www.conteudojuridico.com.br

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

PRISCILLA CORREIA SIMÕES

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO AO PROVIMENTO PRECÁRIO DE CARGOS PÚBLICOS

CAMPINA GRANDE
2014

www.conteudojuridico.com.br

PRISCILLA CORREIA SIMÕES

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO AO PROVIMENTO PRECÁRIO DE CARGOS PÚBLICOS

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. Msc. Gustavo de Paiva Gadelha

CAMPINA GRANDE
2014

www.conteudojuridico.com.br

R E S U M O

Diante das oportunidades oferecidas pelo serviço público, crescente é o número de pessoas que prestam certame público para acesso aos quadros funcionais da Administração Pública. Nesse contexto e diante da falibilidade dos atos concretos que norteiam o concurso público, muitos candidatos procuram o judiciário para contestar suposto vício em certame prestado. Assim, por diversas vezes, após apreciadas suas pretensões, são efetivados nas pretendidas vagas por força de decisão judicial precária, resultando nos chamados provimentos precários de cargos públicos. Tais candidatos, portanto, devido à precariedade da decisão antes proferida, ficam sujeitos a reveses judiciais, podendo ver, posteriormente, revogada/cassada a decisão judicial antes proferida em seu favor. Desta feita, diante da iminente possibilidade de exoneração, servidores precariamente empossados justificam a necessidade de sua permanência no cargo com base na aplicação da teoria do fato consumado, pugnando pela convalidação dos fatos perpetrados ao longo do tempo. Tal teoria, por sua vez, em matéria de concurso público, vem sendo, atualmente, rechaçada pelos tribunais superiores, cuja jurisprudência dominante atual caminha no sentido da necessária ruptura do vínculo precário anteriormente estabelecido, ainda que o decurso do tempo tenha estabilizado a situação fática subjacente.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública. Concurso Público. Servidor Público. Cargos Públicos. Provimentos precários. Teoria do Fato Consumado.

www.conteudojuridico.com.br

A B S T R A C T

Faced with the opportunities offered by public service, growing is the number of people who provide public event for access to functional frameworks of public administration. In this context and given the fallibility of concrete acts that guide the public competition, many candidates seek the judiciary to contest alleged addiction to competition provided. Thus, several times after enjoyed its claims, are enforced in the intended slots by virtue of a precarious court decision, resulting in so-called appointments precarious of public office. Such candidates, therefore, due the precariousness of the decision before judgment, shall be subject to judicial setbacks and can view later the judicial decision, repealed/revoked, which was before issued in their favor. In this case, faced with the imminent possibility of exoneration, servers precariously inducted justify their need on staying in office based on application of the theory of the fait accompli, clamoring for international validation of the facts carried out over time. Such theory, in turn, in the field of public procurement has been currently rejected by higher courts, whose current dominant jurisprudence walks towards the necessary rupture of precarious link previously established, although the passage of time has stabilized the underlying factual situation.

KEYWORDS: Public Administration. Public Competition. Public Server. Public Office. Appointments precarious. Theory of fait accompli.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 06

1 DO PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS NO BRASIL 08

1.1 Agentes públicos e o Regime Jurídico Administrativo respectivo 08

1.2 Acesso aos cargos públicos no Brasil 17

1.3 Provimento precário de cargos públicos e a colisão entre interesses público e privado 23

1.4 Do princípio da segurança jurídica 26

2 TEORIA DO FATO CONSUMADO 30

2.1 A força jurídica do fenômeno fato/tempo e sua aplicabilidade à esfera pública 30

2.2 A orientação jurisprudencial dominante sobre o tema 36

CONSIDERAÇÕES FINAIS 47

REFERÊNCIAS 49

INTRODUÇÃO

A ampliação das necessidades humanas tem representado, nos últimos tempos, o redimensionamento da estrutura do Estado brasileiro. Bem ou mal, o Poder público vê-se cada vez mais compelido a ampliar seu quadro de servidores para melhor atender as demandas postas pela sociedade.

Para tanto, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 37, inciso II, de forma inafastável, o concurso público como meio de ingresso ao serviço público, garantindo a igualdade de acesso aos cargos e empregos públicos. Tal exigência torna acessível o cargo público a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, inciso I, CF).

Ao lado disso, diante da dificuldade de inserção no mercado de trabalho, a sociedade tem encontrado no concurso público um importante instrumento de subsistência pessoal, proporcionado pela estabilização profissional ocasionada pela fixa remuneração e concessão de garantias para o exercício do múnus público, o que tem atraído progressivamente um maior número de pessoas que impõem, para si, como objetivo de vida, a aprovação em concurso público, seja qual for a carreira a ser escolhida.

A multiplicidade de interesses se torna ainda mais complexa em caso de controle judicial de irregularidades no certame público. Vale dizer, tratando-se de encadeamento de atos administrativos, sujeito a erros, o concurso público se submete, em caso de provocação, à revisão judicial, a fim de imprimir o afastamento de vícios de legalidade eventualmente existentes.

Nesse contexto, muitos candidatos reprovados em uma ou mais provas ou etapas do certame público acabam prosseguindo na seleção por força de decisão judicial precária, por vezes, chegando a serem efetivados nas pretendidas vagas, mesmo diante da provisoriedade da decisão judicial, resultando, assim, nos chamados provimentos precários de cargos públicos.

Essa situação precária pode se perpetrar ao longo do tempo, grandeza indomável que flui independentemente dos interesses envolvidos, instaurando nova

discussão subjacente à questão jurídica inicialmente posta: o transcurso do tempo tem aptidão suficiente para convalidar situações de precariedade?

Surge, assim, a controversa discussão acerca da aplicabilidade da teoria do fato consumado ao provimento precário de cargos públicos, sendo, portanto, propósito da presente pesquisa debruçar-se sobre a situação jurídica de candidatos que obtêm provimento judicial provisório para provimento precário em cargo público e que, posteriormente, com o decurso de considerável lapso temporal, veem cassada ou revogada a decisão judicial antes proferida em seu favor.

É sobre esse intrigante tema do direito público, notadamente sobre o conflito de interesses e princípios envolvidos no provimento precário do cargo público, que a pesquisa propõe-se as lançar as luzes para o sério aprofundamento da reflexão sobre a teoria do fato consumado, pautando-se, primordialmente, no entendimento jurisprudencial dominante sobre o tema em foco.

1 DO PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS NO BRASIL

1.1 Agentes públicos e o Regime Jurídico Administrativo respectivo

O Estado, pessoa jurídica de direito público, para concretizar seus ditames e vontades, abstratamente estipulados, necessita da atuação de pessoas físicas. Segundo ensina Renato Alessi, citado por Uadi Lammêgo Bulos:

> [...] o Estado não é um ser personificado, a ponto de praticar ações por si mesmo, tomando decisões próprias. Como organismo lógico que é, precisa de seres físicos para vivificar o seu querer e o seu agir. (ALESSI, 1960, p.80 apud BULOS, 2009, p. 888)

Assim, para a expressa manifestação da Administração Pública, tem-se por necessário, além de recursos humanos próprios, a existência de particulares que, atuando sob a responsabilidade do Estado, o representem quando da prática de suas condutas funcionais, exprimindo a vontade do Poder Público.

Dessa imperiosa necessidade de concretização da vontade estatal, portanto, resultou o surgimento dos agentes públicos, podendo ser definidos como todas as pessoas físicas que, exercendo funções públicas, são incumbidas de prestar serviços ao Poder Público.[1]

Tal definição, por sua vez, demonstra a abrangência do sentido atribuído à expressão “agente público”, englobando todos aqueles que desempenhem funções estatais.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviços

[1] São de Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 889) as palavras: “Toda vez que desejarmos saber se alguém é um agente público basta ver se existe lastro entre a pessoa física e Administração Pública, independentemente de integrar ou não o aparelho estatal”.

> públicos, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos. (MELLO, 2007, p. 236)

Lucia Valle Figueiredo, por sua vez, ensina que:

> A expressão “agentes públicos” é abrangente e abriga funcionários, servidores, contratados por tempo determinado para serviço de excepcional interesse público e, ainda, os que obtiveram estabilidade por meio da Constituição de 1988, das Disposições Gerais e Transitórias. Também inclui os particulares em colaboração com a Administração Pública. (FIGUEIREDO, 1998, p. 506)

A expressão agente público é, portanto, utilizada em sentido amplo e genérico, agregando vários segmentos do serviço público, sendo necessário, para um melhor estudo, agrupar tais agentes em diferentes categorias.[2]

Desta feita, apesar das divergências doutrinárias ainda existentes quanto à divisão dos agentes públicos, será adotada na presente pesquisa a classificação apresentada pelo eminente doutrinador Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 889), segundo o qual os agentes públicos podem ser classificados em três grandes grupos, quais sejam: agentes políticos, particulares em regime de colaboração com o Poder Público e servidores públicos, estes últimos diferenciados conforme o regime jurídico administrativo que os regula.

Passa-se, então, a discorrer acerca das características peculiares a cada uma destas categorias, iniciando-se pelos agentes políticos.

Os agentes políticos, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

> [...] são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 560)

São eles: os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e

---

[2] Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 564), o agrupamento dos agentes públicos em diferentes categorias, “trata-se, na verdade, de classificação de natureza didática, relevante para a formação de um sistema lógico de identificação.”

Municipais), bem como os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores) e do Poder Judiciário (Ministros, Desembargadores e Juízes). Tais agentes são, assim, componentes dos mais altos escalões do Poder Público, integrando a estrutura fundamental do poder em todas as esferas de governo.

Tendo sua competência haurida da própria Constituição, esta categoria não se submete às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral, tendo em vista que, conforme Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 889), “exercem, tão-só, uma função política, titularizando o múnus público, que é o atributo de cidadãos aptos a reger os desígnios e os negócios do Estado”.

Ademais, caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição, dando-se suas investiduras através de eleição, nomeação, designação ou delegação. No caso de investidura por eleição, lhes é conferido um mandato eletivo, caracterizado pela transitoriedade do exercício das funções, uma das principais bases do regime democrático.

Veja-se, ainda, o que ensina o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

> O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um múnus público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da civitas e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade. (MELLO, 2007, p. 239)

Destarte, como se percebe, o vínculo que os agentes políticos mantêm com o Estado é de natureza política, diferenciando-os das demais categorias de agentes públicos, as quais serão explicitadas no decorrer da presente pesquisa.

Diversa categoria, por sua vez, é a dos particulares em regime de colaboração com o Poder Público.

Na precisa lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> [...] tais agentes, embora sejam particulares, executam certas funções especiais que podem se qualificar como públicas, sempre como resultado do vínculo jurídico que os prende ao Estado. Alguns deles exercem verdadeiro munus público, ou seja, sujeitam-se a certos encargos em favor

> da coletividade a que pertencem, caracterizando-se, nesse caso, como transitórias as sua funções. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 561)

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 437) os conceitua como sendo "pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração".

