

Provimento de cargos efetivos sem concurso público: reflexões sobre declaração de nulidade, prazo e segurança jurídica

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. Modo de provimento dos cargos e empregos públicos. 3. O concurso público no direito brasileiro. 4. Não atendimento à exigência de concurso público: consequências. 5. A fraude praticada pelo candidato no concurso público e o decurso do tempo. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

A funcionalidade atribuída ao Estado e o modo como os indivíduos podem concorrer para a realização dos seus objetivos sempre foram vistos como temáticas de indiscutível relevância no evolver da humanidade. Acresça-se que a interpenetração que mantêm entre si, longe de ser acidental, é simplesmente indispensável. Afinal, como o Estado não possui atributos físicos e mentais que caracterizem uma individualidade biológica, suas funções devem ser desempenhadas, direta ou indiretamente, por pessoas naturais.

A maneira de recrutamento das pessoas naturais que irão desempenhar as funções estatais apresenta feições bem diversificadas, que se distinguem entre si conforme o referencial que se pretende prestigiar, a exemplo da igualdade de acesso, do mérito e da confiança depositada no pretendente pelos demais integrantes do grupamento.

Nossas breves reflexões serão direcionadas à compreensão de algumas vicissitudes decorrentes da exigência de prévia aprovação em concurso público como requisito indispensável ao provimento da maior parte dos cargos efetivos. Além da compreensão da paulatina construção da hegemonia desse requisito, a análise a ser realizada tem o objetivo principal de avaliar os efeitos do provimento de um cargo efetivo sem a prévia aprovação em concurso público, embora a ordem jurídica o exija.

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Integrante da Comissão de Juristas instituída no âmbito da Câmara dos Deputados para alterar a Lei nº 8.429/1992. Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Na teoria geral do direito, a inobservância de requisito indispensável à prática do ato tem como consequência a sua invalidade, que pode assumir distintas feições, conforme a intensidade do vício e os efeitos que dele advirão, incluindo a possibilidade de convalidação. Um aspecto particularmente relevante diz respeito à influência do tempo, cujo decurso é indissociável da concepção mais ampla de segurança jurídica. A partir dessa constatação, questiona-se: a inobservância de um requisito constitucional poderia ser sanada pelo mero decurso do tempo? A resposta é influenciada pelo comportamento do agente nomeado ou assume contornos lineares?

Nas linhas que seguem, a resposta a esses questionamentos será apresentada à luz da funcionalidade da sistemática constitucional e do modo como tem alcançado a realidade.

2. Modo de provimento dos cargos e empregos públicos

Considera-se provimento o ato formal do Poder Público por meio do qual se nomeia pessoa natural, que preencha os requisitos legais, para ocupar cargo, emprego ou função. Da nomeação decorre o direito à posse¹, aperfeiçoando a investidura.

O modo de provimento dos cargos públicos em sentido lato tem apresentado intensas variações de ordem espacial e temporal. Historicamente, têm sido utilizados quatro critérios, de modo isolado ou em combinação, que são: o sorteio, a eleição, o concurso e a nomeação direta. Especificamente em relação à manifestação de vontade, observa Otto Mayer² que, em suas origens, o vínculo era visto como um contrato ordinário no sentido do direito civil, do qual se emancipou o direito do trabalho. Com a separação entre o direito civil e o direito público, a ideia de um regime de polícia, segundo o qual o Estado deve ter ao seu dispor todos os meios para alcançar os fins a que se destina, indicaria um ato unilateral de autoridade e, caso o nomeado consentisse, não haveria senão o reconhecimento de um dever preexistente, perspectiva esta que se mostra incompatível com o Estado Constitucional, prosélito da liberdade e do consentimento, o que não afasta a existência de certos deveres de agir, como o de defesa da pátria³.

Muito popular na Grécia antiga⁴, o sorteio busca prestigiar ao máximo a igualdade entre os cidadãos em seus direitos e deveres. Especificamente sob a ótica dos deveres, em diversos períodos da história, exercer uma função pública era visto como um *munus* cívico, sequer dando azo ao recebimento de remuneração. O alicerce filosófico dessa prática tangenciava a necessidade de evitar que certos indivíduos se destacassem em demasia, o que era considerado o germe da tirania. Também deve

¹ Súmula nº 16 do STF. No direito italiano, o antigo ato de nomeação foi substituído pelo contrato individual de trabalho, cuja subscrição enseja a assunção do cargo. Cf. BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 7ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 237.

² *Le Droit Administratif Allemand*. Tome 4eme. Paris: V. Giard & E. Brière, 1906. p. 44.

³ Constituição italiana de 1947, art. 52: "*la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino*".

⁴ Cf. Aristóteles. *Constituição dos Atenienses*. Trad. de LEÃO, Delfim Ferreira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 96, 98, 101, 103, 104, 108, 109 e 117.

ser lembrado o viés religioso, pois o sorteio seria uma forma de privilegiar a vontade divina, não a vontade dos homens⁵.

