

**Turma e Ano: 2016 (Master A)**

**Matéria/ Aula: Estado Federal Brasileiro- 14**

**Professor: Marcelo Leonardo Tavares**

**Monitor: Paula Ferreira**

## Aula 14

### Jurisprudência

Para o estudo das jurisprudências a seguir, necessário se faz a leitura do art. 37, CRFB:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

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

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

**AG. REG. NO RE N. 733.596-MA RELATOR: MIN. LUIZ FUX EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS**

**DEVIDAMENTE APROVADOS E HABILITADOS EM CERTAME VIGENTE. PRECEDENTES.** 1. A contratação precária para o exercício de atribuições de cargo efetivo durante o prazo de validade do concurso público respectivo traduz preterição dos candidatos aprovados e confere a esses últimos direito subjetivo à nomeação. Precedentes: ARE 692.368-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 4/10/2012 e AI 788.628-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 8/10/2012. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. POSTERIOR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO PARA O MESMO CARGO COMPROVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO”. 3. Agravo regimental DESPROVIDO.

A contratação temporária sem concurso público é baseado no princípio da temporariedade e excepcionalidade. Se administração torna permanente esta atividade enquanto existe candidatos aprovados no concurso público, tal ato mostra-se ilegal, configurando-se, desvio.

ARE 733.957-AgR/CE. RELATOR: Ministro Celso de Mello. EMENTA: **CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. VIDA PREGRESSA DO CANDIDATO. EXISTÊNCIA DE REGISTROS CRIMINAIS. PROCEDIMENTOS PENAIIS DE QUE NÃO RESULTOU CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSGRESSÃO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.** - A exclusão de candidato regularmente inscrito em concurso público, motivada, unicamente, pelo fato de existirem registros de infrações penais de que não resultou condenação criminal transitada em julgado vulnera, de modo frontal, o postulado constitucional do estado de inocência, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. Precedentes.

O princípio da presunção de inocência veda que se exclua um candidato de concurso em razão de fatos que ainda não forma objeto de análise judicial com transito em julgado. A unida possibilidade e impedir o avanço de candidato por este motivo é a existência de condenações criminais transitadas em julgado.

**Serviços sociais autônomos e exigência de concurso público** - 1 Os serviços sociais autônomos, por possuírem natureza jurídica de direito privado e não integrarem a Administração Pública, mesmo que desempenhem atividade de interesse público em

cooperação com o ente estatal, não estão sujeitos à observância da regra de concurso público (CF, art. 37, II) para contratação de seu pessoal. Essa a conclusão do Plenário, que negou provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a necessidade de realização de concurso público para a contratação de empregados por pessoa jurídica integrante do chamado “Sistema S”. De início, a Corte afastou preliminar de ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho para interpor o presente recurso extraordinário. Destacou que, nos termos dos artigos 83, VI, e 107, “caput”, ambos da LC 75/1993, incumbiria àquele órgão officiar perante o TST, o que abrangeria a atribuição de interpor recurso perante o STF. Esclareceu que os precedentes citados pelo recorrido (SEST - Serviço Social do Transporte) não se aplicariam à espécie, porque neles o Ministério Público do Trabalho teria atuado de forma originária perante o STF, o que seria vedado. No mérito, o Tribunal lembrou que a configuração jurídica dessas entidades relacionadas aos serviços sociais teriam sido expressamente recepcionadas pelo art. 240 da CF e pelo art. 62 do ADCT. Recordou ainda que os serviços sociais do Sistema “S” (SEST - Serviço Social do Transporte; SESCOOP - Serviço Nacional de Aprendizagem no Cooperativismo; SESC - Serviço Social do Comércio; SENAC - Serviço Nacional de Aprendizagem; SESI - Serviço Social da Indústria; SENAI - Serviço de Aprendizado Industrial; e SENAR - Serviço Nacional de Aprendizagem Rural), vinculados às entidades patronais de grau superior e patrocinados, basicamente, por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, teriam inegável autonomia administrativa. Asseverou que essa autonomia teria limites no controle finalístico exercido pelo TCU quanto à aplicação dos recursos recebidos, sujeição que decorreria do art. 183 do Decreto-lei 200/1967 e do art. 70 da Constituição. Ademais, mencionou que, no caso concreto, a entidade estaria sujeita às auditorias a cargo do Ministério dos Transportes e à aprovação de seus orçamentos pelo Poder Executivo. Assinalou que a não obrigatoriedade de submissão das entidades do denominado Sistema “S” aos ditames constitucionais do art. 37, notadamente ao seu inciso II, não as eximiria de manter um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seu pessoal. Enfatizou que essa exigência traduziria um requisito de legitimidade da aplicação dos recursos arrecadados na manutenção de sua finalidade social, porquanto entidades de cooperação a desenvolver atividades de interesse coletivo. 18 A Corte enunciou as características básicas desses entes autônomos: a) dedicam-se a atividades privadas de interesse coletivo cuja execução não é atribuída de maneira privativa ao Estado; b) atuam em regime de mera colaboração com o Poder Público; c) possuem patrimônio e receita próprios, constituídos, majoritariamente, pelo produto das contribuições compulsórias que a própria lei de criação institui em seu favor; e d) possuem a prerrogativa de autogerir seus recursos, inclusive no que se refere à elaboração de seus orçamentos, ao estabelecimento de prioridades e à definição de seus quadros de cargos e salários, segundo orientação política própria. Alertou para a necessidade de

