público

Efetivamente, ainda que fosse noticiado possível interesse administrativo quanto à permanência dos interessados no exercício do cargo em que foram transitoriamente investidos por força da decisão judicial provisória, hoje já cassada e não mais existente no mundo jurídico, o direito positivo brasileiro não conferiu, contudo, margem discricionária ao administrador público para o preenchimento de cargos de provimento efetivo, na medida em que a nomeação constitui ato administrativo vinculado,

condicionado à aprovação válida em concurso público, em todas as suas etapas. Trata-se de adoção do sistema do mérito pelo legislador constituinte, como anota José Afonso da Silva: "O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso público." [4]

Ninguém pode permanecer em cargo de provimento efetivo sem gozar do respaldo de aprovação válida em concurso público específico para preenchimento do posto, sob pena de violação ao capitulado no art. 37, II, da Carta de Direitos de 1988. Vale transcrever a cátedra de Odete Medauar: "A exigência de concurso público para ascender a postos de trabalho no serviço público atende, principalmente, ao princípio da igualdade e ao princípio da moralidade administrativa". [5]

Ora, suprimida a eficácia jurídica da ordem judicial em cujo estrito cumprimento a autoridade administrativa nomeou os interessados, por força da cassação da decisão provisória por acórdão definitivo prolatado pelo egrégio órgão colegiado judiciário superior ou mesmo em caso de sentença desfavorável ao particular demandante, é inquestionável que o efeito necessário é, sim, a exoneração dos candidatos nomeados na condição sub judice, os quais tinham ciência de que sua permanência nos quadros da Administração Pública era vinculada, a título de *conditio sine qua non*, à manutenção dos efeitos da decisão determinante da investidura.

A nomeação dos interessados não foi decisão da autoridade administrativa competente, mas mero cumprimento de ordem provisória do Poder Judiciário, porquanto o Chefe do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo não poderia investir nenhum candidato não aprovado – ainda assim só durante o prazo de validade do certame – em todas as etapas e provas do concurso público específico para ingresso no cargo administrativo objeto de provimento em caráter efetivo, por força do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, razão por que, de igual razão, não lhe é dado manter nos quadros administrativos, mesmo que exista eventual interesse público no preenchimento de carência administrativa da função policial, quem não foi aprovado em procedimento concursal específico e apenas foi investido no posto por força de decisão judicial precária, passível de cassação como sucedeu na espécie.

É que o motivo de fato e de direito para a legalidade de investidura em cargo público de provimento efetivo é a aprovação válida em concurso público de provas e títulos, em todas as suas etapas, ressalvadas a hipótese de candidato que obtém título judicial determinante da sua investidura em caráter definitivo nos quadros da Administração Pública, além da precariedade da situação dos candidatos que discutem sua reprovação no certame concursal e eventualmente conseguem, como verificado na hipótese vertente, o direito de nomeação e posse no cargo, provisoriamente, sob o risco de imediata desinvestidura na hipótese de cassação da decisão judicial que os amparava, não como medida ou punição administrativa, porém como mero efeito jurídico necessário e inevitável da cassação do decisum ao qual deviam seu ingresso temporário e sua permanência incerta nos quadros administrativos, vinculados como eram ao êxito no processo em curso na Justiça e à manutenção da ordem provisória.

A nomeação sub judice perde seus efeitos juntamente com a cassação pelo próprio Poder Judiciário da ordem judicial que outrora ordenou a investidura dos candidatos, na condição de partes de um processo judicial cujo desfecho presidirá a permanência, ou não, dos demandantes nos quadros administrativos, no caso frustrada pelo teor de sentença ou acórdão desfavorável aos autores das ações judiciais.

A situação é a mesma do servidor público demitido que, por efeito de liminar em mandado de segurança ou de antecipação de tutela [6], é reintegrado em cumprimento de ordem judicial provisória; sobrevindo resolução de mérito desfavorável, o efeito necessário é, sim, a exoneração do impetrante-autor, ainda que houvesse interesse administrativo em que ele permanecesse nos quadros da Administração.

O problema é que a única hipótese de os interessados continuarem no serviço público seria em caso de ato administrativo específico de nomeação nos cargos de provimento efetivo, a qual, todavia, pressupõe aprovação válida em todas as etapas do concurso público específico como *conditio sine qua non* do ato administrativo vinculado de investidura, por força do mandamento expresso do inciso II do art. 37 da Carta Magna de 1988, razão jurídica que, da mesma forma, impede, por força de lei, a permanência dos candidatos nos postos ocupados precariamente, na condição sub judice, ainda que exista conveniência e oportunidade administrativas nesse sentido, porque, no caso, o administrador público, no direito positivo brasileiro, não tem ensejo para, ainda que em nome de interesse público, prover cargos efetivos ou manter atos de provimento anteriormente exarados em mero cumprimento de ordem judicial provisória já cassada, não mais existente no mundo jurídico, haja vista que se trata – ressalta-se – de hipótese de rigorosa vinculação administrativa, e não de discricionariedade – a nomeação no cargo permanente da carreira policial civil requer a presença do motivo de fato indispensável da aprovação válida em procedimento concursal público específico, o que não existe na espécie.