Apesar dos fundamentos invocados para justificá-lo, as críticas ao sorteio eram uma constante. Afinal, a plena submissão à igualdade e ao acaso termina por nivelar ineptos e competentes, desidiosos e laboriosos. Não é por outra razão que mesmo as Cidades-Estado que o empregaram, como Atenas, não escolhiam mediante sorteio os responsáveis pelas áreas mais relevantes da *pólis*, como finanças e guerra.

O segundo critério a ser considerado é a eleição, cujo principal objetivo é prestigiar a igualdade. Ressalvadas as exceções verificadas no curso da história (v.g.: sob as leis de Dracon, somente poderiam participar da eleição dos arcontes, que formavam a magistratura mais elevada, os que tivessem capacidade de se equipar com “hoplitas”, a infantaria pesada da época⁶), a tendência é a de permitir que a maior parte dos cidadãos se candidate a um cargo público. A possível existência de requisitos a serem atendidos pelos candidatos, desde que comedida e conectada a um fim de interesse público, não é algo negativo. A eleição, ao assegurar o acesso aos cargos públicos e a possibilidade de escolha, privilegia os interesses do detentor último do poder, o povo.

Um aspecto negativo, sempre lembrado, é o de que a eleição confere preeminência à popularidade do candidato, mas pouco diz em relação ao seu mérito, daí o porquê de esse critério ser aplicado àqueles que tomam as decisões fundamentais de um Estado, não a todas as funções indistintamente. Falamos, aqui, das eleições democráticas, não daquelas desenvolvidas no seio de pequenas aristocracias, como são os órgãos colegiados (v.g.: Tribunais e Casas Legislativas ao elegerem os seus presidentes). Apesar da crítica, o livre-arbítrio de um povo não pode ser desconsiderado, daí a percepção de James Russel Lowel, no sentido de que “a democracia dá a cada povo o direito de ser o seu próprio opressor”.

O terceiro critério, o do concurso, privilegia a igualdade ao permitir que qualquer indivíduo que preencha os requisitos previstos no edital venha a se inscrever no certame e também homenageia o mérito, já que os aprovados terão demonstrado uma aptidão superior aos reprovados, ao menos no que diz respeito à matéria na qual foram avaliados. Além disso, denota a impessoalidade no agir por parte da Administração Pública, que direciona a sua atuação à realização do interesse público, não à satisfação de interesses menores. É o critério geral de recrutamento dos agentes públicos em diversos sistemas⁷.

Por fim, a nomeação direta, ao menos no plano conceitual, é o mais frágil dos critérios utilizados. Passa ao largo da igualdade, já que somente os preferidos pelo responsável pela escolha serão beneficiados, e do mérito, que é tão somente

⁵ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 573 e 646.

⁶ Cf. Aristóteles. *Constituição...* p. 25.

⁷ No direito francês, o concurso foi alçado ao patamar de regra geral a partir da Lei de 18 de outubro de 1946 (arts. 27 e 28). Cf. CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tome 2. 15ª ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 164. O autor realça que muitos situam a origem do concurso na China do século XIV, quando era utilizado para o recrutamento de mandarins.

presumido, pois o escolhido não é instado a comprovar suas aptidões. Além disso, sequer privilegia o ideal democrático, pois a escolha não é realizada diretamente pelo povo. Confia-se, única e exclusivamente, no juízo valorativo do responsável pela nomeação, o qual, não raras vezes, sequer possui legitimidade democrática (v.g.: o Presidente de um Tribunal).

A Constituição brasileira de 1988 contemplava, originariamente, a eleição, o concurso e a nomeação direta. Ainda merece menção a figura do *aproveitamento*, que se distingue da nomeação direta na medida em que os potenciais ocupantes do cargo público foram previamente indicados pela Constituição: é o caso dos ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315/1967. Esses agentes, de acordo com o art. 53, I, do ADCT, seriam aproveitados “no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade”. Com o advento da Emenda Constitucional nº 51/2006, que introduziu um §4º no art. 198 da Constituição, foi admitida a contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de *processo seletivo público, minus* em relação ao concurso público e *plus* em relação à contratação direta. Enquanto no concurso público, por imperativo constitucional, a avaliação deve necessariamente conter *provas*, no processo seletivo público. Apesar de serem igualmente prestigiados os princípios da impessoalidade e da moralidade, não há qualquer determinação constitucional em relação a esse formato, o que permite, por exemplo, que a avaliação seja realizada a partir de entrevista e análise curricular. Ainda deve ser ressaltado que, a depender do formato que seja atribuído ao processo seletivo público, ele terminará por se identificar com o concurso público. Aliás, foi justamente o que ocorreu em relação aos agentes comunitários de saúde e aos agentes de combate às endemias, tendo a Lei nº 11.350/2006, em seu art. 9º, disposto que a contratação seria antecedida de “processo seletivo público de provas ou de provas e títulos”.

No plano infraconstitucional, merece referência o sistema de escolha dos jurados, juízes leigos que integram o Tribunal do Júri (CR/1988, art. 5º, XXXVIII), tradicionalmente baseado no sorteio (CPP, art. 457).

Os cargos públicos, de um modo geral, podem ser de (1) provimento efetivo ou de (2) provimento temporário.