A colaboração de tais particulares com o Poder Público pode dar-se sob diversos títulos, sendo tal categoria dividida em grupos menores, quais sejam: os concessionários ou permissionários de serviços públicos e os delegados de função ou ofício público, como os notários (art. 236, CF), os particulares requisitados (jurados, mesários, membros dos Conselhos Tutelares) e os voluntários (gestores de negócios públicos em caso de situações extraordinárias, anormais ou prementes).

Cumpre assinalar, que apesar das características peculiares a cada um desses grupos, todos estes agentes estão sobre um denominador comum: são, ainda que não ocupantes de cargo público, agentes colaboradores do Poder Público, que percebendo ou não remuneração, não se submetem ao regime próprio do funcionalismo, exercendo função pública sujeita a regime especial e singular.[3]

Feito tal panorama, cabe, agora, adentrar na análise acerca dos servidores públicos, a fim de que possam ser analisadas, com mais afinco, as peculiaridades pertinentes aos servidores públicos estatutários, categoria foco do presente estudo.

Segundo ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

> [...] servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência. (MELLO, 2007, p. 240)

---

[3] No que se refere especificamente aos titulares de registro e ofícios de notas (art. 236, CF), sujeitam-se estes a regime jurídico híbrido, visto que, apesar de a função caracterizar-se como de natureza privada, sua investidura depende de aprovação em concurso público e sua atuação se submete a controle do Poder Judiciário, conforme os ditames da Lei nº. 8.935/1994.

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, os define como sendo:

> [...] todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 564)

Desta feita, a categoria dos servidores públicos é a que contém maior quantidade de integrantes, formando a grande massa de agentes do Estado, desempenhando as mais diversas funções que movimentam a máquina estatal.

A doutrina brasileira elenca três características principais dos servidores públicos, quais sejam: profissionalidade, definitividade e existência de uma relação jurídica de trabalho.

A profissionalidade do servidor público diz respeito à necessidade de preparo técnico que todo servidor deve possuir para o desempenho de cargo, emprego ou função pública, característica tão importante, que é imposto aos entes federativos a criação de escolas de governo para a formação e aprimoramento profissional dos servidores (art. 39, §2º, CF).

A próxima característica, qual seja, a definitividade, se refere à permanência do servidor público no desempenho da função, visto que a regra geral é a de que este desenvolva suas funções com cunho de permanência. Entretanto, em situações excepcionais alguns servidores exercem funções de caráter temporário, sendo estes, por sua vez, apenas uma exceção à regra geral.[4]

Ademais, os servidores públicos se caracterizam por ligarem-se ao Estado por uma efetiva relação jurídica de trabalho. Nessa relação, verifica-se a presença de dois sujeitos: de um lado tem-se o "empregador" (pessoas federativas, autarquias e fundações autárquicas), pessoa beneficiária do exercício das funções, e, do outro, o servidor público, o qual é compensado pecuniariamente pelo desempenho de suas atribuições.

Entretanto, apesar de os servidores públicos estarem ligados por essas características em comum, estes se subdividem em classes, quais sejam: servidores contratados por tempo determinado, empregados sob regime trabalhista e

[4] Vide art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

servidores públicos estatutários. Cada uma destas classes é regrada por um regime jurídico administrativo específico, bem como por peculiaridades dignas de serem analisadas a seguir.

A primeira classe a ser discorrida é a dos servidores contratados por tempo determinado. Veja-se.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso IX, prevê forma peculiar de admissão de agentes públicos. Trata-se da contratação de servidores por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Os respectivos casos de contratação excepcional e transitória dependem de regulamentação por lei, não podendo tal diploma, por sua vez, estabelecer que o regime a ser aplicado seja o celetista, conforme jurisprudência do STF.[5]

Desta feita, os direitos e deveres dos contratados temporariamente encontram-se determinados em estatuto funcional disciplinador, regulamentado por lei, a qual deve estabelecer todos os aspectos da vinculação do servidor perante o Poder Público. No âmbito federal, por exemplo, a lei que rege o tema é a Lei n.° 8.745/1993.

> A União Federal, fundada no artigo 37, IX, da CF, promulgou lei reguladora desse regime. Trata-se da Lei nº 8.745, de 9/12/1993, na qual foram estabelecidos diversos casos considerados de necessidade temporária de excepcional interesse público, os prazos de contratação e a incidência de algumas regras do regime estatutário. Destacam-se, entre as citadas atividades, as de contratação em ocasião de calamidade pública, surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professor estrangeiro e algumas funções específicas das Forças Armadas. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 577)

Destarte, pode-se afirmar que a contratação temporária e excepcional de servidores é regulamentada por regime jurídico especial, que em muito difere dos demais, os quais serão explanados. Tal contratação, assim, é vinculada à existência de regulamentação própria em lei, a qual, por sua vez, deve restar de acordo com as

[5] A propósito, vale a pena destacar o entendimento da Ministra Cármem Lúcia, a qual no julgamento da Rcl. 5.381-4/AM, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, Plenário, DJe 7/4/08, expressamente afirmou que "não há como, no sistema jurídico-administrativo brasileiro constitucionalmente posto, comportar essas contratações pelo regime da CLT".

condições estabelecidas na nossa Carta Magna (necessidade temporária de excepcional interesse público), não podendo a Administração valer-se desse instituto ao seu bel prazer, mas somente nas referidas situações legitimadoras.

Passa-se agora à análise da próxima classe de servidores públicos: os empregados regidos sob o regime trabalhista (empregados públicos).

Segundo ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

> [...] a expressão empregado público designa os agentes públicos que, sob regime contratual trabalhista (celetista), mantêm vínculo funcional permanente com a administração pública. São os ocupantes de empregos públicos, sujeitos, predominantemente, a regime jurídico de direito privado. (ALEXANDRINO & PAULO, 2011, p.125)

Neste mesmo diapasão encontra-se a definição explanada por Hely Lopes Meirelles (2005, p. 399), o qual consigna que os empregados públicos são todos os titulares de emprego público da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT, razão pela qual são chamados também de “celetistas”.

O regime jurídico que os disciplinam (regime trabalhista) é o mesmo que regula as relações de emprego na seara privada, com a exceção de que no emprego público uma das partes dessa relação é o Poder Público. Por conseguinte, as regras do regime trabalhista comum são aplicadas à relação entre a Administração e o respectivo empregado público.[6]

Cabe destacar, por sua vez, que apesar das regras comuns existentes entre os empregos públicos e os empregos estabelecidos no campo privado, aqueles possuem uma considerável peculiaridade: a necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos para o exercício de emprego público, conforme exegese do art. 37, inciso II, da CF, *in verbis:*

> 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:
> [...]

[6] Cabe-se destacar que, sendo “empregador” o Estado, no emprego público incidem, também, normas de Direito Público. Entretanto, a aplicação de tais normas não pode desfigurar o regime básico da CLT, que é o que deve ser observado nas relações trabalhistas.

> **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; (grifos acrescidos)**

Entretanto, muito embora o referido artigo preconize que o empregado público só ingresse mediante aprovação prévia em concurso público, estes jamais ocuparão cargos públicos, mas só somente empregos públicos, já que para tanto deve o servidor ser obrigatoriamente regido pelo regime estatutário, o que não acontece para a presente classe de servidores, como visto.

> Os empregados públicos se correspondem a uma espécie de agentes administrativos cujo vínculo funcional possui natureza celetista. Dessa forma, embora se submetam a algumas regras constitucionais peculiares (ingresso por concurso público, limites remuneratórios etc.), o vínculo jurídico que os coliga à Administração Pública é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. (MAFFINI, 2009, p. 262).

Assim, apesar da aparente semelhança entre empregados públicos e servidores estatutários, visto que ambos necessitam da aprovação em concurso público para a respectiva investidura, estas duas classes em muito diferem.

Destarte, a fim de melhor explicitar a diferença entre as duas referidas classes e adentrar na categoria foco do presente trabalho, passa-se, agora, à análise da próxima classe de servidores públicos: os servidores públicos estatutários. Mister se faz, portanto, discorrer sobre o regime jurídico que os disciplinam.

Os servidores públicos estatutários, também conhecidos como servidores públicos em sentido estrito e servidores públicos civis, são, na definição de Hely Lopes Meirelles:

> [...] os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar e integrantes da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas com personalidade de Direito Público. (MEIRELLES, 2005, p. 410)

No mesmo norte, sedimenta Leandro Cadenas Prado:

> Os servidores estatutários – antigos funcionários públicos, assim chamados pela CF/67, em uma nomenclatura hoje em desuso – são os titulares de cargos públicos e estão sujeitos ao regime legal, ou estatutário, pois é a lei de cada ente da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) que estabelece as regras de relacionamento entre os servidores e a administração pública. (PRADO, 2008, p. 2)

Como se extrai das referidas definições, a relação jurídica que interliga o Poder Público e os servidores públicos civis é de natureza estatutária, institucional. O laço jurídico criado entre o Estado e tais agentes decorre da lei e, de forma complementar, dos regulamentos emitidos pelo ente público a que ele vai se vincular. Estes regulamentos, por sua vez, são chamados de estatutos.[7]

Segundo ensina José dos Santos Carvalho Filho:

> Regime estatutário é o conjunto de regras que regulam a relação funcional entre o servidor estatutário e o Estado. Esse conjunto normativo (...) se encontra no estatuto funcional da pessoa federativa. As regras estatutárias básicas devem estar contidas em lei; há outras regras, todavia, mais de caráter organizacional, que devem estar previstas em atos administrativos [...] A lei estatutária, como não poderia deixar de ser, deve obedecer aos mandamentos constitucionais sobre servidores. Pode, inclusive, afirmar-se que, para o regime estatutário, há um regime constitucional superior, um regime legal contendo a disciplina básica sobre a matéria e um regime administrativo de caráter organizacional. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 568)

Assim, conforme se extrai dos dizeres do referido doutrinador, os mandamentos constantes no estatuto funcional da pessoa federativa a que o servidor resta vinculado devem se pautar nas diretrizes constitucionais referentes aos servidores públicos, as quais, por sua vez, encontram-se, principalmente, nos artigos 37 a 41 da nossa Carta Magna, haja vista que no entendimento de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 430), outras normas sobre os servidores públicos estão espalhadas em diversos pontos do texto constitucional, destacando-se, ainda, a presença no âmbito federal da Lei nº. 8.112/1990, a qual dispõe sobre o regime

[7] Nos estatutos estão descritas as regras que devem incidir sobre a relação jurídica estatutária, restando enumerados os direitos e deveres atribuídos aos servidores e ao Estado. É, assim, norma legal regulamentadora da situação funcional dos servidores públicos, contendo conjunto de disposições legais a serem aplicadas aos servidores públicos de uma entidade estatal da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Cabe ressaltar, por sua vez, que dentro do regime constitucional dos servidores públicos estatutários há uma garantia que os diferenciam dos demais servidores públicos: a estabilidade.[8]

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho:

> Estabilidade é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC nº 19/98, que alterou o art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de apenas dois anos.
> A mesma Emenda inseriu, no art. 41, o §4º, estatuindo que, além do prazo acima, a aquisição da estabilidade depende ainda de avaliação especial de desempenho do servidor, a ser realizada por comissão funcional com essa finalidade. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 633)

Desta forma, a estabilidade é garantia constitucional do servidor público de permanecer no serviço público, perdendo o servidor o cargo conquistado somente nas hipóteses constantes do art. 41, §1º, da CF, quais sejam: em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa e mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada, também, a ampla defesa.