Sendo assim, com a devida vênia, embora se compreenda a natural vontade dos interessados de permanecerem nos postos administrativos e os motivos acalentados por eles e eventualmente pelo órgão administrativo, a solução da hipótese, entretanto, é questão jurídica regrada pelo direito administrativo, processual civil e constitucional e que ultrapassa a esfera da discricionariedade do administrador público, situando-se no plano da vinculação do ato administrativo e do caráter precário e passível de cassação futura da nomeação sub judice de candidato reprovado em concurso público, cuja sorte fica atrelada ao desfecho do processo judicial e também da persistência dos efeitos jurídicos da decisão provisória da Justiça que determinou a investidura nos cargos públicos, motivo por que não se pode recomendar medida diversa da exoneração dos candidatos dos cargos de provimento efetivo por eles ocupados na hipótese de cassação da ordem judicial outrora determinante da investidura precária no posto público.

Destarte, é forçoso reconhecer a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado das decisões do Poder Judiciário para se efetivar em definitivo a situação funcional de servidores cujo ingresso no serviço público tenha se dado de forma precária.

## 5. O princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos de provimento efetivo pela via do certame concursal como preceito constitucional

Restam subjacentes, na espécie, os consectários do princípio do amplo acesso aos cargos públicos por parte de todo cidadão que anseie ingressar nos quadros do funcionalismo estatal, desde que preencha os requisitos legais para ocupação do posto administrativo e, especialmente, se sagre aprovado em certame concursal público de provas ou de provas e títulos (art. 37, I e II, Constituição Federal de 1988). Lembra, nessa toada, Hely Lopes Meirelles:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo. [7]

Em virtude do princípio da isonomia, no sentido de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput, Constituição Federal de 1988), não pode a Administração Pública prover cargo público ou nele manter quem não tenha sido completa e regularmente aprovado em todas as etapas e provas de concurso público específico, sob pena de violação não só da própria Carta Magna como ainda dos ditames das Leis de Crimes de Responsabilidade (art. 4º, V, Lei federal n. 1.079/1950 [8]; art. 101, V, Lei Orgânica do Distrito Federal) e de Improbidade Administrativa (art. 11, V, Lei federal n. 8.429/1992: "frustrar a licitude de concurso público"). A esse respeito, pontificam Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz [9]:

O ato atentatório ao concurso público, em face de sua natureza de princípio constitucional especial, foi corretamente enquadrado como espécie da categoria "atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública". Com efeito, o art. 11, V, da Lei n. 8.429/92 estabelece como ato de improbidade administrativa conduta do agente público que "frustrar a licitude do concurso público". [...] Se o agente público frustrar a licitude de concurso público, ainda que tal conduta não cause lesão ao erário ou não importe enriquecimento ilícito, será enquadrado como ímprobo.

Não é desconhecido que muitos cidadãos anelam pelo sonho de lograr êxito em certame público concursal para fins de gozar dos benefícios da titularidade de cargo de provimento efetivo e da estabilidade no serviço público, ainda mais em se cuidando de postos bem remunerados, como são aqueles componentes de algumas carreiras de maior expressão no cenário da Administração Pública, com retribuição pecuniária superior, como nos casos de Polícia Civil, Militar, Defensoria e Advocacia Pública, Auditoria Tributária e outras de maior magnitude funcional.

Na verdade, milhares de jovens e adultos debruçam-se penosamente nos estudos, por conta própria, ou arcam com os vultosos custos de preparação de cursinhos para concursos, por causa do sonho de pertencer às carreiras efetivas do funcionalismo estatal e de desfrutar de boa remuneração e da proteção da estabilidade contra a perda do cargo público, inexistente no âmbito da atividade privada.