O acesso aos cargos de provimento efetivo pode ocorrer por (1.1) nomeação direta, o que se verifica em relação aos Ministros dos Tribunais Superiores (CR/1988, arts. 101, parágrafo único; 104, parágrafo único; 111-A; 119, II; e 123) e aos juízes dos Tribunais Regionais Federais e do Trabalho (CR/1988, arts. 107, *caput*; e 115, *caput*), podendo ser observados certos balizamentos, como ocorre em relação às listas formadas pelas classes dos advogados e dos membros do Ministério Público, não devendo ser olvidado o Tribunal de Contas da União (CR/1988, art. 73); (1.2) aproveitamento, para os ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial (ADCT, art. 53, I); (1.3) processo seletivo público, em relação aos agentes comunitários de saúde e aos agentes de combate às endemias (CR/1988, art. 198, § 4º); e (1.4) concurso público, que consubstancia a regra geral (CR/1988, art. 37, II).

O acesso aos cargos de provimento temporário pode ocorrer por (2.1) eleição, em relação aos detentores de mandato eletivo, como é o caso do Chefe do Poder Executivo (CR/1988, arts. 28, *caput*; 29, I; 32, §2º; e 82) e dos membros do Poder Legislativo (CR/1988, arts. 27, §1º; 29, I; 32, §2º; 44, parágrafo único; e 46, §1º); e (2.2) nomeação direta, o que ocorre em relação aos ocupantes de cargos em comissão (CR/1988, art. 37, V) ou aos cargos isolados de estatura constitucional, como os de membro do Conselho Nacional de Justiça (CR/1988, art. 103-B), do Conselho Nacional do Ministério Público (CR/1988, art. 130-A) e dos tribunais eleitorais (CR/1988, art. 121, §2º), ainda que devam ser observadas indicações emanadas de órgãos específicos.

Os cargos de provimento efetivo, a que se tem acesso mediante prévia aprovação em concurso público, são organizados em carreira, o que permite a progressão funcional do agente, ou isolados, inexistindo classes superiores a serem alcançadas. Nesse caso, é possível a aquisição de estabilidade (ou vitaliciedade, a depender do cargo). Em relação aos cargos de provimento temporário, em alguns deles, como é o caso dos cargos em comissão, o ocupante é demissível *ad libitum* do responsável pela nomeação.

Por fim, observa-se que os empregos públicos são característicos da Administração Pública indireta, apresentando regime jurídico em muito semelhante àquele adotado na iniciativa privada. Ressalvadas as exceções constitucionais, tanto os cargos de provimento efetivo como os empregos públicos somente podem ser ocupados por aqueles que tenham sido previamente aprovados “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” (CR/1988, art. 37, II). Não nos parece adequado interpretar o art. 173, §1º, II, da Constituição de 1988 de modo a permitir que a lei dispense, da regra do concurso público, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Afinal, ainda que a lei possa estabelecer um “regime jurídico próprio quanto às obrigações trabalhistas”, isso não significa dizer que o antecedente lógico ao surgimento dessas obrigações, consubstanciado na prévia aprovação no concurso público e posterior posse do agente, possa ser dispensado. O acesso ao cargo antecede o surgimento da obrigação. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Administração Pública indireta está sujeita à regra do concurso público, somente sendo alcançada pelas exceções constitucionais⁸. Por outro lado, reconheceu a validade de vínculo trabalhista com sociedade de economia mista, sem prévia aprovação em concurso público, sob a égide da Carta de 1969⁹. Ressaltou, ainda, que deverá ser preservada a contratação, por empresa pública, mediante processo seletivo e sem concurso público, por ser matéria controversa à época, pois o princípio da segurança jurídica exigia a preservação dos seus efeitos, já que decorridos dez anos da concessão de liminar em mandado de segurança¹⁰.

⁸ STF, Pleno, MS nº 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, j. em 03/12/1992, DJ de 23/04/1993.

⁹ STF, 1ª Turma, AI-AgR nº 262.063/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/02/2005, DJ de 11/03/2005.

¹⁰ STF, Pleno, MS nº 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 27/05/2004, DJ de 05/11/2004.

Ainda merece referência a contratação por prazo determinado, que prescinde da prévia realização de concurso público, sendo normalmente antecedida por processo seletivo público (CR/1988, art. 37, IX). Nesse caso, não há propriamente o provimento de um cargo, mas, sim, a só designação para o exercício de uma função administrativa.

Também é possível falar em provimento originário, quando vincula o servidor ao cargo, emprego ou função, como se verifica com a nomeação e a contratação, ou derivado, que pressupõe o vínculo anterior do servidor com a Administração (v.g.: promoção na carreira e nomeação para função de confiança, somente ao alcance dos ocupantes de cargos de provimento efetivo – CR/1988, art. 37, V). Não subsistem, em razão da exigência constitucional do concurso público, as formas de provimento derivado que permitiam o acesso originário a cargo público não integrante da mesma carreira (v.g.: readmissão, transposição, ascensão e reversão, salvo a *ex officio*).