não se confundir essas entidades e tampouco equipará-las a outras criadas após a CF/1988, como a Associação dos Pioneiros Sociais - APS; a Agência de Promoção de Exportações do Brasil - APEX; e também a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI, cuja configuração jurídica teria peculiaridades próprias: a) criadas por autorização de lei e implementadas pelo Poder Executivo, não por entidades sindicais; b) não destinadas a prover prestações sociais ou de formação profissional a determinadas categorias de trabalhadores, mas a atuar na prestação de assistência médica qualificada e na promoção de políticas públicas de desenvolvimento setoriais; c) financiadas, majoritariamente, por dotações consignadas no orçamento da União; d) obrigadas a gerir seus recursos de acordo com os critérios, metas e objetivos estabelecidos em contrato de gestão cujos termos seriam definidos pelo próprio Poder Executivo; e e) supervisionadas pelo Poder Executivo, quanto à gestão de seus recursos. Feitas essas considerações, o Colegiado pontuou que, embora o recorrido tenha sido criado após a CF/1988, a natureza das atividades por ele desenvolvidas, a forma de financiamento e o regime de controle a que estaria sujeito o enquadrariam no conceito original de serviço social autônomo, vinculado e financiado por determinado segmento produtivo. Concluiu, assim que, em razão de sua natureza jurídica de direito privado e não integrante da Administração Pública, direta ou indireta, a ele não se aplicaria o inciso II do art. 37 da Constituição. Registrou que a ausência de imposição normativa de observância obrigatória dos princípios gerais da Administração Pública na contratação de pessoal, não se aplicaria a certos serviços sociais (como APS, APEX e ABDI) e outras espécies de entidades colaboradoras com o Poder Público, cuja disciplina geral imporia a adoção desses princípios. Precedentes citados: ADI 1.864/PR (DJe de 2.5.2008); ARE 683.979/DF (DJe de 23.8.2012); RE 366.168/SC (DJU de 14.5.2004) e AI 349.477 AgR/PR (DJU de 28.2.2003). RE 789874/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 17.9.2014. (RE-789874)

Supremo dispensa a exigência de serviço público para os serviços sociais autônomos. Estes possuem natureza privada, não compondo a administração direta nem integrando a administração pública.

AG. REG. NO ARE N. 656.360-BA RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI EMENTA: **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Limitação do número de habilitados na fase anterior para participação na subsequente. Possibilidade. Abertura de novo concurso. Prazo de validade. Legislação infraconstitucional. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.** 1. Não viola a Constituição Federal a limitação, pelo edital do concurso, do número de candidatos que participarão das fases subsequentes do certame, ainda que importe na eliminação de participantes que, não obstante tenham atingido as notas mínimas necessárias à habilitação, tenham se classificado além do número de vagas previsto no instrumento convocatório. 2. A Corte de origem concluiu, com base

em normas infraconstitucionais e nos fatos e nas provas dos autos, que o prazo do concurso do qual participaram os ora agravantes já havia expirado quando da abertura da nova seleção. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame do conjunto fático-probatório da causa. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 4. Agravo regimental não provido.

Em algumas concursos públicos, as vezes, há divisão em fases e, em cada uma há uma cláusula de barreira (por exemplo, previsão de que a nota mínima é 6, entretanto, só passarão para a segunda fase as 300 melhores notas). Supremo entende constitucional tal previsão.

**AG. REG. NO ARE N. 758.465-BA RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO**  
**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM**  
**AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO**  
**NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE NOVAS**  
**VAGAS. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS**  
**279 E 454/STF.** Para dissentir da conclusão do acórdão recorrido, seria necessário nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, bem como exame de cláusulas editalícias. Incidência das Súmulas 279 e 454/STF. Agravo regimental a que se nega provimento.

Imagine que um concurso tenha sido aberto com o edital prevendo 20 vagas, entretanto 30 candidatos foram aprovados. Não havendo novas vagas no prazo de vigência do concurso, os candidatos aprovados fora do número de vagas não possuem direito subjetivo a posse.

**Concurso público e cláusula de barreira - 1** 19 É constitucional a regra denominada “cláusula de barreira”, inserida em edital de concurso público, que limita o número de candidatos participantes de cada fase da disputa, com o intuito de selecionar apenas os concorrentes mais bem classificados para prosseguir no certame. Essa a conclusão do Plenário, que proveu recurso extraordinário no qual se discutia a legitimidade da aludida cláusula à luz do princípio da isonomia. ...O Tribunal destacou que as cláusulas de barreira, de modo geral, elegeriam critérios diferenciadores de candidatos em perfeita consonância com a Constituição, à luz do art. 37, caput e II. Apontou que essas regras não constituiriam apenas medida operacional fundada em questões financeiras, mas também levariam em conta a limitação de recursos humanos presente na maioria dos concursos. Elucidou que o estabelecimento do número de candidatos aptos a participar de determinada etapa de concurso público também passaria pelo critério de conveniência e oportunidade da Administração, e não infringiria o princípio da isonomia quando o critério de convocação fosse vinculado ao desempenho do concorrente em etapas anteriores. Acresceu que decisões judiciais ampliadoras do rol de participantes em determinada etapa de certame, no afã de

atender à isonomia, desrespeitariam o postulado, porque ensejariam a possível preterição de candidatos mais bem classificados... RE 635739/AL, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.2.2014. (RE-635739)

Novamente o Supremo entende pela constitucionalidade das cláusulas de barreira.

**AG. REG. NO RE N. 607.590-PR RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO**  
**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRORROGAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. PRECEDENTES.** O Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da matéria no RE 598.099-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que, em regra, apenas o candidato aprovado entre as vagas previstas no edital de concurso público tem direito líquido e certo à nomeação. A jurisprudência desta Corte é pacífica ao afirmar se tratar de decisão discricionária da Administração a questão relativa à prorrogação ou não de concurso público. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Não há direito subjetivo do candidato aprovado fora do número de vagas a exigir que a administração pública prorogue o prazo de validade de concurso público.