Sendo assim, seria violar o tratamento igualitário que a Administração Pública deve dispensar a todos os cidadãos, sem dúvida, permitir que pessoas não aprovadas em todas as provas e etapas de concurso público, porque o Poder Judiciário abonou sua reprovação administrativa no certame, pudessem ingressar ou permanecer no quadro do funcionalismo estatal, apenas pelo fato de que obtiveram provimento judicial provisório para lhes assegurar a posse no cargo administrativo, posteriormente cassado por decisão judiciária definitiva. Seria o mesmo que dispensar, em última instância, a exigência constitucional de aprovação em concurso público para certos cidadãos pelo mero fato de que tomaram a iniciativa de discutir judicialmente, ao final sem sucesso, sua reprovação no certame concursal. São pertinentes os escritos de Edmir Netto de Araújo a esse propósito:

O direito dos cidadãos de acesso aos cargos públicos (CF, art. 37, I) decorre do princípio fundamental dos regimes democráticos, que é o da igualdade (art. 5º) de todos perante a lei, nas mesmas condições. Se todos são iguais perante a lei, também o são perante a Administração, e por isso, nas mesmas condições, o que abrange o atendimento aos requisitos legais, todos os brasileiros possuem o direito de acesso aos cargos públicos. [10]

Se alguém que somente tomou posse em cargo público precariamente, lastreado em ordem judicial provisória que foi posteriormente cassada, pudesse, entretanto, permanecer no posto por força de inusitado e inconstitucional ato administrativo de "apostilamento", a despeito da insubsistência de qualquer provimento jurisdicional determinante da permanência dos interessados no posto administrativo, à míngua, em particular, da indispensável aprovação válida em todas as etapas e provas do concurso público, ter-se-ia a indireta abolição do pressuposto da sagração em certame concursal como requisito para ingresso em cargo efetivo no serviço público, o que é temerário e inconstitucional.

Mais ainda, inúmeros cidadãos que prestaram o mesmo concurso, mas foram reprovados na mesma etapa ou prova na qual também não teve sucesso o candidato que ingressou em juízo e obteve decisão judicial provisória (posteriormente cassada) para tomar posse no cargo (enquanto discutia sua reprovação na aludida etapa ou exame) serão tratados de forma desigualitária pela Administração Pública, sem o reconhecimento do direito de ocupar o posto administrativo, apesar de todos, inclusive o autor da ação judicial fracassada, não terem sido aprovados no certame concursal.

Se, no final das contas, nem uns nem outros se sagraram exitosos no procedimento de seleção pública, por que o demandante vencido do processo judiciário, que igualmente foi reprovado no procedimento, teria direito a gozar da investidura permanente em cargo administrativo, enquanto seu co-reprovado cidadão não lograria o igual benefício? Outros cidadãos que não prestaram o concurso, por receio de reprovação nas etapas e provas respectivas, também almejavam desfrutar da condição de servidor público, ocupante de posto de provimento efetivo e com estabilidade no serviço público, sem sujeição aos requisitos de aprovação válida em concurso. Por que

favorecer uns e não outros e como assim proceder em face dos ditames dos princípios da impessoalidade e da isonomia?

Calham as lições de Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz:

O Estado, ao mesmo tempo em que impõe deveres, limitações administrativas, sacrifícios a direitos subjetivos e prescrição de sanções em desfavor dos membros do corpo social, também concede prerrogativas aos administrados, outorgando-lhes um benefício econômico, social ou profissional. Em face dos postulados fundamentais da indisponibilidade do interesse público, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e diante da circunstância de que o número de administrados interessados em obter determinadas prerrogativas públicas é invariavelmente maior do que a sua oferta social, o Estado deverá abrir mão de um procedimento concorrencial, em ordem a compatibilizar o princípio da isonomia com a necessidade de se estabelecer um padrão mínimo e razoável de exigências, a fim de se cumprir excelentemente o interesse público. [...] O concurso público constitui uma das forma de concreção do princípio da igualdade. [11]

Sob a ótica do administrador público, é de se enfatizar, a nomeação, como ato administrativo, pressupõe um motivo de fato e de direito existente: a aprovação ainda válida em concurso público. Incidiria, no caso, o prescrito na Lei de Ação Popular:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

.....

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

.....

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

.....

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

A matéria de fato (aprovação válida em concurso pública ainda com prazo de validade vigente) não existe na hipótese e impossibilita, em consequência, a nomeação de candidatas.

Sob outro prisma, ter-se-ia ilegalidade do objeto porque a investidura em cargo de provimento efetivo de pessoa que não dispõe de aprovação válida no certame concursal, porque já expirado seu prazo de validade, configuraria ofensa ao próprio texto constitucional e ao da Lei de Improbidade Administrativa (art. 11, V, Lei federal n. 8.429/1992).

Em se cuidando de *conditio sine qua non* para a investidura permanente no serviço público, a exigência de aprovação em todas as provas e etapas de concurso específico de provimento do cargo administrativo não pode ser relevada em hipótese alguma, por se cuidar de exigência constitucional, não socorrendo o argumento de que os candidatos sucumbentes na Justiça, precariamente empossados no posto público por força de decisão judicial provisória, posteriormente cassada por outro provimento jurisdicional em contrário, teriam mesmo concluído o curso de formação, pois se cuida de hipótese em que preponderam os princípios da igualdade, isonomia e da moralidade: os cidadãos ocupantes de cargo efetivo na Administração dos três Poderes estatais adquiriram o benefício de serem contratados como pessoal pelo Estado porque, diferindo das demais pessoas igualmente interessadas em serem empregadas pelo Poder Público, se sagraram aprovadas em certame concursal específico.