3. O concurso público no direito brasileiro

A realização de processo seletivo para o ingresso nos quadros da Administração Pública, de modo a prestigiar os referenciais de moralidade e impessoalidade, é prática que, conquanto antiga no direito brasileiro, sofreu contínuos aperfeiçoamentos. As modificações verificadas no decorrer da história estão centradas em dois planos. O primeiro diz respeito à ampliação do processo seletivo, de modo a garantir a igualdade entre todos e a admissão dos mais qualificados. O segundo, por sua vez, está relacionado à restrição dos cargos que não dependem da prévia realização de processo seletivo para o seu preenchimento. No âmbito constitucional, a determinação de que fosse realizado um “concurso de provas” foi inicialmente prevista no art. 169, *caput*, da Constituição de 1934. Em face da ausência de qualquer exigência de que esse concurso fosse “público”, sedimentou-se a prática, no âmbito da Administração Pública brasileira, de serem realizados “concursos internos”, coexistindo, ou não, com os “concursos públicos”, sendo de acesso restrito àqueles já integrados aos quadros públicos, estáveis ou não. Essa sistemática foi preservada nas duas Constituições posteriores (*vide* as de 1937, art. 156, *b e c*; e de 1946, art. 186), sendo modificada pela Constituição de 1967 (art. 95, §1º), que exigia, para a *nomeação para cargo público*, “a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”. A moralização, no entanto, teve vida curta, já que a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 97, §1º) passou a exigir a prévia aprovação em concurso público, apenas, para “a primeira investidura em cargo público”. Essa norma revigorou os *concursos internos*, tendo afastado, apenas, a participação dos servidores não aprovados previamente em um concurso público, como os ocupantes de cargos em comissão.

Por fim, a Constituição de 1988 restabeleceu, em seu art. 37, II, a exigência de prévia aprovação em concurso público, de provas ou de provas e títulos, para a investidura em qualquer cargo ou emprego público, o que tornou injurídicas as figuras da transposição entre cargos e da ascensão funcional. Não, obviamente, sem que alguns obstáculos tivessem que ser superados. A ascensão funcional como forma de acesso aos cargos públicos foi praticada de 1987 a 1992, período no qual o

entendimento a respeito do tema não era pacífico. Apenas em 17 de fevereiro de 1993, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia dos arts. 8º, III; 10, parágrafo único; 13, §4º; 17 e 33, IV, da Lei nº 8.112/1990, que veiculou o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, dispositivos declarados inconstitucionais em 27 de agosto de 1998¹¹.

Tratando-se de práticas já arraigadas no pensamento coletivo, era natural que houvesse grande resistência à sua extinção. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, mesmo com o passar dos anos, foi instado a se pronunciar, em diversas ocasiões, sobre a tentativa de reintrodução desses institutos espúrios nos diversos quadrantes da Federação. Em todas elas, não tergiversou com a patente inconstitucionalidade. Assim ocorreu em relação (a) ao art. 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2000, que determinou a incorporação, sem concurso público, em situações específicas, de policiais civis à carreira de Delegado de Polícia¹²; e (b) ao §1º do então art. 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual a carreira de Delegado de Polícia fazia parte da carreira única da polícia civil e determinava que a metade das vagas deveria ser reservada ao acesso por ascensão funcional¹³. Afinal, no entender do Tribunal:

[o] ingresso em cargo isolado ou cargo inicial de certa carreira deve dar-se obrigatoriamente por concurso público à vista do que dispõe o artigo 37, II, da Constituição Federal, com a ressalva dos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. O Supremo já proclamou, em mais de um juízo plenário, a inconstitucionalidade da ascensão funcional enquanto forma de ingresso em carreira diversa daquela que o servidor público começou por concurso.¹⁴

A investidura em cargo de provimento efetivo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (CRFB/1988, art. 37, II). A lei deve reservar percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definir os critérios de admissão (CRFB/1988, art. 37, VIII). A Lei nº 8.112/1990, por exemplo, reservou 20% das vagas para os cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência da pessoa (art. 5º, §2º), além de ser previsto horário especial por necessidade médica (art. 98, §2º).

¹¹ STF, Pleno, ADI-MC nº 837/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11/02/1993, DJ de 23/04/1993; Pleno, ADI nº 837/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 27/08/1998, DJ de 25/06/1999.e STF, 2ª Turma, RE nº 442.683/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 13/12/2005, DJ de 24/03/2006. No mesmo sentido: STF, Pleno, MS nº 22.148/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 19/12/1998, DJ de 08/03/1996.

¹² STF, Pleno, ADI nº 2.939/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 19/02/2004, DJ de 26/03/2004.

¹³ STF, Pleno, ADI nº 245/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 05/08/1992, DJ de 13/11/1992.

¹⁴ STF, Pleno, ADI nº 362/AL, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 21/11/1996, DJ de 04/04/1997.

A investidura em cargo em comissão, destinado às funções de direção, chefia e assessoramento, em que prevalece a fidedignidade entre a autoridade responsável pela nomeação e o nomeado, e para a qual não se exige aprovação em concurso público, deve ter percentual reservado aos servidores de carreira, vale dizer, aos ocupantes de cargos de provimento efetivo, nos casos, condições e percentuais previstos em lei (CRFB/1988, art. 37, V). As funções de confiança, por sua vez, que devem ter a mesma destinação, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, passaram a ser exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo. Universalizou-se o acesso ao processo seletivo e restringiu-se a criação de cargos que podem dispensá-lo.