A estabilidade, assim, se configura em um relevante instituto para o servidor público, permitindo este adquirir vínculo permanente com o serviço público.[9]

---

[8] Na vigência da atual Constituição Federal, a estabilidade no serviço público é garantia conferida apenas aos servidores públicos concursados, ocupantes de cargos de provimento efetivo (Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 26.259/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 30/04/2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800239439&dt_publicacao=30/04/2013>. Acesso em: 14 out. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 44.341/PB, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 23/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303819522&dt_publicacao=23/09/2014>. Acesso em: 14 out. 2014).

[9] No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 17.583/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2012, DJe 03/10/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102251828&dt_publicacao=03/10/2012>. Acesso em: 10 out. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12.397/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008,

Para adquirir tal estabilidade e ter garantida a permanência no serviço público, por sua vez, é necessário que o servidor público estatutário seja nomeado a cargo público de provimento efetivo, em virtude de sua aprovação prévia em concurso público destinado a tal finalidade, conforme dispõe o art. 37, inciso II, da CF.

Portanto, como se extrai, para ser investido em cargo público de provimento efetivo, o servidor precisa, antes de tudo, lograr êxito em concurso público de provas ou de provas e títulos, e é, a partir de tal aprovação que o mesmo, nomeado, passa a usufruir das garantias inerentes ao serviço público.

O acesso aos cargos públicos no Brasil, por conseguinte, se pauta em regras pré-definidas, presentes em nossa Constituição, estando entre estas, como dito, a imperatividade de realização de certame público para o preenchimento de cargos públicos. São, assim, regras de observância obrigatória, consectárias dos princípios bases do nosso ordenamento jurídico, sendo de extrema relevância o conhecimento acerca dos seus ditames.

1.2 Acesso aos cargos públicos no Brasil

Como visto, os servidores públicos estatutários, grupo foco da presente pesquisa, para ocuparem os respectivos cargos efetivos, precisam se submeter à seleção pública, denominada de concurso público. A escolha desses servidores não pode ocorrer de forma desarrazoada, mas, sim, de acordo com os preceitos constitucionais.

Desta feita, restam disciplinadas na Constituição Federal regras e pressupostos para a admissão dos servidores públicos civis nos quadros da Administração Pública. Passa-se, então, agora, a uma análise mais detalhada no tocante à acessibilidade aos cargos públicos efetivos, pautando-se no instituto garantidor desse acesso: o concurso público.

DJe 16/06/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602529500&dt_publicacao=16/06/2008>. Acesso em: 08 out. 2014.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput*, inciso I, estabelece regramentos acerca do acesso aos quadros funcionais da Administração Pública, nos seguintes termos:

> 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; (grifos acrescidos)**

Para que melhor se compreenda o conteúdo da referida norma, faz-se necessário a distinção entre as expressões "cargos", "empregos" e "funções" públicas. Vejamos, então, as definições apresentadas pelo eminente doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

> ***Cargo público*** é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direita e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente [...]. ***Função pública*** é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos [...] A expressão ***Emprego Público*** é utilizada para identificar a relação funcional trabalhista [...]. (CARVALHO FILHO, 2009, pp. 581-582) **(grifos acrescidos)**

Os cargos públicos, ainda, podem ser divididos em: cargos em comissão, efetivos e vitalícios. Vejamos as definições apresentadas pelo referido doutrinador:

> ***Cargos vitalícios*** são aqueles que oferecem a maior garantia de permanência a seus ocupantes. Somente através de processo judicial, como regra, podem os titulares perder seus cargos (art. 95, I, CF). Atualmente são cargos vitalícios os dos magistrados (art. 95, I, CF), os dos membros do Ministério Público (art. 128, §5º, I, "a", CF) e os dos membros dos Tribunais de Contas (art. 73, §3º, CF) [...]. ***Cargos efetivos*** são aqueles que se revestem de caráter de permanência, constituindo a maioria absoluta dos cargos integrantes dos diversos quadros funcionais [...]. Embora em menor grau que nos cargos vitalícios, os cargos efetivos também proporcionam segurança a seus titulares [...]. Os ***cargos em comissão***, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de

> ***cargos de confiança*** [...].(CARVALHO FILHO, 2009, pp. 582-583) **(grifos acrescidos)**

Como visto, os cargos públicos são ocupados pelos servidores públicos estatutários, enquanto que os empregos públicos são compostos por empregados públicos, regidos pelo regime celetista. Desta feita, ante o objetivo desta pesquisa, ater-se-á às características e ao regramento pertinente ao acesso aos cargos públicos, que será a seguir explanado.

A ampla acessibilidade aos cargos públicos por todos aqueles que preencham os requisitos estabelecidos em lei é garantia constitucional. Tal garantia vem positivada no artigo 37, *caput*, inciso I, da CF, supratranscrito.

Da exegese do referido artigo, extrai-se que o acesso aos cargos públicos no Brasil é permitido a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

É o que ensina Diógenes Gasparini:

> Para o acesso a cargo, emprego ou função não basta ser brasileiro. O interessado há, ainda, que satisfazer aos requisitos estabelecidos em lei, consoante reza a parte final do referido inciso. A lei responsável pela instituição desses requisitos é a de entidade política titular do cargo, emprego ou função pública que se deseja preencher, dada a autonomia que se lhes assegura nessa matéria. [...] A lei em apreço é da iniciativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, c, da CF), em relação aos cargos, empregos e funções desse Poder. Será, no entanto, resolução quando tratar-se de criação de cargo do serviço administrativo do Legislativo. De fato, não seria lógico, nem prático, que esse Poder pudesse criar cargo sem que se lhe reservasse a competência para estabelecer os requisitos de provimento, por exemplo. (GASPARINI, 1995, p. 119)

Assim sendo, a entidade política titular do cargo público deve, por meio de lei, estabelecer os critérios legitimadores para a investidura no respectivo cargo, não podendo, por sua vez, estabelecer requisitos discriminatórios. Devem apenas ser estabelecidas condições pertinentes, ou seja, somente aquelas ditadas pela natureza da função a ser exercida, o que não se confunde com a mera conveniência da administração.[10]

---

[10] Nesse sentido encontra-se sedimentada a Súmula nº. 683 do STF, segundo a qual “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7.º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Neste diapasão, resta o entendimento de Rafael Maffini:

> [...] cumpre salientar que não basta estar prevista em lei para que se reconheça, automaticamente, a constitucionalidade do requisito exigido para o acesso a cargos, empregos ou funções públicas. Com efeito, a sua constitucionalidade fica adstrita a uma "condição teleológica", qual seja, a de que o requisito traga restrições compatíveis com as atribuições do cargo [...]. (MAFFINI, 2009, p. 265)

Preenchidos os requisitos impostos em lei, surge, por sua vez, para os potenciais servidores outra obrigatoriedade, a qual é pressuposto para o acesso aos cargos públicos: a necessidade de aprovação em concurso público, obrigação positivada no art. 37, inciso II, da CF.

Veja-se, então, o que dispõe o referido artigo:

> 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:
> [...]
> **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; (grifos acrescidos)**

Assim, depreende-se de tal preceito a regra geral de que os cargos públicos sejam providos mediante concurso público, consagrando-se o *princípio constitucional da exigibilidade de concurso público*. De tal regra, por sua vez, ressalvam-se as nomeações para cargos em comissão, visto serem estes de livre nomeação e exoneração.[11]

Uadi Lammêgo Bulos, sobre o assunto, assevera que:

> Apenas nas funções de confiança abre-se mão do princípio, nos termos da lei e, mesmo assim, nada obsta que se realizem concursos para avaliar o

[11] Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 583): "A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF)".

> mérito e o preparo dos ocupantes da atividade pública. (BULOS, 2009, p. 873).

Ainda quanto à inexigibilidade de concurso público, José dos Santos Filho faz a seguinte ressalva:

> No que toca aos cargos vitalícios, é inexigível o concurso para a investidura dos integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários, composto de membros do Ministério Público e advogados (art. 94, CF). A investidura dos membros dos Tribunais de Contas sujeita-se à regra idêntica (art. 73, §§1º e 2º, CF). O mesmo ocorre com os Ministros do STF (art. 101, parágrafo único, CF) e do STJ (art. 104, parágrafo único, CF).
>
> Para os cargos efetivos, a dispensa favorece aos ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT da CF). (CARVALHO FILHO, 2009, p. 600)

Quanto ao conceito de concurso público, por sua vez, o referido doutrinador assim o define:

> Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos (CARVALHO FILHO, 2009, p. 596).

A obrigatoriedade do concurso público, portanto, para a investidura em cargos públicos é uma forma de o Estado selecionar seus servidores de maneira justa e organizada, visto que se pauta no sistema de mérito, onde todos, que preencham os requisitos da lei, podem participar nas mesmas condições, sendo tal exigência, portanto, decorrente do *princípio da igualdade.*[12]

Segundo Marcelo Caetano, citado por José dos Santos Carvalho Filho, o concurso, além do *princípio da igualdade,* baseia-se em outros dois, quais sejam: o *princípio da moralidade administrativa* e o *princípio da competição:*

[12] O princípio da igualdade prevê que todos os cidadãos devem gozar de tratamento isonômico pela lei, sendo vedadas diferenciações arbitrárias e absurdas. Segundo ensina Lucia Valle Figueiredo (1998, p. 45), tal princípio "deve nortear, de ponta a ponta, toda a atividade da Administração e os provimentos emanados por esta só são válidos à medida que estejam atendendo ao princípio".

> Baseia-se o concurso público em três postulados fundamentais. O primeiro é o ***princípio da igualdade***, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o ***princípio da moralidade administrativa***, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o ***princípio da competição***, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se à classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público. (CAETANO, 2008, p. 638 apud CARVALHO FILHO, 2009, p. 597) **(grifos acrescidos)**

Desta feita, trata-se o concurso público do meio mais justo para a seleção de servidores públicos. Justo, pois os candidatos ao cargo público são submetidos às mesmas provas, baseadas em critérios objetivos pré-definidos. Ademais, como dito, o concurso público se pauta no sistema de mérito, restando investidos nos cargos públicos somente aqueles que logram êxito no certame prestado, e que, portanto, são capazes de exercer a função pretendida.

Sendo o meio de selecionar os futuros servidores para o exercício de cargos públicos, trata-se o concurso público de procedimento complexo, organizado de forma a evitar qualquer tipo de fraude na seleção dos servidores. Desta feita, cada etapa do concurso público se pauta em critérios previamente definidos.