**ADI N. 4.876-DF RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial.** 1. Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe. 2. O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade conferida por essa norma não implica a chamada efetividade, que depende de concurso público, nem com ela se confunde. Tal dispositivo é de observância obrigatória pelos estados. Precedentes: ADI nº 289/CE, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 16/3/07; RE nº 199.293/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 6/8/04; ADI nº 243/RN-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 24/8/01; RE nº 167635/PA, Relator o

Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 7/2/97. 3. Com exceção do inciso III (que faz referência a servidores submetidos a concurso público), os demais incisos do art. 7º da Lei Complementar nº 100, de 2007, do Estado de Minas Gerais tornaram titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na Administração Pública com evidente burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88). 4. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para, i) em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses**, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população; ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão (a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima; (b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e (c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente.

Art. 7º da LC 100/2007 torna titular de cargo efetivo servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, o que fere a Constituição (art. 37, II). Houve uma modulação de efeitos nesta decisão.

**Posse em concurso público por medida judicial precária e “fato consumado”** A posse ou o exercício em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório não implica a manutenção, em definitivo, do candidato que não atende a exigência de prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, II), valor constitucional que prepondera sobre o interesse individual do candidato, que não pode invocar, na hipótese, o princípio da proteção da confiança legítima, pois conhece a precariedade da medida judicial. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão que, com base na “teoria do fato consumado”, concluía pela permanência da recorrida no cargo público por ela ocupado desde 2002. Discutia-se a possibilidade de manutenção de candidato investido em cargo público em decorrência de decisão judicial de natureza provisória. Na espécie, a recorrida tomara posse no cargo de agente da polícia civil em virtude de medida liminar deferida em ação cautelar, embora ela tivesse sido

reprovada na segunda etapa do certame (teste físico) e não tivesse se submetido à terceira fase (exame psicotécnico). O Tribunal destacou, de início, a existência de conflito entre duas ordens de valores que, ante a incompatibilidade, deveriam ser sopesadas. De um lado, o interesse individual da candidata em permanecer no cargo público que, por força de liminar, exerceria há mais de 12 anos. De outro lado, o interesse público no cumprimento do art. 37, II, da CF e de seus consectários. Em seguida, mencionou que a jurisprudência predominante da Corte seria no sentido da prevalência à estrita observância das normas constitucionais. Asseverou que, na questão em debate, não seria cabível o argumento da boa-fé ou do princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado. No ponto, aduziu que essa alegação seria viável quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor seria alçado a determinada condição jurídica ou seria incorporada determinada vantagem ao seu patrimônio funcional, de modo que essas peculiares circunstâncias provocassem em seu íntimo justificável convicção de que se trataria de um “status” ou de uma vantagem legítima. Assim, superveniente constatação da ilegitimidade desses proveitos configuraria comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da Administração, o que poderia autorizar, ainda que em nome do “fato consumado”, a manutenção do “status quo”, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. O Colegiado frisou, no entanto, a excepcionalidade dessa hipótese. A Corte salientou, ainda, que a situação dos autos seria distinta, porquanto a nomeação e posse no cargo teriam ocorrido por provocação da recorrida e contra a vontade da Administração, a qual apresentara resistência no plano processual. Explicitou, também, que o acórdão recorrido não afirmara a plausibilidade do direito de a recorrida permanecer no cargo, mas somente se limitara a aplicar a “teoria do fato consumado”, tendo em conta que a liminar vigoraria, à época, há mais de sete anos. O Colegiado observou que, na espécie, não faria sentido invocar-se o princípio da proteção da confiança legítima nos atos administrativos, haja vista que a beneficiária não desconheceria, porque decorrente de lei expressa, a natureza provisória do provimento, cuja revogação poderia se dar a qualquer momento e acarretar automático efeito retroativo. Acrescentou que a concessão das medidas antecipatórias correria por conta e responsabilidade do requerente. Assim, afastado o princípio da proteção da confiança legítima, o Plenário registrou que apenas o interesse individual na manutenção do cargo sobejaria como fundamento para sustentar a conclusão do acórdão impugnado. Considerou, todavia, que a pretensão da recorrida não poderia justificar o desatendimento do superior interesse público no cumprimento das normas constitucionais. Frisou, ademais, que esse interesse individual se oporia, inclusive, ao interesse de mesma natureza de candidato que, aprovado no concurso, fora alijado do cargo, ocupado sem observância das regras constitucionais. Por fim, o Tribunal assegurou à recorrida os vencimentos e as

vantagens percebidos até a data do julgamento. Vencidos os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux negavam provimento ao recurso extraordinário. O 21 Ministro Roberto Barroso entendia que, no caso, a ponderação não se daria entre interesse privado do indivíduo e interesse público da Administração, mas, entre o princípio da confiança legítima e o mandamento do concurso público. Esclarecia que, como em toda ponderação, nem sempre seria possível estabelecer, “prima facie”, qual dos dois princípios deveria prevalecer. Aduzia que essa ponderação deveria ser feita à luz dos elementos do caso concreto. Registrava que a proteção da confiança legítima seria valor constitucional decorrente do princípio da segurança jurídica e, por isso, se mostraria impróprio o argumento no sentido de ser inexistente tese constitucional em favor da recorrida. Destacava que a ideia de segurança jurídica teria vertente objetiva a impedir a retroatividade das normas. Nesse ponto, sublinhava que haveria proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, a amparar as expectativas legítimas das pessoas, a preservar, inclusive, efeitos de atos eventualmente inválidos. Reiterava que as situações de investiduras de servidor público envolveriam muitas nuances, do que decorreria a necessidade de se conhecer o caso “sub judice” para se proceder à interpretação constitucionalmente adequada. Propunha a observância de parâmetros para a aferição de eventual confiança legítima: a) o tempo decorrido entre as decisões contraditórias, adotando-se, por analogia, o prazo de cinco anos previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999; b) a boa-fé do candidato; c) o grau de estabilidade da decisão judicial, de maneira que uma decisão de 2º grau geraria maior expectativa de direito; d) o órgão prolator da decisão, pois quanto mais elevado o órgão judicial, maior a expectativa de direito originada; e e) a plausibilidade da tese jurídica que justificara a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória. O Ministro Luiz Fux, por sua vez, enfatizava que a recorrida teria prestado concurso público e sido aprovada com nota exemplar no curso de aperfeiçoamento, apesar de não ter se submetido ao exame psicotécnico. Registrava que a função desse teste seria aferir condições biopsicológicas no exercício de uma função, e a recorrida a exercera, de forma exemplar por vários anos, o que superaria completamente a ausência do referido exame. Reputava que a recorrida tivera seu direito reafirmado em sentença de mérito e confirmado em acórdão que perdurara por mais de 12 anos. Frisava que a tendência mundial seria fazer com que o jurisdicionado se contentasse com uma só decisão judicial e o advento de uma segunda decisão, por órgão colegiado, apuraria a sua juridicidade. Comparava, no ponto, com o que contido na denominada “Lei da Ficha Limpa”, que prevê a decisão colegiada para fins de tornar alguém inelegível. Aduzia que, na espécie, estaria em jogo direito fundamental encartado no art. 5º da CF e, como direito fundamental, prevaleceria sobre outros interesses correlatos à causa. RE 608482/RN, rel. Min. Teori Zavascki, 7.8.2014. (RE-608482)