4. Não atendimento à exigência do concurso público: consequências

Sensível à importância do concurso público na instrumentalização dos princípios da impessoalidade e da eficiência administrativa, a Constituição de 1988 exigiu, como regra geral, a prévia aprovação em processo seletivo dessa natureza como requisito necessário à investidura em cargo ou emprego público. Os seus contornos essenciais são estabelecidos em lei e detalhados no respectivo edital, não se exigindo o preenchimento desse requisito na nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Uma vez homologado o resultado do concurso público pela autoridade competente, principia o seu prazo de validade, que pode ser fixado em até dois anos, observando-se que prazos exíguos, de um ou dois meses, embora compatíveis com a literalidade da Constituição, dificilmente se ajustarão aos referenciais de razoabilidade e economicidade, considerando os custos envolvidos na realização de certames dessa natureza. O prazo de validade inicialmente fixado no edital ainda pode ser prorrogado uma única vez por igual período: prazo inicial de um ano, por exemplo, somente pode ser ampliado para dois anos; e o de dois, para quatro. É o que dispõem os incisos II e III do art. 37.

Os comandos dos incisos II e III do art. 37 estão umbilicalmente imbricados. O requisito do concurso público deve ser cumprido sempre de modo válido. Apesar de o inciso III somente fazer menção à validade sob o prisma temporal, é evidente que tal há de ser igualmente aferido sob as óticas formal e material, considerando-se, sempre, a possibilidade de convalidação de possíveis vícios detectados no curso do certame, desde que sua presença não tenha comprometido os fins almejados com a sua realização. Reconhecida a invalidade do concurso público, tal desfigura a essência do processo seletivo realizado e indica a inobservância do requisito constitucional.

Os estudos desenvolvidos no âmbito da teoria da norma evidenciam a necessidade de o comando hipotético ou categórico estatuído pelo Estado ser acompanhado de uma consequência jurídica desfavorável para quem o descumpra. Essa é a *ratio essendi* do art. 37, §2º, da Constituição de 1988, segundo o qual a inobservância do disposto nos incisos II e III do art. 37 acarretará duas consequências distintas, uma direcionada ao ato de nomeação, outra, ao responsável pela referida inobservância.

O ato de nomeação, nos termos do §2º do art. 37, será considerado nulo, o que pressupõe a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa em relação ao respectivo beneficiário, que não pode ser exonerado *ad libitum* da autoridade nomeante, sem que lhe seja oferecida a possibilidade de defender a validade do ato.

A referência constitucional à nulidade do ato de nomeação aponta para a impossibilidade de ser convalidado, o que significa dizer que a ausência de regular aprovação em concurso público válido é insuscetível de convalidação, inclusive pelo decurso do tempo. Essa situação, é importante frisar, é substancialmente distinta da possibilidade de convalidação de eventuais vícios detectados no decorrer do concurso público, o que permitirá o reconhecimento de sua higidez jurídica.

A nulidade decorre de imposição constitucional, não carecendo de cominação pela legislação infraconstitucional. A referência aos *termos da lei*, constante do §2º do art. 37, é direcionada à necessidade de a lei estabelecer a tipologia e cominar as respectivas sanções para os autores do ato de nomeação não antecedido de prévia aprovação em concurso público válido. É o que dispõe, por exemplo, o art. 11, V, da Lei nº 8.429/1992, que considera ato de improbidade administrativa, violador dos princípios regentes da atividade estatal, a conduta de “frustrar a licitude de concurso público”.

A estatuição e a consequência para a sua inobservância decorrem da sistemática constitucional, não podendo ser aceitos subterfúgios cujo fim último seja contorná-los. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que (a) o cargo em comissão de oficial de justiça viola a exigência de prévia aprovação em concurso público¹⁵; (b) o cargo de provimento efetivo de controlador do TCE está sujeito à exigência incontornável do concurso público¹⁶; (c) é inconstitucional disposição de Constituição Estadual que integra ao serviço público professores pertencentes a instituições particulares de ensino¹⁷; (d) é inconstitucional a integração de servidor público cedido¹⁸; (e) afronta a regra do concurso público a extensão, aos detentores de mandato eletivo que tiveram os direitos políticos suspensos por atos institucionais, dos benefícios que a Constituição da República assegura aos ex-combatentes¹⁹; (f) a reinclusão de militar licenciado do serviço ativo viola a exigência de concurso público²⁰; (g) a nomeação para cargo diverso afronta a regra do concurso público²¹; (h) o cargo de Delegado de Polícia não pode ser provido em comissão²²; (i) a exigência do concurso público (art. 37, II), mesmo após a Emenda Constitucional nº 19/1998, não pode ser afastada pela lei²³; (j) a estabilidade dos servidores admitidos, sem concurso público, em período anterior à promulgação da Constituição, foi assegurada pelo art. 19 do ADCT, já a

¹⁵ STF, Pleno, ADI nº 1.141/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 29/08/2002, DJ de 29/08/2003.

¹⁶ STF, Pleno, ADI-MC nº 2.208/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 13/12/2001, DJ de 08/03/2002.