Entretanto, apesar de ser procedimento organizado e pautado em regras pré-definidas, o concurso público não é infalível. Assim, sendo encadeamento de atos sujeito a erros, o concurso público, não raras vezes, é alvo de impugnações de candidatos, resultando em conflitos entres estes e a Administração Pública, entidade responsável pela realização do certame.[13]

---

[13] Como exemplo, cite-se a situação em que candidatos impugnam teste de aptidão física (requisito para aprovação em determinado concurso público) realizado como fase de certame público. Tal situação norteia as mais diversas lides *sub judice* em nosso país (Nesse sentindo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29561 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, Processo Eletrônico, DJe-218. Disponível em:http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2829561+Dias+Toffoli+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pzdjqmv>. Acesso em: 23 out. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630733, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-228. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28630733+Gilmar+Mendes%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/la4769y>. Acesso em: 20 out. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 376607 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJe- 05-05-2006. Disponível em:

Veja-se a lição do eminente doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

> Por se tratar de processo administrativo em cujo cerne se encontra densa competitividade entre os aspirantes a cargos e empregos públicos, o concurso público não raras vezes rende ensejo à instauração de conflitos entre os candidatos, ou entre estes e o Poder Público. É importante, em consequência, que essa característica marcante seja solucionada de forma legítima, sobretudo com a aplicação dos princípios da motivação e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF). (CARVALHO FILHO, 2009, p. 596)

Desta forma, instaurado o conflito de interesses, muitos candidatos buscam o judiciário para contestar suposto vício no concurso público. Assim, ante a inafastabilidade do Poder Judiciário, garantida constitucionalmente (art. 5º, inciso XXXV, da CF), deve este atender as demandas interpostas pelos mais diversos candidatos, analisando e julgando as pretensões destes.

Nesse contexto, por diversas vezes, após julgadas tais pretensões, alguns candidatos chegam a serem efetivados nas pretendidas vagas por força de decisão judicial precária, resultando no que se denomina provimentos precários de cargos públicos, provimentos estes que resultam nas mais diversas, delicadas e complexas situações jurídicas no âmbito da Administração Pública.

Destarte, a falibilidade do concurso público, aliada à garantia de acesso ao judiciário, torna cada vez maior o contingente de candidatos que, acionando o poder judiciário para impugnar alguma fase do certame público prestado, são empossados em cargo público por meio de decisão judicial precária, resultando, como dito, nos chamados provimentos precários de cargos públicos. Tais provimentos, por sua vez, são ensejadores dos mais variados conflitos de interesses entre os envolvidos na relação precária.

1.3 Provimento precário de cargos públicos e a colisão entre interesses público e privado

A aprovação válida em concurso público em todas as suas etapas, como ora exposto, é requisito indispensável para o ingresso em cargo público, salvo as

---

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28376607+Eros+Grau%29&base=baseAcordaos&url=Error>. Acesso em: 20 out. 2014).

exceções já expostas. Entretanto, por vezes, candidatos são investidos no pretendido cargo por força de decisão judicial precária, e suas investiduras, assim, não decorrem da livre manifestação administrativa. São os chamados provimentos precários de cargos públicos.

Quanto a este tipo de provimento José dos Santos Carvalho assim discorre:

> Trata-se de concurso público em que, a despeito de o candidato não preencher algum requisito para a aprovação (reprovação em exame, ausência no dia da prova, exame físico, etc.) consegue, em ação judicial (normalmente o mandado de segurança), ser beneficiado com a concessão de medida liminar na qual se determina que o Poder Público dê posse ao candidato. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 612)

Desta feita, recorrente é a situação de candidatos que, reprovados em uma ou mais provas ou etapas de processo seletivo público, buscam o judiciário com o objetivo de obter provimento para nomeação e posse em cargo público. Assim, logrando êxito liminarmente, são empossados no cargo pretendido de forma precária.

Entretanto, apesar do êxito inicialmente logrado, tais candidatos, devido à precariedade da decisão antes proferida, ficam sujeito a reveses judiciais, podendo ver, posteriormente, com o decurso de considerável lapso temporal, revogada ou cassada a decisão judicial proferida em seu favor, ficando sujeitos, assim, a consequências que podem vir a ser de grande impacto pessoal.

Nítida, portanto, é a instabilidade da relação estabelecida entre o Estado e o servidor nomeado precariamente. De um lado, tem-se a insegurança do agente público em perder o cargo em decorrência da revogação de decisão judicial proferida em seu favor; do outro, temos a própria vulnerabilidade do serviço prestado pelo Estado, que, ao manter em seus quadros funcionais servidor precário, pode ver ruir a eficiência do serviço público.

Desta forma, ao ser precariamente empossado, o particular reveste-se de expectativa em permanecer no cargo conquistado por decisão judicial precária favorável, invocando o tempo decorrido como justificativa para permanência no cargo. O Poder Público, por sua vez, atrelado ao princípio da igualdade de acesso

aos cargos públicos, assegurado pela obrigatoriedade de realização de certame de provas ou provas e títulos, se coaduna com a ideia de não ser legítima a manutenção em cargo público de candidatos que, administrativamente, não lograram êxito em todas as etapas de processo de seleção competente e que foram empossados por decisão judicial já revogada.

Tal situação, assim, demonstra o conflito de interesses envolvidos na relação precária. Tem-se, de um lado, o interesse do servidor precário em permanecer no cargo exercido durante lapso de tempo considerável e, do outro, o interesse público do Estado, que deseja manter em seus quadros funcionais apenas servidores habilitados por meio de aprovação administrativa em todas as etapas de concurso público.

Como se extrai, portanto, o provimento precário possui repercussão social e pessoal, visto que envolve diretamente interesses públicos e privados, suscitando o referido tema debates perante os juristas e doutrinadores brasileiros.

Cabe-se destacar, assim, a prudente opinião do doutrinador José dos Santos Carvalho:

> Esse tipo de decisão cautelar *in limine* é totalmente inconstitucional e carece de qualquer técnica jurídica. A medida cautelar pode, quando muito, ordenar a reserva de vaga, mas nunca impor a formação da relação funcional pela investidura, porque isso ofende diretamente a prerrogativa da presunção de legitimidade de que são dotados os atos da Administração. Se o juiz vem a acolher o pedido do candidato, todos os efeitos do erro administrativo deverão ser reparados, inclusive, se for o caso, a responsabilização funcional da autoridade. Mas daí não se pode extrair a conclusão de que o órgão judicial possa ordenar que a posse seja ultimada. O certo é que, em virtude dessa grave erronia técnica, dezenas e até centenas de candidatos são empossados e só após a lenta tramitação do processo é que o Judiciário decide o litígio em desfavor dos candidatos. Por causa do tempo já decorrido a partir da ilegítima investidura, postulam eles a convalidação de sua situação. Pedido em tal direção é nitidamente injurídico (quando não eivado de má-fé), de modo que o único desfecho possível no caso é o desfazimento da posse através da anulação, sem qualquer direito ao candidato que não cumpriu requisito para a aprovação no certame. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 612)

O eminente doutrinador tem razão, porquanto o interesse do particular não pode se sobrepor à exigência constitucional de aprovação em concurso público, ou seja, ninguém pode permanecer em cargo de provimento efetivo sem restar

aprovado em concurso público para preenchimento do posto, sob pena de violação ao art. 37, inciso II, da CF.

Sob pena de infringência aos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, e do amplo acesso aos cargos públicos a todos os legitimados, só cabe serem mantidos no serviço público, como regra, aqueles que foram nomeados por seleção pública competente, e não aqueles que foram investidos em cargo público por ordem judicial já cassada.

Entretanto, apesar de tais ressalvas, de importante relevância, não podemos negar o impacto pessoal/familiar causado pela imperatividade de exoneração do servidor quando da cassação/revogação da decisão precária. O retorno ao *status quo ante* pode ser de grande repercussão na vida pessoal do servidor, visto que este, ao ser investido em cargo público, passa a usufruir das benesses oferecidas pelo serviço público (estabilidade, remuneração fixa), e, portanto, não deseja perder o cargo conquistado, na maioria das vezes, com grande esforço e dedicação.

O exercício da função pública durante longo período traz para o servidor o anseio de permanecer no cargo exercido, transformando a iminente possibilidade de exoneração em algo extremamente desagradável. Assim, caso haja a concretização da perda do cargo em razão cassação/revogação da decisão precária, o servidor pode ter seus planos interrompidos, visto que organiza sua vida com base na remuneração percebida durantes tantos anos, o que pode vir a causar grande impacto em sua vida pessoal.

É por isso, que, em inúmeros casos *sub judice*, candidatos precariamente empossados justificam a necessidade de sua permanência no cargo com base no princípio da segurança jurídica e na teoria do fato consumado, pugnando pela convalidação dos fatos perpetrados ao longo do tempo.

A adequada compreensão da teoria do fato consumado ao provimento de cargos públicos, por sua vez, remete, necessariamente, a uma reflexão acerca da força jurídica do tempo sobre as relações sociais à luz do princípio da segurança jurídica.

1.4 Do princípio da segurança jurídica

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus principais elementos a segurança jurídica. A necessidade de dar estabilidade às relações sociais é um dos principais escopos do Direito. Assim, com o fito de garantir tal estabilidade, a segurança jurídica fora erigida à condição de princípio, norteando as relações constituídas entre os particulares e o Estado.

Segundo Guilherme Sousa:

> [...] pode-se entender por segurança jurídica um mínimo de estabilidade das relações sociais. É por intermédio da segurança que se garante a manutenção da paz social, viabilizando a existência de um estado democrático. Os valores segurança e justiça, como fundamentais em direito, são imprescindíveis num Estado que se diz “de direito”, e, também, que se pretende “democrático”. (SOUSA, 2013)

A função da segurança jurídica seria, assim, a de proteger os indivíduos de atos arbitrários do Estado, impedindo a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas perpetradas ao longo do tempo e consolidadas conforme entendimento estatal. Tal princípio se traduz, ainda, na confiança que os cidadãos podem ter na observância das normas válidas e vigentes.[14]

Ademais, conforme Evandro Martins Guerra e Áira Lages Miari, citados por Guilherme Sousa:

> O princípio visa assegurar uma certa previsibilidade nas ações estatais, garantindo, também, o respeito pelas situações constituídas no mesmo sentido das normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a determinar a estabilidade das relações jurídicas. É princípio de proteção ao particular face à arbitrariedade do Estado. Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, só o Estado tem o poder de limitar coercitivamente direitos e garantias individuais. (GUERRA; MIARI, p. 6674. 2006 apud SOUSA, 2013)

De tais conceitos, podemos extrair que o princípio da segurança jurídica possui duas facetas: a primeira diz respeito à necessidade de que as normas sejam claras e conhecidas de seus destinatários, assegurando-se, assim, a previsibilidade das ações estatais; a outra, por sua vez, se refere à necessidade de que seja

[14] Norma válida é aquela produzida nos termos da Lei. Norma vigente é a que se encontra no ordenamento jurídico, produzindo efeitos. A vigência de uma norma, assim, é a possibilidade, em tese, de ela produzir efeitos, limitando comportamentos e sendo aplicada nos mais diversos julgamentos.

garantida às relações sociais a estabilidade necessária, evitando-se surpresas e desvios de entendimentos já consagrados.