O candidato que toma posse por ordem judicial deve ter consciência da precariedade da ocupação de seu cargo, não havendo o que se falar em fato consumado.

**EMB. DECL. NO AG. REG. NO RE N. 607.590-PR RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRETENSÃO DE CARÁTER INFRINGENTE. EMBARGOS ACOLHIDOS.** A criação de novos cargos, ainda que no prazo de validade do concurso público, não gera direito líquido e certo de nomeação para aqueles aprovados fora do número de vagas do edital, por se tratar de ato discricionário e, portanto, submetido ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Hipótese em que a edição de resolução pelo Tribunal Superior Eleitoral, que determinava que as vagas criadas posteriormente fossem preenchidas com o concurso então vigente, retirou do Tribunal Regional Eleitoral a discricionariedade de optar por fazer um novo concurso ou aproveitar os que já estavam concursados. Diante de tal peculiaridade, reconhece-se aos recorrentes o direito subjetivo à nomeação, devendo ser respeitada a ordem de classificação do concurso público. Embargos de declaração acolhidos, com excepcional atribuição de efeitos modificativos, a fim de conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário.

Os candidatos aprovados no número de vagas possuem direito subjetivo a posse. Já os aprovados fora do número de vaga não possuem direito a prorrogação do prazo do concurso. Se durante o prazo de validade do concurso abrirem novas vagas, para o Supremo, esse candidatos excedentes não possuem direito subjetivo à nomeação. Entretanto, se ficar evidente uma postura da administração que viole a finalidade do concurso público faz com que exista direito desse excedente a posse (ex. manter contratação temporária, havendo vagas e sem nomear o excedente).

**RMS 32.732-TA/DF. RELATOR: Ministro Celso de Mello EMENTA: Concurso público. Pessoa portadora de deficiência. Reserva percentual de cargos e empregos públicos (CF, art. 37, VIII).** Ocorrência, na espécie, dos requisitos necessários ao reconhecimento do direito vindicado pela recorrente. Atendimento, no caso, da exigência de compatibilidade entre o estado de deficiência e o conteúdo ocupacional ou funcional do cargo público disputado, independentemente de a deficiência produzir dificuldade para o exercício da atividade funcional. Pessoa portadora de necessidades especiais cuja situação de deficiência não a incapacita nem a desqualifica, de modo absoluto, para o exercício das atividades funcionais. Inadmissibilidade da exigência adicional de a situação de deficiência também produzir “dificuldades para o desempenho das funções do cargo”. Reconhecimento, em favor de pessoa comprovadamente portadora de necessidades especiais, do direito 22 de investidura em cargos públicos, desde que – obtida prévia aprovação em

concurso público de provas ou de provas e títulos dentro da reserva percentual a que alude o art. 37, VIII, da Constituição – a deficiência não se revele absolutamente incompatível com as atribuições funcionais inerentes ao cargo ou ao emprego público. Incidência, na espécie, das cláusulas de proteção fundadas na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Incorporação desse ato de direito internacional público, com eficácia e hierarquia de norma constitucional (CF, art. 5º, § 3º), ao ordenamento doméstico brasileiro (Decreto nº 6.949/2009). Primazia da norma mais favorável: critério que deve reger a interpretação judicial, em ordem a tornar mais efetiva a proteção das pessoas e dos grupos vulneráveis. Precedentes. Vetores que informam o processo hermenêutico concernente à interpretação/aplicação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas portadoras de deficiência (Artigo 3). Mecanismos compensatórios que concretizam, no plano da atividade estatal, a implementação de ações afirmativas. Necessidade de recompor, pelo respeito à diversidade humana e à igualdade de oportunidades, sempre vedada qualquer ideia de discriminação, o próprio sentido de igualdade inerente às instituições republicanas. Parecer favorável da Procuradoria-Geral da República. Recurso ordinário provido.

Se a deficiência que a pessoa ter for compatível com determinado cargo público, esta pessoa tem o direito a concorrer a uma vaga reservada para deficiente (que possuem menor ou nenhuma concorrência). Entretanto, há vagas que são incompatíveis com determinadas deficiências (ex. um deficiente com debilidade nos meios de locomoção não poderia ser militar), e, nestes casos, não é possível que o deficiente preste concurso público, nem com reserva de vagas.