Certo número de advogados até poderia, quiçá, desempenhar as funções inerentes ao cargo de Procurador do Estado, auditor tributário, promotor de justiça, juiz de direito, se porventura a Administração os nomeasse, sem prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, para os postos públicos em comento - alguns até poderiam concluir com êxito o estágio probatório inicial para confirmação na carreira.

Não obstante, o administrador público não poderia (ainda que tivesse deixado de observar o mandamento constitucional de realizar certame concursal, para contratar profissionais do direito com maior celeridade, sem os entraves e morosidade decorrentes do procedimento administrativo público seletivo) investir nem menos ainda efetivar no cargo efetivo quem não foi laureado pela chancela concursal constitucional. Talvez até conviesse ao Estado – e muitas pessoas poderiam se revelar aptas ao exercício dos postos – contratar diretamente pessoal, todavia a Constituição Federal, em atenção às cláusulas da democracia, da República, da igualdade, da moralidade administrativa, ordenou que a única forma de provimento de cargos efetivos na Administração é a sagração em concurso público.

Não se questiona que muitos cidadãos, precariamente empossados em cargos públicos efetivos à conta de decisões judiciais provisórias, podem revelar aptidão para o exercício dos cargos (da mesma forma que outros que não prestaram as provas de seleção concursal ou foram em algumas delas reprovados o poderiam), mas a única forma de os autores de demandas judiciais, reprovados administrativamente em alguma etapa ou prova do concurso de ingresso na carreira, serem efetivados nos

postos é a constituição de provimento jurisdicional definitivo que lhes seja favorável e que os declare aprovados e determine ou confirme o empossamento no cargo público.

Cuida-se, como demonstrado quantum satis, de inexorável exigência constitucional acerca da contratação de pessoal no serviço público para investidura em cargos de provimento efetivo: os candidatos deverão ter sido aprovados em concurso público, sob pena de inconstitucionalidade.

## 6. Conclusões

Do exposto, infere-se que:

a) a teoria do fato consumado não pode ser invocada para ensejar a permanência em cargo de provimento efetivo de candidatos reprovados em etapas e provas de concurso público que, empossados precariamente, com fundamento em decisão judicial provisória, têm sua sorte atrelada ao desfecho dos processos judiciários;

b) a investidura em cargos de provimento efetivo é ato administrativo vinculado, modo por que a Administração Pública não tem poder discricionário de, à guisa de alegado interesse administrativo ou pessoal dos candidatos reprovados no certame concursal, sucumbentes nos processos judiciais em que discutiam sua reprovação no procedimento seletivo, efetivar ou manter nos postos permanentes pessoas que não se sagraram aprovadas em concurso público de provas ou de provas e títulos;

c) o princípio da isonomia e da ampla acessibilidade aos cargos públicos de provimento efetivo impede que os cidadãos precariamente empossados nos postos administrativos sejam efetivados no serviço público, se reprovados no certame concursal específico.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de direito administrativo. 13ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22.ed. rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2003.

## NOTAS

1. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no Ag 740721 / MG ; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2006/0016130-5, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 17/10/2006, Data da Publicação/Fonte: DJ 13.11.2006, p. 288. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

2. Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3ª Turma Cível, APC 2002 01 1 108356-3, Desembargadora Relator Dra. Níbia Corrêa Lima

3. CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de direito administrativo. 13ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 494-495.

4. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22.ed. rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 659.

5. MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007P. 263

6. O Supremo Tribunal Federal já consignou que não ofende o decidido na ADC4 o mero restabelecimento de situação jurídica anterior, como no caso de servidor público reintegrado, o qual torna apenas a ocupar o posto e a perceber os vencimentos que já auferia, sem gerar novas despesas para o erário. O STF também admite a tutela antecipada contra a Fazenda Pública em caso de ordem judicial para nomeação e posse de candidatos aprovados dentro do limite de vagas abertas para concurso público de ingresso em determinada carreira (Rcl 6155 MC / CE – CEARÁ- MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 22/08/2008, Publicação DJe-166 DIVULG 03/09/2008 PUBLIC 04/09/2008.

7. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 413.

8. Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

.....V - A probidade na administração.

9. MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34 ss.

10. ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 266.

11. MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22 ss.

\* procurador do Distrito Federal, advogado em Brasília (DF)

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12017>> Acesso em: 02 dez. 2008.