¹⁷ STF, Pleno, ADI nº 249/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 18/04/1996, DJ de 17/12/1999.

¹⁸ STF, Pleno, ADI-MC nº 1.251/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 30/06/1995, DJ de 22/09/1995.

¹⁹ STF, Pleno, ADI nº 229/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 03/04/2003, DJ de 13/06/2003.

²⁰ STF, Pleno, ADI-MC nº 2.620/AL, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 22/05/2002, DJ de 13/06/2003.

²¹ STF, 1ª Turma, RE nº 224.283/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11/09/2001, DJ de 11/10/2001.

²² STF, Pleno, ADI-MC nº 1.854/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 25/05/1994, DJ de 23/10/1998.

²³ STF, Pleno, ADI nº 1.854/PI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 14/06/2000, DJ de 04/05/2001.

efetividade pressupõe a aprovação em concurso público²⁴; (k) a exceção à regra do art. 37, II, contemplada no art. 19 do ADCT, não pode ser ampliada pela Constituição Estadual²⁵; (l) o concurso público *a posteriori* (acesso ou aproveitamento condicionado à posterior aprovação) é incompatível com o sistema constitucional²⁶; (m) o cargo de Defensor Público deve ser provido por concurso público, sendo inadmissível qualquer exceção à regra constitucional (v.g.: com a transposição dos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e Analista de Justiça)²⁷; e (n) a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência não afasta a exigência do concurso público²⁸.

5. A fraude praticada pelo candidato no concurso público e o decurso do tempo

É factível a possibilidade de o não cumprimento do requisito a que se refere o inciso II do art. 37 ser aferido em relação a cada candidato. Em outras palavras, o concurso público, não obstante válido, preenchendo os requisitos formais, materiais e temporais exigidos, pode não ter sido regularmente superado por algum candidato em particular, que se utilizou de meios ilícitos para a aprovação.

Na hipótese analisada, o concurso foi efetivamente realizado e superado, mas foram detectados vícios que comprometeram a sua higidez em relação a algum candidato em particular. A questão que se põe é saber se o reconhecimento desses vícios está sujeito a limitador temporal ou se a nulidade a que se refere o art. 37, §2º, para a nomeação desacompanhada da prévia aprovação em concurso público, se estende à hipótese em tela. De modo mais objetivo: concurso fraudado equivale à ausência de concurso? A nosso ver, a resposta deve ser positiva.

A fraude evidencia a adoção de manobras escusas, por parte dos envolvidos, para a superação do processo seletivo. Em seus elementos estruturais, indica-se a presença de um elemento subjetivo prosélito da ilicitude, o que é substancialmente distinto da identificação de vícios, imputáveis à própria Administração Pública ou a terceiros, que comprometam a funcionalidade do certame. A participação, ou não, do servidor, no surgimento do vício, terá influência direta nos efeitos que daí advirão em sua esfera jurídica.

A nulidade da nomeação e, conseqüentemente, da investidura, enquanto consequência indissociável da ausência de prévia aprovação em concurso público, é fruto do ilícito, do qual não se exime o nomeado. Afinal, a ninguém socorre a escusa de desconhecer a exigência constitucional (LINDB, art. 3º). Por outro lado, a nulidade decorrente da frustração do propósito do concurso público há de ser compreendida conforme a intensidade do vício. Vícios que retirem, em sua integralidade, as funcionalidades do certame, a exemplo do vazamento público, em grandes proporções, do teor das provas a serem aplicadas, equivalem à ausência do próprio certame. Concurso,

²⁴ STF, 2ª Turma, RE nº 181.883/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 25/11/1997, DJ de 01/03/1996.

²⁵ STF, Pleno, ADI nº 498/AM, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18/04/1996, DJ de 09/08/1996.

²⁶ STF, Pleno, ADI-MC nº 1.203/PI, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16/02/1995, DJ de 19/02/1995.

²⁷ STF, Pleno, ADI nº 3.819/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. em 24/10/2007, DJ de 28/03/2008.

²⁸ STF, Pleno, MI-AgR nº 153/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, j. em 14/03/1990, DJ de 30/03/1990.

em verdade, não houve. Por outro lado, não sendo esse o caso, existindo dúvidas sobre o alcance do vício, que não chegou ao extremo de macular a integralidade do certame, não se deve permitir que a Administração Pública possa declarar, *ad eternum*, a sua presença, o que denota a existência de um ato anulável, não propriamente nulo.

A ordem jurídica somente se mostra apta a cumprir os seus objetivos caso se projete na realidade com equilíbrio e sensatez. A nulidade de contornos puramente *desconstitutivo*s, decorrente da ausência do ato em si ou da presença de vício que equivalha à sua ausência, a exemplo do vazamento em grandes proporções, pode ser declarada a qualquer tempo, de modo a preservar a deferência que foi atribuída ao ato pela ordem constitucional²⁹. Fora dessa hipótese, ao caráter *desconstitutivo* da nulidade deve ser agregado um implícito objetivo de natureza *punitiva*. Será imperativo demonstrar que, além da presença de um vício qualquer, o nomeado efetivamente tenha se utilizado de expedientes fraudulentos para obter êxito no certame. O vício, nesse caso, é imputado ao obrar do próprio nomeado, não se exaurindo em um comportamento unilateral da Administração. Ao reconhecermos a existência de uma nulidade *desconstitutiva* e de outra *desconstitutivo-punitiva*, compreendemos com facilidade o porquê de certas situações ilícitas serem saneadas pelo decurso do tempo, enquanto outras se mantêm perenemente gangrenadas pelo vício.