**ADI N. 3.649-RJ RELATOR: MIN. LUIZ FUX EMENTA:** 1) A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público. 2) O concurso público, posto revelar critério democrático para a escolha dos melhores a desempenharem atribuições para o Estado, na visão anglo-saxônica do merit system, já integrava a Constituição Imperial de 1824 e deve ser persistentemente prestigiado. 3) Deveras, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária. 4) A contratação temporária, consoante entendimento desta Corte, unicamente poderá ter lugar quando: 1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público. 5) In casu, o Plenário desta Corte entendeu a inconstitucionalidade

de toda a Lei nº 4.599 do Estado do Rio de Janeiro que disciplina a contratação temporária, dado o seu caráter genérico diante da ausência de uma delimitação precisa das hipóteses de necessidade de contratação temporária. Restou ressalvada a posição vencida do relator, no sentido de que apenas o art. 3º da norma objurgada conteria preceito inconstitucional, posto dúbio e dotado de trecho capaz de originar uma compreensão imprecisa, inválida e demasiado genérica, no sentido de que a própria norma por si só estaria criando os cargos necessários à realização da atividade, o que é juridicamente inviável, uma vez que referida providência dependeria de lei específica a ser aprovada diante de uma superveniente necessidade, nos termos do que previsto no art. 61, §1º, II, alínea “a”, da Constituição da República. 6) É inconstitucional a lei que, de forma vaga, admite a contratação temporária para as atividades de educação pública, saúde pública, sistema penitenciário e assistência à infância e à adolescência, sem que haja demonstração da necessidade temporária subjacente. 7) A realização de contratação temporária pela Administração Pública nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, *verbi gratia*, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne. Contudo, a contratação destinada a suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo há de durar apenas o tempo necessário para a realização do próximo concurso público, ressoando como razoável o prazo de 12 meses. 8) A hermenêutica consequencialista indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos *ex tunc* faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de qualquer tipo de contratação temporária, o que carrearía um *periculum in mora* inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade – razoabilidade. 9) *Ex positis*, e ressalvada a posição do relator, julgou-se procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.599, de 27 de setembro de 2005. 10) Reconhecida a necessidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data desta sessão (28/05/2014), improrrogáveis após 12 (doze) meses a partir do termo a quo acima.

O interessante neste julgado é que o Supremo buscou construir critérios objetivos para a contratação temporária (previsão legal, prazo determinado, necessidade temporária e excepcional interesse público).

**RE N. 632.853-CE 23 RELATOR: MIN. GILMAR MENDES Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova.** Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar

respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido.

Em relação ao conteúdo de provas, não cabe ao Judiciário substituir a banca do concurso para mudar o gabarito de prova. Excepcionalmente, o judiciário pode analisar a compatibilidade da questão com o programa do edital.

**Policiais temporários e princípio do concurso público** Em conclusão de julgamento, o Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 17.822/2012 do Estado de Goiás, que institui o Serviço de Interesse Militar Voluntário Estadual - SIMVE na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar do Estado-Membro. Quanto à inconstitucionalidade material da norma, o Colegiado assinalou que, anteriormente à edição da lei em comento, o governo estadual lançara concurso público de provas e títulos para provimento de cargos de policial militar, com a subsequente seleção de candidatos. A lei adversada, por sua vez – em vigor durante o prazo de validade do concurso –, a pretexto de ter fundamento de validade na Lei 4.735/1964 (Lei do Serviço Militar), instituía uma classe de policiais temporários, cujos integrantes, após serem aprovados em seleção e em curso de formação, passariam a ocupar cargo de natureza policial militar. Esses temporários seriam remunerados por subsídio, sujeitos à legislação militar e às normas específicas da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar estaduais. Intentara-se, assim, a realização de um corte de gastos relacionados com a segurança pública. Ao possibilitar que voluntários tivessem função de policiamento preventivo e repressivo, além de terem o direito de usar os uniformes, insígnias e emblemas utilizados pela corporação, com a designação “SV”, recebendo subsídio, a lei objetivava criar policiais temporários, disfarçados sob a classificação de voluntários, para a execução de atividades militares, em detrimento da exigência constitucional de concurso público. O Colegiado sublinhou, ademais, que as Forças Armadas seriam instituições nacionais, regulares e permanentes (CF, art. 142), não admitida a existência de forças temporárias. Seus membros seriam chamados de “militares”, termo também empregado constitucionalmente para designar policiais militares e bombeiros militares (CF, art. 42). Entretanto, não se poderia confundir os membros das Forças Armadas com os militares estaduais. A Constituição vedaria que os Estados-Membros possuíssem Exército, Marinha e Aeronáutica. Todavia, admitiria que eles constituíssem polícias militarizadas para segurança interna e manutenção da ordem no território (CF, art. 144, § 5º). Assim, os militares estaduais seriam destinados à função de segurança pública, integrariam a estrutura do Poder Executivo estadual e não seguiriam o mesmo regime constitucional alusivo às Forças Armadas. Essa diferença também diria respeito à forma de ingresso na carreira. Enquanto a admissão