Para a concretização desta última necessidade, vale-se o Direito dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5°, inciso XXXVI, da CF).[15] Tais institutos têm como objetivo a proteção de todas as relações jurídicas, de modo que o Estado não interfira em situações já estabilizadas.

Quanto ao tema, José dos Santos Carvalho Filho assim se manifesta:

> [...] se, de um lado, não se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidos na lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de estabilidade, o que, evidentemente, provoca incertezas e receios entre os indivíduos. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 34)

Desta feita, ante sua importância, o princípio constitucional da segurança jurídica pode ser considerado como um dos pilares do Estado democrático de direito, tratando-se de verdadeiro direito fundamental do indivíduo de certeza e estabilidade em sociedade.

Dada a sua relevância, todos os atos do Estado, em seu sentido amplo, devem adequar-se aos ditames do princípio ora explanado. Assim, tanto os atos administrativos, como os atos emanados pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo devem se adequar aos seus preceitos.

Diante de tal explanação, surge, portanto, o seguinte questionamento: o princípio da segurança jurídica pode ser invocado para consolidar situação perpetrada aos longos dos anos em desconformidade com o texto constitucional e legal? Vale dizer, a teoria do fato consumado pode legitimar e convalidar o provimento precário de cargos públicos, anteriormente assegurado por decisões judiciais que não mais subsistem?

Como visto, muitos candidatos precariamente empossados veem, com o decurso de tempo considerável e por motivos diversos, revogada a decisão que

---

[15] Segundo dispõe o art. 6º, §§ 1º, 2º e 3º, da LINDB: § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou; § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo começo do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem; § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

legitimou o provimento precário. Assim, passam a justificar a permanência no cargo com base no princípio da segurança jurídica, alegando que a sua situação jurídica já se tornou estável e, portanto, consolidada no tempo.

A questão que se projeta é: mostra-se possível a aplicação da teoria do fato consumado ao provimento de cargos públicos?

Como explanado, o princípio da segurança jurídica visa a impedir a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas perpetradas ao longo do tempo. Por outro lado, este não pode ser utilizado de forma desarrazoada, nem absoluta, devendo sim ser observado o caso concreto e a necessidade da ponderação de interesses.

No caso de provimento precário de cargos públicos, o interesse público resta diretamente afetado, como já explicado. Utilizar o princípio em foco como fundamento de permanência em cargo, cuja investidura se deu por força de decisão que se torna inexistente no ordenamento jurídico, pode vir a ferir o *princípio da isonomia*, afinal o decurso de tempo não apaga ilegalidades perpetradas.

O princípio da segurança jurídica, por sua vez, é fundamento da chamada teoria do fato consumado, sendo este um dos principais elementos que norteiam os ditames da referida teoria. Assim, ante a importância desta, e a fim de não esgotar, neste momento, o questionamento suscitado, passemos à análise da teoria do fato consumado.

2 TEORIA DO FATO CONSUMADO

2.1 A força jurídica do fenômeno fato/tempo e sua aplicabilidade à esfera pública

O tempo, grandeza indomável, flui independentemente da vontade humana, gerando efeitos imprevisíveis sobre os fatos que insurgem. Exercendo forte influência sobre todas as coisas, em toda e qualquer esfera, o tempo traz, assim, inesperadas consequências para as relações que se formam. Não é diferente nas relações jurídicas. Ao passarem a existir no mundo real, as relações jurídicas se constroem sob o manto da mutabilidade e, portanto, caso venham a se alastrar por longo período, tais relações ficam sujeitas às mais variadas mudanças.

A fluência do tempo traz para os indivíduos a sensação de insegurança, colocando-os diante de um cenário de inquietação. Os envolvidos em uma relação jurídica buscam, assim, estabilidade, lutando contra surpresas e mudanças em situação já perpetrada ao longo de muitos anos. Isso, porque o anseio por segurança nas relações jurídicas é intrínseco à própria natureza humana, resultando na busca incessante pela proteção das situações construídas ao longo do tempo.

Sobre a estabilidade, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta, e outros indiretamente [...]. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior. (MELLO, 1999, pp. 297-298)

Ademais, ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

> O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de Direito. (CANOTILHO, 2000, p. 257)

Desta feita, em nome do princípio da segurança jurídica e do princípio da proteção da confiança legítima[16], muitas destas situações, perpetradas ao longo do tempo, tornam-se consolidadas pela ação dos anos, conservando os direitos adquiridos pelos indivíduos nelas envolvidos e garantindo a paz social, o que demonstra a força jurídica destacável do fenômeno fato/tempo, capaz de estabilizar relações jurídicas antes instáveis.[17]

Dotado de força jurídica relevante, o decurso do tempo, portanto, tem força para consolidar fatos jurídicos que devem ser respeitados, sob pena de causar às partes envolvidas desnecessário prejuízo, visto que, em certos casos, a revogação dos direitos adquiridos ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo. A ação do tempo, por conseguinte, torna-se elemento primordial para a estabilização de situações jurídicas.

No Direito brasileiro, clássico instituto que traz à tona a força jurídica de que é dotado o fenômeno fato/tempo é o instituto da prescrição. Digno de ser discorrido, pode este ser dividido em duas categorias principais: prescrição aquisitiva e prescrição extintiva. Ambas categorias, apesar de se pautarem em diferentes referenciais, demonstram a capacidade do tempo em estabilizar relações construídas ao longo dos anos. Mister se faz, assim, o conhecimento acerca de suas definições e influências no meio jurídico.

A prescrição aquisitiva, também denominada de usucapião, trata-se da aquisição do direito real de propriedade pelo decurso do tempo prolongado, instituída em favor daquele que tiver, durante determinado tempo, com *animus* de dono, o exercício de fato das faculdades inerentes ao domínio ou a outro direito real relativamente a coisas móveis e imóveis, sem a interrupção de terceiros.[18]

Segundo ensina Maria Helena Diniz, pelo usucapião:

> [...] o legislador permite que uma determinada situação de fato, que, sem ser molestada, se alongou por um certo intervalo de tempo previsto em lei,

---

[16] O princípio da proteção da confiança legítima pode ser visto como ampliação do princípio da segurança jurídica. A ideia de confiança legítima defende a manutenção de atos administrativos, cujos efeitos se prolongaram ao longo dos anos, gerando no administrado uma expectativa legítima de continuidade e de legalidade.

[17] Situações consolidadas são as situações de fato ou de direito, que, após um considerável espaço de tempo, deve ter seus efeitos jurídicos conservados, reconhecidos e validados.

[18] Vide art. 1.238 e ss. do Código Civil/2002.

> se transforme em uma situação jurídica, atribuindo-se assim juridicidade a situações fáticas que amadurecem com o tempo [...]. O fundamento desse instituto é garantir a estabilidade e segurança da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas ou contestações a respeito e sanar a ausência de título do possuidor, bem como os vícios intrínsecos do título que esse mesmo possuidor, porventura, tiver. (DINIZ, 2002, p. 144)

Assim, aquele que age como dono de coisa móvel ou imóvel por tempo determinado em lei, seguindo os requisitos impostos nesta, torna-se, de fato, dono da mesma. Desta forma, o instituto do usucapião demonstra como o tempo é capaz de consolidar situações fáticas, alongadas por longo período, conservando e criando direitos, que no caso específico do referido instituto, trata-se do direito à propriedade, garantindo, por conseguinte, segurança a tal relação.

A prescrição extintiva, por sua vez, apesar de seguir outro norte, pauta-se, também, na necessidade de garantir segurança às relações jurídicas. Veja-se.

Violado o direito de alguém, nasce para este a pretensão de discuti-lo judicialmente. Esta pretensão, por sua vez, deve ser exercida em determinado intervalo de tempo presente em lei, ou, caso contrário será extinta pela prescrição.[19]

A prescrição extintiva é, portanto, instituto que conduz a perda do titular de certo direito, negligente ao fim de certo lapso de tempo, de pleitear ação judicial para discutir a plausibilidade do respectivo direito. Assim, aquele que, durante o período determinado em lei, não busca discutir seu direito violado em razão do acontecimento de determinado fato, perde o direito ao manejo de ação judicial para tal fim.

Desta forma, o instituto da prescrição extintiva igualmente traduz o poder do fenômeno fato/tempo: o decurso dos anos sem qualquer contestação em determinada situação, impede que esta seja discutida a qualquer tempo, consolidando-a depois de determinado período. Tal instituto, assim, destina-se à manutenção da ordem jurídica e à tranquilidade das relações jurídico-sociais, visto que, impedindo a discussão, a qualquer tempo, de fatos ocorridos há longo período, garante estabilidade às relações jurídicas, permitindo estas serem possíveis e seguras. O instituto da prescrição foi, assim, criado como forma de possibilitar à

[19] Vide art. 189 e ss. do Código Civil/2002.

sociedade certa estabilidade nas relações instituídas entre estes ou entre estes e o Poder Público.

Ante a explanação de tais institutos, resta evidente que o fenômeno fato/tempo possui notável poder de consolidar relações jurídicas, criando e/ou extinguindo direitos, visto a imperatividade de preservar interesses derivados de situações perpetradas ao longo dos anos. Tal imperatividade decorre como já explanado, da necessidade de garantir a concretização do princípio da segurança jurídica, o qual é um dos principais elementos do Estado Democrático de Direito.

Diante de sua força jurídica, o fenômeno fato/tempo tornou-se referencial para a criação de uma das teorias mais recorrentes em nossa jurisprudência atual: a teoria do fato consumado. Construção jurisprudencial e foco da presente pesquisa, tal teoria reflete os ditames ora expostos, pugnando, inclusive, pela convalidação de situações eivadas de vícios de legalidade. Assim, ante a singularidade de suas bases, torna-se digna de ser explorada.

Segundo a teoria do fato consumado, as situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo não devem ser desconstituídas, mesmo que restem eivadas de vícios de legalidade, em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.[20] Portanto, de acordo com essa tese, o desfazimento de atos que já produziram efeitos após vários anos, mesmo que viciados, afigurar-se-ia como injusto, visto que o decurso do tempo convalida situações que se perpetuam ao longo dos anos.

Na seara administrativa, por exemplo, tal teoria busca manter os efeitos de decisões administrativas inválidas, na qual o particular age de boa-fé e tem expectativa na manutenção da situação consolidada. Assim, caso a Administração demore na solução da questão e deixe a situação perpetuar no tempo, a teoria em foco vem a ser aplicada para convalidar a situação em favor do particular, observando-se, assim, a segurança jurídica necessária.

A teoria em foco seria, portanto, mitigação do princípio da legalidade, apoiando-se na ideia de que é impossível regressar-se a situações ultrapassadas

[20] Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 709.934/RJ, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 21/06/2007, T2 - SEGUNDA TURMA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401759448&dt_-publicacao=29/06/2007>. Acesso em: 03 nov. 2014.

para desconstituir relações que se consolidaram com o passar dos anos, mesmo que estas tenham sido construídas contra a lei, argumentando, assim, que o decurso do tempo sanaria as ilegalidades perpetradas.