A Lei nº 9.784/1999, que regulou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, tratou da anulação, da revogação e da convalidação em seus artigos 53 a 55. A anulação, nos termos do art. 53, decorre de vício de legalidade, enquanto a revogação deve estar embasada em razões de conveniência e oportunidade, distinção há muito consagrada na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. A Administração, de acordo com o art. 54, decai em cinco anos do direito de anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os destinatários, *salvo comprovada má-fé*.³⁰ Como se percebe, a incidência, ou não, do limitador temporal de cinco anos está associada à comprovação, ou não, da má-fé. A possibilidade de convalidação pelo decurso do tempo indica estarmos perante um ato anulável; quando essa convalidação não se mostra possível, a hipótese é de nulidade.

Devemos distinguir, portanto, a *nulidade desconstitutiva* da *nulidade desconstitutivo-punitiva*: na primeira, não é perquirido o elemento subjetivo do agir dos beneficiários do ato, não sendo incomum que até mesmo desconheçam a existência dos vícios verificados no concurso público, atribuídos exclusivamente à Administração ou a terceiros, o mesmo entendimento devendo ser aplicado caso o concurso sequer tenha sido realizado³¹; na segunda, é imprescindível que tal

²⁹ O STF já decidiu que a anulação de concurso público em momento anterior à posse exige a observância do contraditório e da ampla defesa: 2ª Turma, RE nº 351.489/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07/02/2006, DJ de 17/03/2006.

³⁰ Vide Súmula nº 633 do STJ: "A Lei nº 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria".

³¹ Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal decidiu que "o exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999 por se tratar de ato manifestamente inconstitucional" (Pleno, MS nº 28.273 Agr/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 13/12/2012, DJ de 21/02/2013).

demonstração seja realizada, indicativo de que a nulidade consubstancia um efeito desfavorável da conduta do agente.

A “comprovada má-fé” a que se refere a Lei do Processo Administrativo Federal ainda deve ser objeto de considerações complementares.

Embora esteja associada ao elemento subjetivo do agir, a má-fé não é absorvida pelo dolo: enquanto este último reflete a voluntariedade da ação, associada a um fim naturalístico qualquer, a má-fé é indicativa de que esta ação foi direcionada a um fim flagrantemente dissonante da ordem jurídica, almejando contornar ou afrontar os objetivos amparados pelo padrão normativo. Dolo e má-fé podem integrar-se na composição do agir ilícito. A distinção entre essas figuras torna-se bem nítida ao observarmos ser plenamente possível um atuar doloso e de boa-fé, a exemplo do Prefeito Municipal que conscientemente descumpra os requisitos formais da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) para realizar, de modo mais célere, um objetivo de interesse coletivo. O mesmo Prefeito atuaria de má-fé caso a inobservância da Lei nº 8.666/1993 tivesse por objetivo beneficiar um amigo ou familiar³².

A exigência de que a má-fé seja comprovada evidencia a necessidade de ser demonstrada, no curso do processo administrativo, com elementos probatórios idôneos. Hartmut Maurer³³, ao discorrer sobre a nulidade (*Nichtigkeit*) dos atos administrativos (*Verwaltungsakten*) na sistemática do §44, I, da Lei do Procedimento Administrativo alemão (*VwVfG*), afirma que o vício não convalidável é aquele particularmente grave e que todos são capazes de identificar. Nessa perspectiva, observa que a lei encampou a denominada “teoria da evidência” (*Evidenztheorie*), enunciado linguístico que não é digno de encômios em razão da exigência da gravidade do vício. Com isso, o princípio da segurança jurídica (*Prinzip der Rechtssicherheit*), que justificaria, após o decurso do prazo legal, a preservação da eficácia do ato administrativo viciado, deve ceder ao princípio da justiça material (*Prinzip der materiellen Gerechtigkeit*).

Caso desejemos transpor a lição de Maurer para a realidade brasileira, observaremos que a teoria da evidência é encampada com a exigência de comprovada má-fé, sendo a segurança jurídica preterida pelo princípio de justiça segundo o qual ninguém deve beneficiar-se com sua própria torpeza. Este, aliás, foi um dos fundamentos jurisprudenciais invocados por Dworkin³⁴ para estruturar a sua célebre teoria dos princípios e combater a hegemonia do positivismo de Hart, lastreado na regra de reconhecimento.

³² Para maior desenvolvimento do tema, vide: GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 1ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 176 e ss.

³³ *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009. p. 264-265.