nas Forças Armadas dar-se-ia tanto pela via compulsória do recrutamento oficial quanto pela via voluntária de ingresso nos cursos de formação, os servidores militares estaduais seriam submetidos, sempre voluntariamente, a concurso público. Com o advento da EC 18/1998, houvera a distinção entre servidores públicos civis e militares e, em relação a estes, distinguiram-se os dos Estados e do Distrito Federal e os das Forças Armadas. Daí o art. 42 da CF determinar a aplicação, aos militares estaduais, do art. 142, §§ 2º e 3º, e remeter à lei estadual a disciplina das matérias do art. 142, § 3º, X, da CF. Portanto, o constituinte não optara por excluir a obrigatoriedade do concurso público para ingresso na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar. O seu objetivo original, ao estabelecer o postulado do concurso público, seria traduzido na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional da igualdade. Seria vedada, desse modo, a prática inaceitável de concessão de privilégios arbitrários. O Colegiado assinalou que o concurso público seria uma forma de a Administração assegurar os princípios maiores da isonomia e da impessoalidade na concorrência dos candidatos aos cargos públicos. Todos os Poderes estariam jungidos à observância do preceito, inclusive o Executivo estadual ao contratar policiais militares. Além disso, o constituinte previra expressamente exceções quanto à obrigatoriedade de concurso público. Assim, estabelecera genericamente a possibilidade de nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (CF, art. 37, II) e previra a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX). Haveria outras exceções, como, por exemplo os cargos eletivos. Em todas as hipóteses, a base constitucional seria taxativa, e entre elas não estariam os policiais militares. Ademais, sequer a lei impugnada configuraria o permissivo do art. 37, IX, da CF. Não estariam presentes os requisitos e limites para esse tipo de contratação. A necessidade temporária de excepcional interesse público não dependeria de mera escolha discriminatória da Administração. Ela exigiria o atendimento de um fim próximo e a demonstração da impossibilidade de consecução desse fim com os recursos humanos de que disporia a Administração. Na situação dos autos, a lei em debate permitira a contratação de 2.400 policiais temporários, embora houvesse cerca de 1.400 concursados aprovados em cadastro reserva aguardando convocação. Além disso, no caso dos contratados em caráter temporário, tratara-se de contratação para atividade previsível, permanente e ordinária. Assim, seria inconstitucional a lei que, a pretexto de satisfazer o art. 37, IX, da CF, não estabelecesse prazo determinado ou não especificasse a contingência fática que evidenciasse a situação emergencial. O Tribunal reputou que, no tocante à inconstitucionalidade formal, o diploma em questão violaria o art. 24 da CF, ao usurpar a competência da União para legislar sobre o tema. Aos Estado-Membros a Constituição permitiria o estabelecimento de regras ou disposições que permitissem a aplicação das diretrizes gerais e principiológicas impostas pela União. Nas hipóteses constitucionalmente

previstas de competência legislativa concorrente entre União e Estados-membros, situação em que caberia à União estabelecer normas gerais e a estas normas suplementares, a única situação permissiva de exame de constitucionalidade em sede de fiscalização normativa abstrata seria aquela a configurar inconstitucionalidade direta, imediata e frontal. É o que ocorreria na espécie. A norma federal a cuidar do tema – Lei 10.029/2000 – fora editada para trazer os parâmetros de organização de serviço voluntário nas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. Assim, a lei estadual deveria ser expungida no que divergisse ou inovasse em relação à lei federal. Esta, além de restringir o exercício do serviço militar voluntário a atividades administrativas e auxiliares, proibiria porte de arma de fogo e exercício de poder de polícia pelos voluntários, estabeleceria auxílio mensal de caráter indenizatório não superior a dois salários mínimos e impossibilitaria a caracterização de vínculo empregatício e de natureza previdenciária pela prestação dos serviços voluntários. O contraste com a norma estadual seria, portanto, radical e insanável. Por fim, o Colegiado não modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, uma vez não atingido o número de votos necessário para tanto. ADI 5163/GO, rel. Min. Luiz Fux, 8.4.2015. (ADI-5163)

Como a polícia é um órgão permanente, intimamente ligado a execução das atribuições dos estados, não é possível a criação de corpos temporários de policiais militares.

**Concurso público e limite de idade** O limite de idade, quando regularmente fixado em lei e no edital de determinado concurso público, há de ser comprovado no momento da inscrição no certame. Com base nessa orientação e, em face da peculiaridade do caso, a Primeira Turma negou provimento a agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Na espécie, candidato preenchia o requisito etário previsto no edital quando da inscrição para o certame. Ocorre que houvera atrasos no andamento do concurso, fazendo com que o candidato não mais preenchesse esse requisito. A Turma destacou a jurisprudência da Corte no sentido de que a regra quanto ao limite de idade, por ocasião da inscrição, se justificaria ante a impossibilidade de se antever a data em que seria realizada a fase final do concurso, caso fosse fixada como parâmetro para aferição do requisito etário. Os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber entenderam que a idade limite seria aquela da data da posse no cargo, porém, em razão do destaque dado pelo tribunal local quanto à demora e à desídia da Administração Pública para prosseguir no certame, acompanharam o relator. ARE 840.592/CE, Min. Roberto Barroso, 23.6.2015. (ARE-840.592)

Este julgamento fixa que o momento de limitar a idade do candidato é no momento da inscrição, pois não se tem como aferir qual será a data da posse ou da nomeação.

**AG. REG. NO ARE N. 859.441-PI RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI EMENTA:** Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Teste de aptidão física. Direito à segunda chamada. Inexistência, salvo previsão editalícia em sentido contrário. Validade das provas de segunda chamada realizadas até 15/5/13 assegurada (RE nº 630.733/DF). Precedentes. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 630.733/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu pela inexistência de direito de realização de segunda chamada de teste físico para os candidatos impossibilitados de realiza-lo ao tempo da convocação, salvo expressa previsão nesse sentido no instrumento convocatório do concurso público. 2. Na mesma ocasião, a Corte decidiu, por razões de segurança jurídica, pela manutenção da validade das provas realizadas em decorrência de determinações judiciais realizadas até o dia 15/5/13, data da sessão de julgamento do citado acórdão. 3. Agravo regimental não provido.

O edital pode prever a possibilidade de segunda chamada, porém, se não prever, não haverá o direito a segunda chamada.