Segundo Bruno Henrique Silva Santos:

> Para preservar a confiança na situação jurídica de fatos que se consolidaram no tempo sem contestação a respeito de sua validade é que vem sendo construída, principalmente na jurisprudência, a **teoria do fato consumado.** Trata-se de um mecanismo interpretativo que prestigia a confiança na juridicidade daquilo que ocorreu em detrimento, muitas vezes, do exato teor da lei.
>
> [...] existe, na teoria do fato consumado, um conflito potencial intrínseco entre os próprios elementos da segurança jurídica. De um lado está a necessidade de efetiva aplicação da norma jurídica e, de outro, a de preservação de situações que, não obstante estejam em descompasso com essa norma, trouxeram aos seus destinatários a expectativa de que eram válidas e perdurariam no tempo. (SANTOS, 2013) **(grifos acrescidos)**

Como se extrai, a teoria do fato consumado foi concebida com o fim de garantir a manutenção dos efeitos de situações ilegítimas em consideração à justa e legítima expectativa dos administrados, tendo como fundamento o princípio da segurança jurídica. Desta forma, objetiva, primordialmente, preservar situações que não têm a proteção da legalidade, mas que restam consolidadas pelo decurso do tempo, pugnando pela continuidade da situação vigente e rechaçando qualquer alteração substancial na relação estabilizada.

Ante seus ideais, tal teoria, por sua vez, vem sendo invocada nos julgados brasileiros como fundamento para convalidação de situações amparadas por decisão judicial precária cassada/revogada depois de longo tempo. Conforme os ditames da teoria em foco, caso uma decisão judicial precária autorize determinada situação jurídica e, após muitos anos, constata-se que a solução jurídica dada ao caso não era correta, e, consequentemente, seja a decisão judicial reformada, ainda assim não deve ser desconstituída tal situação para que não haja insegurança jurídica, sob o argumento de que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo.

Assim, pela teoria do fato consumado, situações jurídicas amparadas por decisão judicial precária, reformada depois de anos, não devem ser desfeitas, não só pela aquisição de direitos (art. 5º, XXXVI, da CF), como também pelo fato da aquisição de tais direitos ter sido consumada pelo manto da boa-fé. Assim, aquele que usufruir de determinada situação em razão de decisão judicial, deve permanecer no gozo de tal situação, mesmo que haja mudança de entendimento, afinal, o tempo possuiria força suficiente para consolidar todos os tipos de relações.

Portanto, para os defensores de tal ensinamento, sacrificar a confiança daquele que goza de situação há longo tempo, em nome da legalidade, culminaria na infringência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, argumentando, assim, que a morosidade do Judiciário daria ensejo a que situações precárias se consolidem pelo decurso do tempo.

Desta feita, a teoria em foco é invocada por autores de lide judiciais, cuja pretensão fora deferida judicialmente por decisão não transitada em julgado e que, portanto, fica sujeito a revesses de entendimento. Assim, chegado o momento em que é dada a palavra final, o estado de incerteza jurídica é dissipado e, muitas vezes, o entendimento proferido vai de contra ao que antes fora exposto, concluindo pela extinção/modificação da relação jurídica perpetrada por longo período. Nesse contexto, a teoria em foco é suscitada como fundamento para manutenção do estado fático em que se encontra o litigante, originando os mais diversos conflitos de interesses.

Tal pensamento, por sua vez, é sobremaneira invocado em relações de direito público, destacando-se os casos *sub judice* que envolvem provimentos precários de cargos públicos, estudo da presente pesquisa. Como já explanado, servidores precariamente empossados, que veem posteriormente revogada/cassada a decisão judicial que legitimou a respectiva posse, justificam a permanência no cargo com base na teoria do fato consumado, pugnado pela convalidação dos fatos perpetrados ao longo de anos, sob o argumento de que o tempo é capaz de consolidar todos os tipos de situações.[21]

[21] Como exemplo, cite-se o caso de servidor que fora aprovado nas provas teóricas de certame público, tendo sido, contudo, reprovado no exame físico. O candidato, assim, propõe ação judicial questionando o teste físico, e sem realizar a terceira fase do concurso exigida para aprovação,

Desta feita, devido ao decurso de longo tempo já decorrido a partir da ilegítima posse, servidores precariamente empossados invocam, em seu socorro, a referida teoria, com o fito de legitimar um provimento efetivo em cargo público, que decorreu sem a devida aprovação em certame público. Assim, tendo em vista que a exoneração resultante da cassação/revogação da decisão precária pode vir a causar grande impacto na vida pessoal de tais servidores, tentam estes, a todo custo, permanecer no cargo exercido durante tantos anos, sendo a teoria do fato consumado, a principal tese invocada.

Tal situação, assim, como já explanado, origina os mais diversos conflitos de interesses entre os envolvidos na relação precária. Tem-se, desta forma, de um lado, particular interessado em ver preservada a situação em que se encontra durante tanto anos (exercício do cargo público), e que fora legitimada por decisão judicial, e, do outro, o Poder Público, que deseja ver cumprida a estrita legalidade, restando, portanto, confrontados, em tal relação, interesses público e privado.

Vislumbra-se, assim, que a aplicabilidade ou não da teoria do fato consumado ao provimento precário de cargos públicos é tema polêmico, visto que envolve, diretamente, interesses público e privado. Desta feita, o tema em foco desperta as mais variadas opiniões dos juristas brasileiros, tendo sido, com o passar dos anos, externados os mais diferentes posicionamentos judiciais sobre o assunto. Nesse contexto, e diante da constante presença do tema em decisões judiciais brasileiras, construiu-se larga construção jurisprudencial sobre o tema.

2.2 A orientação jurisprudencial dominante sobre o tema

Diante das mais variadas lides judiciais que chegam à apreciação em nossos tribunais, envolvendo particulares precariamente empossados que invocam a teoria do fato consumado para permanência em cargos públicos, foram surgindo, com o tempo, diferentes posicionamentos judiciais sobre o assunto. Nesse contexto, atualmente, resta presente no ordenamento jurídico brasileiro, larga orientação jurisprudencial sobre o tema em foco, sendo imperioso, portanto, o conhecimento

---

consegue o deferimento de tutela antecipada e, por força de decisão judicial precária, foi nomeado e empossado. Entretanto, depois de muitos anos o Tribunal recorrido entende que o teste físico não tinha nenhum vício. Nesse contexto, o candidato pugna pela sua permanência no cargo ocupado, argumentando que sua situação já resta estabilizada pela ação do tempo.

acerca do entendimento dominante em nossos tribunais superiores sobre a questão em debate. Passa-se, então, de início, à análise da jurisprudência dominante da Suprema Corte.

O Supremo Tribunal Federal (STF), através do julgamento do Recurso Extraordinário 608482/RN[22], em agosto do corrente ano, trouxe para o ordenamento jurídico importante posicionamento quanto ao tema em foco, tendo, inclusive, decidido o tema no referido julgado sob a sistemática da repercussão geral. Veja-se.

Conforme o nosso Excelso Pretório, a questão constitucional, alusiva à aplicação da teoria do fato consumado a situações em que a posse em cargo público ocorreu por força de decisão judicial de caráter provisório, possui repercussão geral[23], visto que, interessando a milhares de cidadãos que prestam concurso público em todo o país, torna-se matéria relevante do ponto de vista jurídico.[24]

Sobre o tema da repercussão geral, o eminente ministro Ayres Britto assim se manifestou:

> [...] a questão constitucional discutida no caso (aplicação da chamada teoria do fato consumado a situações em que a posse e o exercício em cargo público se deram por força de decisão judicial de caráter provisório) se encaixa positivamente no âmbito de incidência do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil [...]. (RE 608482 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 15/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012)

Desta forma, com a atribuição de repercussão geral ao tema, a tendência é que os demais tribunais passem a adequar seus acórdãos ao entendimento

---

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608482, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28608482+Teori+Zavascki+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kexr7ca>. Acesso em: 10 out. 2014.

[23] Repercussão Geral é instituto processual que reserva ao STF o julgamento exclusivo de temas, trazidos em recursos extraordinários, que apresentem questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (vide § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil).

[24] Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608482 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 15/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28608482%2ENUME%2E+OU+608482%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/khyq7cn>. Acesso em: 05 nov. 2014.

proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 608482/RN.[25] O referido julgado, por sua vez, possui a ementa abaixo transcrita:

> **CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. "TEORIA DO FATO CONSUMADO", DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.** 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito ex tunc, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido. (RE 608482, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014) **(grifos acrescidos)**

Extrai-se, assim, do referido julgado o atual entendimento do Excelso Pretório quanto ao tema em foco. Desta feita, segundo o STF, 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 (art. 37, II, da CF), não podendo, portanto, conforme o referido tribunal, ser invocada a aplicação da teoria do fato consumado para permanência no cargo público exercido precariamente.

Por sua vez, diante da importância de tal entendimento para a presente pesquisa, torna-se de destacável importância o conhecimento acerca dos principais argumentos que, proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário 608482/RN, culminaram no referido posicionamento do STF. Veja-se.

---

[25] No referido caso, a candidata se submeteu a concurso público, tendo sido, por sua vez, aprovada na primeira fase e reprovada na segunda (exame físico). A candidata, então, recorreu ao Judiciário e, de posse de medida cautelar, prosseguiu no processo seletivo, sem realizar a terceira etapa, tendo sido investida no cargo em janeiro de 2002, por força de medida judicial precária O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJ-RN), ao apreciar a questão, manteve a candidata no cargo, sob o argumento de que ela já exercia a função há muitos anos. Não aceitando tal manutenção, o Estado recorreu ao STF, culminando no julgamento do referido recurso extraordinário.

O relator do julgado, o eminente Ministro Teori Zavascki, o qual teve seus argumentos acatados pela maioria dos ministros presentes no julgamento[26], em parte de seu voto assim se manifestou:

> Há, na situação aqui examinada, o confronto de duas ordens de valores, que, por incompatíveis entre si, devem ser sopesadas para que se defina qual delas merece prevalecer. De um lado, há o interesse individual da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido, por força de liminar, há mais de sete anos à época do acórdão recorrido. De outro lado, tracionando em sentido oposto, está o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público" (art. 37, II), dispositivo esse que, como se sabe, dá concretude a outros princípios da administração pública, especialmente o da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. A quebra da exigência de concurso não deixa de representar, ainda, severo comprometimento do princípio da igualdade, em matéria de acesso aos cargos públicos.
> Em casos dessa natureza, a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal é a de dar prevalência à estrita observância das normas constitucionais e ao interesse público. [...]
> Registro, ainda, que, ao julgar o RE 635.739, Rel. Min. GILMAR MENDES, o próprio Plenário, em sessão de 19.2.14, com apenas dois votos vencidos, reafirmou a jurisprudência das Turmas, afastando a possibilidade de "modulação de efeitos" fundada em alegado fato consumado.
> É clara, portanto, a jurisprudência do STF a respeito dessa questão: sopesando os valores e interesses em conflito, faz preponderar, sobre o interesse individual do candidato, advogando a proteção da confiança legítima, o peso maior do interesse público na manutenção dos elevados valores jurídicos que, de outra forma, ficariam sacrificados.
> É realmente difícil, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, justificar a manutenção da situação pretendida pela recorrida. Não se trata, sequer, de considerar o argumento da boa-fé ou o princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado. Esse argumento é cabível quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor se vê alçado a determinada condição jurídica ou vê incorporada ao seu patrimônio funcional determinada vantagem, fazendo com que, por essas peculiares circunstâncias, provoque em seu íntimo uma natural e justificável convicção de que se trata de um *status* ou de uma vantagem legítima. Por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse *status* ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do "fato consumado", a manutenção do *status quo*, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade.
> É completamente diferente, entretanto, a situação dos autos, em que a vantagem obtida – ou seja, a nomeação e posse em cargo público – se deu,

[26] O entendimento do ministro relator foi seguido pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte.