³⁴ No Caso *Riggs vs. Palmer* (115 N.Y. 506, 1889), foi comprovado que o herdeiro testamentário tinha envenenado o seu avô com o objetivo de evitar qualquer alteração no testamento, tendo o Supremo Tribunal de Nova Iorque conferido primazia ao princípio de que ninguém pode beneficiar-se com a sua própria torpeza e afastado a aplicação das regras regentes da sucessão testamentária, que asseguravam a transmissão da herança e não continham nenhuma exceção explícita que pudesse ser invocada nesse caso. Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 11ª imp. Massachusetts: Harvard University Press, 2000. p. 15-20; e GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional*. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-94.

No direito inglês, observa Paul Craig³⁵ que, apesar dos limites temporais para a impugnação dos atos administrativos, é possível que a invalidade (*void*) do ato possa ser identificada *ab initio*, assumindo contornos absolutos e impedindo a convalidação pelo decurso do tempo. É o que ocorreria, em nossa sistemática, com a prática de um ato administrativo não antecedido de outro exigido pela ordem constitucional. Tratar-se-ia de uma *completa nulidade* (*complete nullity*).

No direito espanhol, García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández³⁶ ressaltam que a nulidade absoluta não pode ser sanada por confirmação, podendo ser apreciada *ex officio*, a qualquer tempo. A exemplo de Craig, também ressaltam a preeminência da declaração do vício *ab initio* sobre o fluir do tempo ao recorrerem ao brocardo latino *quod ab initio vitiosum est tractu tempore convallescere non potest*. Afinal, está fora do comércio entre os homens e da esfera da autonomia da vontade. Sua transcendência acarreta a nulidade dos atos posteriores, derivados do ato nulo, "*sin otra limitación que la relativa a los terceros de buena fe que hayan podido confiar en la validez del acto.*" Este, aliás, é o mesmo norte seguido pelo art. 54 da Lei nº 9.784/199, que somente penaliza, sem limitadores temporais, o agente que agiu de má-fé, o qual contribuiu para o enfraquecimento da força normativa da Constituição ao não preencher de modo válido o requisito da prévia aprovação em concurso público.

O mesmo entendimento é adotado, no direito português, por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos³⁷. Após registrarem a *assinável liberdade* do legislador na definição do vício de ilegalidade que pode acarretar a nulidade do ato administrativo, observam a sua insuscetibilidade à produção de efeitos válidos, com abstração do tempo decorrido, o que decorre de sua *improdutividade jurídica* *ab initio*.

Deve ser declarada a nulidade do ato de investidura, caso identificada a ausência do seu pressuposto constitucional de validade, a prévia aprovação em concurso público, independentemente do prazo decorrido, considerando o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999, em sendo comprovada a má-fé do beneficiário³⁸. Essa declaração de nulidade é substancialmente distinta da demissão. Afinal, decorre da ausência ou de vício do pressuposto constitucional do ato de investidura, antecedendo o surgimento da relação funcional. A demissão, por sua vez, decorre da prática de infração disciplinar após o surgimento da relação funcional, estando sujeita aos prazos prescricionais previstos no regime jurídico da categoria.

Epílogo

A reconstrução democrática exigiu a alteração de diversos paradigmas há muito sedimentados em nossa realidade. Esse processo, não se pode negar, é lento e está associado, acima de tudo, à sedimentação, no ambiente social, da correção

³⁵ *Administrative Law*. 5ª ed. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2003. p. 692-693.

³⁶ *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 618. vol. I.

³⁷ *Direito Administrativo Geral*, Tomo III – Actividade Administrativa. Lisboa: Dom Quixote, 2007. p. 46-47.

³⁸ Nesse sentido: STJ, RMS nº 46.861/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 24/08/2018; e RMS nº 5.054/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 28/11/2016.

das alterações propostas. Apesar das tentativas de tergiversar a exigência de prévia aprovação em concurso público para a investidura nos cargos de provimento efetivo, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a necessidade de impedir o avanço de iniciativas dessa natureza.

O sistema brasileiro estabelece um nítido escalonamento entre os referenciais de inexistência, nulidade e anulabilidade em se tratando de concursos públicos. A inexistência do certame ou a existência meramente simbólica, caracterizada quando o ato não se ajusta, por completo, às exigências normativas, causa mácula indelével na investidura realizada, insuscetível de ser saneada pela ação do tempo. A nulidade da investidura, também insuscetível de ser saneada, estará presente quando o certame for hígido, mas a sua funcionalidade for comprometida em relação a certos beneficiários, que agiram de má-fé, a exemplo do que se verifica com os candidatos que lograram fraudar o concurso. Por fim, a anulabilidade, alcançada pelo prazo decadencial previsto na legislação de regência, pressupõe que os vícios do concurso não sejam suficientes para descaracterizá-lo por completo e que o beneficiário não tenha agido de má-fé, o que exige a sua não participação na fraude praticada.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Constituição dos Atenienses*. Trad. de LEÃO, Delfim Ferreira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 7ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tome 2. 15ª ed. Paris: Montchrestien, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRAIG, Paul. *Administrative Law*. 5ª ed. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 11ª imp. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

GARCIA, Emerson; e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Interpretação Constitucional*. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; e FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004. vol. I.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009.

MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Tome 4^{eme}. Paris: V. Giard & E. Brière, 1906.

SOUZA, Marcelo Rebelo de; e MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III – Actividade Administrativa. Lisboa: Dom Quixote, 2007.