**Lei municipal e violação à livre concorrência (Enunciado 49 da Súmula Vinculante)**

“Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

**Princípio do concurso público e provimento derivado** O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei amazonense 2.917/2004; bem assim das expressões “e de Comissário de Polícia”, do inciso V, art. 5º; do parágrafo único do art. 10; da expressão e “Comissário de Polícia”, constante do Anexo III; e da parte do Anexo IV que determina a transposição dos servidores do antigo cargo de Comissário de Polícia para o novo cargo de Comissário de Polícia de Classe Única (PC.COM-U), contidos na Lei amazonense 2.875/2004. No caso, os dois diplomas impugnados, ao promoverem a reestruturação do quadro de pessoas da polícia civil estadual, teriam engendrado uma espécie de ascensão funcional de servidores investidos no cargo de comissário de polícia, içando-os à carreira de delegado de polícia sem concurso público. Primeiramente, o Tribunal analisou as características do cargo de comissário de polícia, segundo a legislação estadual. Demonstrou que o cargo, inicialmente, requeria formação de nível médio, até sua extinção. Após seu ressurgimento, a investidura passara a ter os mesmos requisitos de qualificação exigidos para o cargo de delegado de polícia. Porém, o cargo distinguia-se do de delegado pelo fato de ter natureza isolada e por ter remuneração menor. Além disso, as atribuições do comissário não seriam definidas em lei. Com o advento da ora questionada Lei estadual 2.875/2004, fora instituído um novo formato para o cargo de comissário, em que a remuneração fora equiparada à dos delegados de polícia de 5ª classe. Além disso, fora instituído um grupo

ocupacional denominado de “autoridade policial”, composto por titulares dos cargos de delegado de polícia civil e de comissário de polícia civil, dos quais constituiriam competência privativa a presidência de inquérito policial, a lavratura de autos de prisão em flagrante e de termos circunstanciados de ocorrência. Posteriormente, a adversada Lei estadual 2.917/2004 determinara a transformação de 124 cargos de comissário de polícia existentes em cargos de delegado de polícia de 5ª classe. Em suma, o cargo de comissário, criado com natureza de cargo isolado, fora transformado no cargo inicial da carreira de delegado de polícia. O Colegiado reputou que o art. 37, II, da CF preconizaria o concurso público como requisito inafastável de acesso aos cargos públicos, e que esse entendimento seria exaustivamente reiterado pela jurisprudência do STF. Haveria situações excepcionais em que a Corte admitiria a transfiguração de cargos públicos e o consequente aproveitamento dos seus antigos titulares na nova classificação funcional. De acordo com esses precedentes, a passagem de servidores de uma carreira em extinção para outra recém-criada poderia ser feita como forma de racionalização administrativa, desde que houvesse substancial correspondência entre as 26 características dos dois cargos, sobretudo a respeito das atribuições incluídas nas esferas de competência de cada qual. Além disso, esses casos revelariam um processo de sincretismo funcional, cujo ponto final seria uma previsível fusão. Na hipótese em debate, porém, a reinserção do cargo de comissário no quadro funcional do Estado-Membro se dera de modo heterodoxo. O cargo teria competências indefinidas, com requisitos idênticos aos de delegado de polícia. Não haveria, além disso, clara distinção de ordem hierárquica entre os dois cargos. Embora a realidade de fato revelasse desvio de aproveitamento funcional dos comissários, haveria diferença de grau de responsabilidade entre cada um dos postos. Ademais, não haveria perspectiva de promoção quanto ao cargo de comissário, ao contrário do cargo de delegado. As distinções, portanto, não seriam meramente formais. Não haveria, de igual modo, um gradual processo de sincretismo entre os cargos. Portanto, houvera burla ao postulado do concurso público, mediante o favorecimento de agentes públicos alçados por via legislativa a cargo de maior responsabilidade do que aquele para o qual aprovados em concurso. Assim, tanto a transformação do cargo de comissário no de delegado quanto a equiparação das atribuições dos dois cargos — a quebrar a hierarquia antes existente e violar o art. 144, § 4º, da CF —, promovidas pelas leis em debate, seriam inconstitucionais. ADI 3415/AM, rel. Min. Teori Zavascki, 24.9.2015. (ADI-3415)

Legislação de determinado estado firmou possibilidade de ascensão de comissários de polícias ao cargo de delegado, sendo considerado inconstitucional pelo Supremo por ferir o princípio do concurso público.

**Concurso público: procurador da república e atividade jurídica** A referência a “três anos de atividade jurídica”, contida no art. 129 da CF, não se limita à atividade

privativa de bacharel em direito. Esse o entendimento da Primeira Turma, que concedeu a ordem em mandado de segurança impetrado por candidato ao cargo de procurador da república que pleiteava o reconhecimento da atividade exercida enquanto técnico judiciário e assistente I e IV na Justiça federal, ambas, segundo alegado, com a atuação em atividades finalísticas do Poder Judiciário, compatíveis com o cargo almejado. MS 27601/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 22.9.2015. (MS-27601)

Supremo entendeu que o exercício de determinados cargos que sejam afetos a atividade jurídica, mesmo que não privativos de bacharel, podem contar como experiência de atividade jurídica.

**Concurso público: direito subjetivo à nomeação e surgimento de vagas** 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. **Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e c) 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.** Essa a tese que, por maioria, o Plenário fixou para efeito de repercussão geral. Na espécie, discutia-se a existência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público, no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. Em 14.10.2014, a Corte julgou o mérito do recurso, mas deliberara pela posterior fixação da tese de repercussão geral – v. Informativo 803. O Ministro Luiz Fux (relator) destacou que o enunciado fora resultado de consenso entre os Ministros do Tribunal, cujo texto fora submetido anteriormente à análise. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que se manifestava contra o enunciado, porque conflitava com as premissas lançadas pela corrente vitoriosa no julgamento do recurso extraordinário. Aduzia que a preterição se caracterizava quando, na vigência do concurso, convocava-se novo 27 certame, a revelar a necessidade de se arregimentar mão de obra. RE 837311/PI, rel. Min. Luiz Fux, 9.12.2015. (RE-837311)