> não por iniciativa da Administração, mas por provocação do próprio servidor e contra a vontade da Administração, que, embora manifestando permanente resistência no plano processual, outra alternativa não tinha senão a de cumprira ordem judicial que deferiu o pedido. Ora, considerando o regime próprio da execução provisória das decisões judiciais - que, como se sabe, é fundada em títulos marcados pela precariedade e pela revogabilidade a qualquer tempo, operando, nesse último caso, por força de lei, automático retorno da situação jurídica ao *status quo ante* –, não faz sentido pretender invocar os princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima nos atos administrativos. Pelo contrário: o que se deve considerar é que o beneficiário da medida judicial de natureza precária não desconhecia, porque isso decorre de lei expressa, a natureza provisória e revogável dessa espécie de provimento, cuja execução se dá sob sua inteira responsabilidade e cuja revogação acarreta automático efeito *ex tunc*, sem aptidão alguma, consequentemente, para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.
> [...]
> Ora, esse interesse da recorrida não tem aptidão para justificar o desatendimento do superior interesse público no cumprimento das normas constitucionais. Aliás, a esse interesse individual se opõe, desde logo e com manifesta supremacia, até mesmo outro interesse particular de mesma natureza, daquele candidato que, tendo se submetido e obtido aprovação no concurso, foi, no entanto, alijado do cargo, que acabou ocupado por outro concorrente sem observância das exigências constitucionais.
> [...]

Como se percebe, a linha de argumentação desenvolvida pelo Ministro relator, que, seguida pela maioria dos Ministros presentes no julgamento do referido recurso[27], culminou no atual entendimento do STF sobre o tema em foco, pauta-se na ideia de que ninguém pode permanecer em cargo de provimento efetivo sem aprovação prévia em concurso público específico para preenchimento do posto, sob pena de violação art. 37, II, da CF. Assim, aquele que fora empossado por força de decisão judicial precária e que, posteriormente tem contra si revogada/cassada tal decisão, não pode permanecer no respectivo cargo, visto que o interesse individual do servidor precariamente empossado não pode se sobrepor à exigência constitucional de aprovação válida em todas as fases de certame público, sob pena de infringência ao *princípio constitucional da exigibilidade de concurso público.*

Assim, contrapondo os interesses envolvidos, não haveria como o interesse individual do servidor preponderar sobre o interesse público, sob pena,

[27] Ao concordar com os fundamentos do relator, frisou a ministra Cármen Lúcia, que quem perde etapa de concurso público e busca uma tutela liminar, sabe que aquilo tem natureza precária. Para a ministra, não é aceitável que alguém aposte na morosidade do Judiciário para não cumprir o que foi exigido. O mesmo entendimento, por sua vez, fora externado pelo ministro Marco Aurélio. Para o ministro Gilmar Mendes, pode-se alegar, em tais casos, até mesmo violação ao princípio da isonomia.

também, de violação ao princípio da moralidade administrativa, visto que a Administração Pública não pode manter em cargo público quem não tenha sido completa e regularmente aprovado em todas as etapas e provas de concurso público específico.

Diante de tal argumentação, não haveria que se falar na aplicação da teoria do fato consumado ao provimento precário de cargos públicos, visto que, nesses casos a nomeação e a posse no cargo ocorrem por provocação do próprio particular interessado e contra a vontade da Administração Pública que, inclusive, contesta o pedido feito na Justiça. Nesse contexto, não faz sentido invocar-se a aplicação da referida teoria, haja vista que o candidato beneficiado com a decisão não desconhece que a decisão precária tem natureza provisória e que pode ser posteriormente revogada.

Ademais, na linha do entendimento supratranscrito, o interesse individual do servidor em permanecer no cargo afrontaria o interesse do candidato que, aprovado regularmente em todas as fases do concurso, teve sua vaga ocupada por alguém que não cumprira as exigências constitucionais para tanto. Desta forma, sob pena de infringência ao princípio da isonomia, não haveria como garantir ao particular precariamente empossado, o direito de permanecer no posto administrativo, mesmo que isso tenha se dado durante muitos anos, visto que em tal caso, observados os interesses contrapostos, o tempo não possuiria força para legitimar situação contrária aos ditames da Carta Magna.

Por conseguinte, como se extrai, em casos dessa natureza, a atual jurisprudência do STF é no sentindo de dar prevalência à observância das normas constitucionais e ao interesse público, não havendo que se falar na aplicação da teoria do fato consumado em provimentos precários de cargos públicos.

Cabe destacar, por sua vez, que mesmo antes da decisão do STF proferida no RE 608482/RN, o mesmo tribunal, bem como o STJ já possuíam inúmeros precedentes no sentido de rejeitar invocação da teoria do fato consumado par consolidar situação constituída por força de decisão precária posteriormente cassada, sob pena de perpetuar situação contrária à lei. Nesse sentido, confiram-se os julgados abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DE PROVA PELO PODER JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. 1. Pacífica a jurisprudência desta Corte de que o Poder Judiciário não pode se substituir à banca examinadora do concurso público para aferir a correção das questões de prova e a elas atribuir a devida pontuação, consoante previsão editalícia. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. **3. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva.** 4. Agravo regimental não provido. (STF, RE 405964 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 15-05-2012 PUBLIC 16-05-2012) **(grifos acrescidos)**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO LEGAL. AVALIAÇÃO MEDIANTE CRITÉRIOS OBJETIVOS. PUBLICIDADE DOS RESULTADOS. OFENSA A DIREITO LOCAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. 1. É pacífica jurisprudência deste Tribunal no sentido de ser possível a exigência de teste psicotécnico como condição de ingresso no serviço público, desde que haja previsão no edital regulamentador do certame e em lei, que referido exame seja realizado mediante critérios objetivos, e que se confira publicidade aos resultados da avaliação. Incidência da Súmula nº 686/STF. 2. Não se abre a via do recurso extraordinário para a análise de direito local e reexame de fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 280 e 279/STF. **3. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a questões relativas a concurso público.** 4. Agravo regimental não provido. (STF, AI 617917 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00305) **(grifos acrescidos)**

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA NÃO APROVADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1 - Insiste a agravante na reiteração da mesma argumentação da exordial, já repetida nas razões do recurso ordinário, dizendo que foi aprovada e classificada em 7º lugar no concurso público para formação do cadastro de reserva para cadetes e soldados do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Goiás, Corpo Feminino da Regional Santa Helena, para o qual estavam previstas cinco vagas, mas que, ainda na vigência do certame, uma candidata deixou de tomar posse e outra desistiu do cargo. 2 - O certo é que, tal como concluiu o Tribunal de origem, inexistem provas acerca do quanto alegado pela impetrante (aprovação no concurso). Ao contrário, os documentos que trouxe aos autos comprovam, antes, faltar-lhe o direito que disse ter, pois reprovada no aludido certame. 3 - Nesse contexto, impunha-se mesmo não só a denegação da ordem como também a cassação da liminar que, antes, permitiu seu ingresso, a título precário, nos quadros da corporação. **4 - A jurisprudência, tanto desta Corte quanto do STF, está firmemente**

orientada no sentido de rejeitar a invocação da teoria do fato consumado para consolidar situação constituída por força de liminar posteriormente cassada, sob pena de perpetuar situação contrária à lei. 5 - Pleito avulso de suspensão do processo, com lastro no art. 104 do CDC, porque atingido pela preclusão, resulta indeferido.6 - Agravo regimental não provido.STJ, (AgRg no RMS 42.386/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 27/05/2014) **(grifos acrescidos)**

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. LIMITE DE IDADE PREVISTO NO EDITAL. LEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. FATO CONSUMADO. IMPROPRIEDADE DE ALEGAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A orientação do STJ é no sentido da possibilidade de se estabelecer limite de idade para o ingresso na carreira militar, desde que haja previsão em lei específica e no edital do concurso público, como no presente caso. **2. Não há falar em aplicação da teoria do fato consumado nas hipóteses em que a participação do candidato no concurso foi autorizada por medida judicial precária. Precedentes do STJ.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg nos EDcl no RMS 30.094/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 21/08/2014) **(grifos acrescidos)**

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PARTICIPAÇÃO NO CURSO POR FORÇA DE MEDIDA PRECÁRIA. 1. O simples fato do recorrente ter concluído o curso de formação com êxito não autoriza a aplicação da teoria do fato consumado (AgRg no AREsp 144.940/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 29/05/2012). **2. A teoria do fato consumado não se aplica às hipóteses em que a participação do candidato no curso de formação ocorreu de modo precário, por força de liminar, visto que o candidato assume o risco da reversibilidade da decisão que lhe foi favorável. Nesse sentido: AgRg no RMS 45.271/GO, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 28/05/2014; AgRg no RMS 37.650/BA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 14/10/2013; AgRg no REsp 1214953/MS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 25/03/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1331012/MS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 13/03/2013.** 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1445382/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 24/09/2014) **(grifos acrescidos)**

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR. APROVAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. NOMEAÇÃO. PERMANÊNCIA NO CARGO. FATO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. 1. "O juízo de admissibilidade recursal é ato discricionário do relator, máxime quando efetuado o prequestionamento implícito e tratar-se de dissídio notório" (AgRg no REsp 976.148/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9.9.2010). 2. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual a aplicação da teoria do fato consumado em matéria de concurso público requer o cumprimento dos requisitos legalmente estabelecidos. **3. Tampouco se**

> **aplica a teoria do fato consumado em caso de situações amparadas por medidas de natureza precária, como liminar e antecipação do efeito da tutela, não havendo que se falar em situação consolidada pelo decurso do tempo. (Precedente: AgRg no REsp 1.248.051/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7.6.2011, DJe 20.6.2011).** 4. Em razão do princípio da isonomia, não há como reconhecer a um candidato uma "segunda chance" sem que o mesmo tratamento tenha sido reconhecido aos demais candidatos. (Nesse sentido: STJ, RMS 23.915/RO, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 9.10.2007, DJ 29.10.2007, p. 279.) Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1263232/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011) **(grifos acrescidos)**