**Concurso público: direito subjetivo à nomeação e surgimento de vagas - 1** O Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a existência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público, no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. A Corte afirmou que, a partir de 1988, com a promulgação da Constituição da República, o concurso público de provas e títulos teria se consolidado como um primoroso instrumento democrático para a seleção republicana e impessoal para cargos e empregos públicos. Assim, teria sido estabelecido, constitucionalmente, o melhor mecanismo para a Administração assegurar, dentre outros, os princípios da isonomia e da impessoalidade na concorrência entre aqueles que almejassem servir ao Estado. Sua ideia decorreria da necessidade de se garantir que assumisse determinado cargo aquele indivíduo que, competindo em iguais condições com todos os candidatos (CF, art. 5º, “caput”), estivesse, em tese, melhor preparado. Vedar-se-ia, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Outrossim, a Administração, ao iniciar um processo seletivo, manifestaria uma evidente intenção e necessidade de preencher determinados cargos públicos, submetendo-se às determinações dos editais que publicasse, o que tornaria relevante o prévio planejamento na sua confecção, a fim de que houvesse uma perfeita adequação entre o quantitativo de pessoal necessário e o número de vagas a serem providas nos termos do instrumento convocatório. **Por outro lado, o chamado “cadastro de excedentes” revelarse-ia medida apropriada para possibilitar o aproveitamento célere e eficiente daqueles já aprovados, sem a necessidade de abertura de novo concurso, na medida em que o administrador público não poderia estimar, durante a validade do concurso, de forma precisa, quantos cargos ficariam vagos, e quantos seriam necessários para determinada repartição.** Na linha da jurisprudência do STF, em relação aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital, a Administração poderia, dentro do prazo de validade do processo seletivo, escolher o momento em que se realizaria a nomeação, mas não poderia dispor sobre a própria nomeação. Essa última passaria a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao Poder Público. Apesar disso, não se poderia dizer o mesmo daqueles aprovados fora do número de vagas previstas em edital, ou seja, dentro do cadastro de reserva. Esses candidatos possuiriam mera expectativa de direito à nomeação, situação que, apenas excepcionalmente, se convolaria em direito subjetivo. O plenário destacou que incumbiria à Administração, no âmbito de seu espaço de discricionariedade, avaliar, de forma racional e eficiente, a conveniência e oportunidade de novas convocações durante a validade do certame. Assim, o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não geraria, automaticamente, um direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, nem mesmo que novo concurso fosse

aberto durante a validade do primeiro. O provimento dos cargos dependeria de análise discricionária da Administração Pública, moldada pelo crivo de conveniência e oportunidade. A despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, poderiam surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justificassem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. A referida discricionariedade, porém, seria aquela consentânea com o Direito Administrativo 28 contemporâneo, ou seja, não seria livre e irrestrita, mas vinculada a certas premissas. Ou seja, deveria basear-se no dever de boa-fé da Administração Pública, além de pautar-se por um incondicional respeito aos direitos fundamentais e aos princípios da eficiência, da impessoalidade, da moralidade e da proteção da confiança, todos inerentes ao Estado de Direito. Em suma, se seria verdade que a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, além do número de vagas do edital, estaria sujeita à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro seria que essa discricionariedade deveria ser exercida legitimamente. Desse modo, nenhum candidato, estivesse ele dentro ou fora do número de vagas do edital, poderia ficar refém de condutas que, deliberadamente, deixassem escoar, desnecessariamente e, por vezes, de modo reprovável, o prazo de validade do concurso para que fossem nomeados, apenas, os aprovados em novo concurso. **Se a Administração decidisse preencher imediatamente determinadas vagas por meio do necessário concurso, e existissem candidatos aprovados em cadastro de reserva de concurso válido, o princípio da boa-fé vincularia a discricionariedade da Administração e lhe imporá o necessário preenchimento das vagas pelos aprovados no certame ainda em validade.** Desse modo, quem fosse aprovado em concurso além das vagas previstas no edital não ostentaria um direito subjetivo de ser nomeado, mesmo que aberto novo edital durante a validade do certame (CF, art. 37, IV). Possuiria, ao revés, mera expectativa de direito que seria convalidada em direito adquirido à nomeação, apenas, na excepcional circunstância de ficar demonstrado, de forma inequívoca, a necessidade de novas nomeações durante a validade do concurso. Uma coisa seria a vacância do cargo, outra a vacância acompanhada do manifesto comportamento da Administração destinado a prover os cargos durante a validade do concurso, e isso, contudo, não ficaria caracterizado pela mera publicação de novo edital de concurso. **O Plenário ressaltou que a aprovação em concurso público só originaria direito subjetivo à nomeação: a) quando ela ocorresse dentro do número de vagas previstas no edital; b) quando houvesse preterição na nomeação por inobservância da ordem de classificação no concurso; e c) quando surgissem novas vagas durante a validade do concurso e, excepcionalmente, a Administração Pública, mesmo após reconhecer, de forma inequívoca e demonstrada casuisticamente, a necessidade do provimento das vagas durante a validade do concurso, deixasse o referido prazo escoar para**

nomear candidatos de concurso superveniente, o que teria ocorrido na espécie. O Ministro Edson Fachin, ao também negar provimento ao recurso, considerou, no entanto, que a necessidade de observância da eficiência administrativa e do adequado manejo dos recursos públicos, ensejaria o dever de a administração convocar todos os candidatos aprovados em concursos públicos, até o preenchimento de todas as vagas, ressalvados motivos financeiros e razões de eficiência administrativa. A Ministra Rosa Weber apontou a necessidade de se observar o princípio da discricionariedade vinculada ao Direito, na medida em que, no caso em comento, quando aberto novo edital de concurso, já seriam conhecidos os classificados no certame anterior. Vencidos os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso por entenderem inexistente o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas previstas em edital, salvo em caso de preterição. Em seguida, o julgamento foi suspenso para posterior fixação de tese de repercussão geral. RE 837311/PI, rel. Min. Luiz Fux, 14.10.2015. (RE-837311)