Feito tal panorama, e diante de tais julgados, resta claro que o entendimento jurisprudencial dominante atual é no sentido de que a teoria do fato consumado não pode ser invocada como fundamento para a permanência em cargo público, cuja posse se deu por meio de decisão judicial precária. O tempo, portanto, segundo o STF, não teria força para consolidar situações de precariedade, visto que, o interesse privado, em tais casos, não pode se sobrepor às normas constitucionais bases do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, apesar do entendimento jurisprudencial dominante exposto, o próprio STF, em caso particular, já decidiu de forma diversa, demonstrando à polêmica intrínseca ao tema em foco. Nesse sentido, veja-se o precedente abaixo:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR DE PERNAMBUCO. REPROVAÇÃO NO EXAME MÉDICO. AMETROPIA. SEGURANÇA DEFERIDA PARA DETERMINAR A PARTICIPAÇÃO NO CERTAME. ENTENDIMENTO DE QUE A DEFICIÊNCIA VISUAL APRESENTADA PODE SER REPARADA POR MEIO DE CIRURGIA OU USO DE LENTES CORRETIVAS. REGRAS DO EDITAL QUE ATENTARIAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS E CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. SÚMULAS 279 E 454 DO STF. **1. Ainda que se reconheça a impossibilidade de aplicação da Teoria do Fato Consumado para questões relativas a concursos públicos, conforme remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, o agravo possui fundamentos autônomos que inviabilizam o provimento recursal.** 2. As cláusulas contratuais ou editalícias e a verificação de suas validades encerram reexame de norma infraconstitucional, insuscetível de discussão via recurso extraordinário, incidindo, in casu o óbice da Súmula 454 do STF, verbis : Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário. Precedentes: RE 413.777-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 13.11.2009 e AI 482.943-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 1.04.2004 3. A Súmula

> 279/STF dispõe, verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 4. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 5. In casu, o acórdão originalmente recorrido assentou: "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIÊNCIA VISUAL (AMETROPIA). RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DAS REGRAS ELENCADAS NO EDITAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. INTEGRATIVO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A deficiência visual ensejadora da desclassificação da ora agravada no certame não se afigura como incapacitante para o exercício da função, imperfeição perfeitamente curável. 2. A regra editalícia fustigada fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estabelecendo exigência impertinente para o desempenho da função. 3. Por força de liminar proferida nos autos do mandado de segurança de origem, a candidata obtivera o direito de continuar no certame, se matriculado e concluído o Curso de Formação, como também, chegado a assumir o cargo pleiteado. **4. Aplicação da Teoria do Fato Consumado, que encontra fundamentação na força constitutiva do tempo, pressupondo que uma situação, amparada por decisão judicial, embora pendente de julgamento definitivo, tenha atingido estabilidade tal que torne desaconselhável a sua desconstituição, não convindo que seja modificado.** 5. Precedentes desde Sodalício e STJ. 6. Integrativo improvido à unanimidade." 6. Agravo regimental improvido. (AI 797363 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 07-03-2012 PUBLIC 08-03-2012) **(grifos acrescidos)**

Entretanto, apesar do particular posicionamento proferido pelo Excelso Pretório, supratranscrito, a atual jurisprudência sobre o tema possui fundamentos que mais se coadunam com os ditames constantes em nossa Carta Magna, demonstrando, assim, grande pertinência os argumentos proferidos pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do Recurso Extraordinário 608482/RN, ora transcritos.

Isto, porque, como já largamente exposto, o interesse do servidor precariamente empossado não pode se sobrepor à exigência constitucional de aprovação em concurso público. Seria, assim, contraditório às normas constitucionais que aquele que não logrou êxito em todas as etapas de concurso público pudesse permanecer em cargo público.

De fato, seria no mínimo contraditório que a Administração Pública, ainda que ao fundamento de economicidade, permitisse a permanência em cargo público de candidatos reprovados em concurso público e só empossados por força de decisão judicial provisória posteriormente revogada. Assim, suprimida a eficácia jurídica da ordem judicial em cujo estrito cumprimento a autoridade administrativa nomeou os interessados, é imperioso que haja a exoneração dos candidatos

nomeados na condição *sub judice*, visto que estes não participaram integralmente do certame público.

Desta feita, situações fáticas decorrentes de posse realizadas por ordem judicial precária não têm o condão de convalidar administrativamente situações ilegítimas pelo mero decorrer dos anos. Assim, apesar do argumento trazido por muitos servidores de que o decurso do tempo permite a constituição de situações de fato revestidas de aparência de legalidade, o interesse público, no caso de provimentos precários, é que deve preponderar. O decurso do tempo, portanto, não apagaria as ilegalidades e inconstitucionalidades perpetradas em tais casos, não legitimando a permanência em cargo público em nítida afronta aos preceitos constitucionais.

A teoria do fato consumado, assim, não pode ser aplicada para preservar a situação dos servidores precariamente empossados, visto que, no caso de provimento precário de cargos públicos, o interesse público resta diretamente afetado, como já explanado. Utilizar tal teoria como fundamento para permanência no cargo público fere, claramente, o princípio máximo da isonomia, principal base do Estado Democrático de Direito.

Assim, na tensão dos valores, feita a hierarquização axiológica, prevalece o interesse público, pois não há como manter nos quadros da Administração servidor quem não se submeteu a todas as fases de certame, e, por conseguinte, não teve avaliada, de fato, sua capacidade para o exercício do múnus público. Manter, portanto, servidor não legitimado ao cargo público, pode comprometer a eficiência do serviço público.

Ademais, não haveria que se falar na aplicação da teoria do fato consumado, também, pelo fato de que tais servidores tinham ciência de que a permanência nos quadros da Administração Pública era vinculada à manutenção dos efeitos da decisão determinante da investidura, decisão esta que poderia, com o conhecimento do servidor, ser, a qualquer momento, revogada. Assim, quem requer – e obtém – ordem provisória já sabe da iminente possibilidade de exoneração do cargo e, mesmo assim, submete-se aos riscos da reversibilidade do julgamento.

A iminente possibilidade de retorno do servidor ao *status quo ante*, infelizmente é um fardo a ser carregado, afinal, como dito acima, quando este

provoca o Judiciário com ação judicial para ser empossado em cargo público, já resta consciente de que está sujeito a reveses de entendimento, podendo perder o cargo conquistado. Por sua vez, cabe ressaltar que, apesar da imperatividade de exoneração do cargo, o servidor não tem que devolver a remuneração que percebeu ao longo desses anos, tendo em vista o caráter alimentar desta, bem como pelo fato de que se fosse exigida a devolução haveria enriquecimento ilícito por parte do Estado considerando que o servidor trabalhou durante esse período.

A firme orientação quanto à imperatividade de exoneração de candidatos na condição exposta, por conseguinte, é medida recomendada a todos os órgãos da Administração Pública, sem exceção, sob pena de violação ao princípio da impessoalidade, da moralidade, da isonomia e do amplo acesso aos cargos públicos.

Nesse contexto, a aplicabilidade da teoria do fato consumado ao provimento precário de cargos públicos seria nítida afronta às normas consectárias dos princípios e postulados básicos do ordenamento jurídico. Não é, e nem poderia ser intenção do Poder Público “despejar” seus servidores dos cargos conquistados por qualquer motivo, mas, sim, somente, por motivos legítimos. E, por motivos justos, é que se dão as exonerações dos servidores precariamente empossados, como largamente exposto na presente pesquisa. Desta feita, a inaplicabilidade da teoria do fato consumado em tais casos torna-se a saída mais justa e adequada aos ditames da Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da presente pesquisa, resta bem definida a polêmica intrínseca ao assunto em foco. A aplicabilidade ou não da teoria do fato consumado ao provimento precário de cargos públicos está longe de se tornar tema pacífico, e, sem dúvidas, continuará despertando as mais variadas discussões no meio jurídico. Por sua vez, apesar das controvérsias sobre o tema, atualmente, como visto, a inaplicabilidade da referida teoria é a tese mais aceita em nossos tribunais superiores.

Caminhando no sentido de não admitir a invocação da teoria do fato consumado como fundamento para permanência em cargo público de candidatos precariamente empossados, a jurisprudência dominante atual sobre o tema se coaduna com os ditames da nossa Carta Magna. Isto, pois, como já largamente exposto, deve o interesse público, em tais casos, preponderar sobre o interesse do servidor, haja vista que ninguém pode permanecer em cargo público sem êxito em todas as etapas de certame público, não havendo, assim, que se falar em convalidação de situações ilegais.

O instituto do concurso público fora exatamente criado a fim de que todos, que preencham os requisitos da lei, tenham amplo acesso aos cargos públicos, visando, ainda, selecionar os candidatos mais aptos ao exercício do múnus público. Desta forma, os quadros da Administração pública não podem, em nenhuma hipótese, serem preenchidos por aqueles que não foram previamente aprovados em todas as etapas de procedimento seletivo específico, sob pena de ver-se ruir a eficiência do serviço público.

A aplicação da teoria do fato consumado, por conseguinte, significaria nítido retrocesso jurídico, haja vista que, caso seja permitida a sua aplicação em tais casos, poderá ocasionar caos no serviço público brasileiro, ante a permanência de servidores empossados de forma ilegítima. O tempo, assim, não possui força para convalidar situações de precariedade, e, portanto, a exoneração é a atitude adequada a ser tomada quando da revogação/cassação da decisão que precariamente empossou servidor em cargo público, tendo este, infelizmente

ter de suportar os ônus de tal exoneração.

Destarte, a presente pesquisa, debruçando-se sobre a jurisprudência dominante sobre o tema em foco, vem acolher as teses atualmente adotadas pelos tribunais superiores, que entendem pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado ao provimento precário de cargos públicos. Afinal, o tempo não apaga as ilegalidades perpetradas e permitir a convalidação de situações inconstitucionais significa afronta direta à ordem jurídica e ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALESSI, R. ***Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*.** 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1960, In: BULOS, U. L.. **Curso de direito constitucional.** 4º ed., reformulada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2010.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 4º ed., reformulada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAETANO, M. **Manual de Direito Administrativo,** vol. II. Coimbra Edit., Lisboa, 1973. In: CARVALHO FILHO, J.S., **Manual de Direito Administrativo**, 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 257.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo.** 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 4. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de Direito Administrativo.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAFFINI, R. **Direito Administrativo.** 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

PRADO. L. C. **Servidores Públicos Federais: Lei nº 8.112/90**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2008.

SANTOS, B. H. S. A segurança jurídica como vetor constitucional para a interpretação das leis: teoria do fato consumado. **Revista de Doutrina da 4ª Região.** Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Bruno_Santos.html> Acesso em: 15 out. 2014.

SOUSA, G. A responsabilidade civil do Estado e o princípio da confiança legítima. **Revista de Direito Administrativo**. Brasil, 258, mai. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8611/7350>. Acesso em: 15 out. 2014.