

**A SOBRECARGA DO DIREITO E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS SOBRE CONCURSOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS PARA AÇÕES JUDICIAIS DE CANDIDATOS APROVADOS FORA DAS VAGAS DO EDITAL DO CONCURSO – TEMA DE N.º 683 DO STF**

**THE OVERLOAD OF LAW AND THE EXCESSIVE JUDICIALIZATION OF DEMANDS ON PUBLIC COMPETITIONS: AN ANALYSIS OF THE CRITERIA FOR LEGAL ACTIONS AGAINST CANDIDATES APPROVED OUTSIDE THE VACANCIES IN THE COMPETITION NOTICE – TOPIC N° 683 OF THE STF**

Nayanne Lays de Oliveira Lima<sup>1</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é analisar a excessiva judicialização de demandas relacionadas a concursos públicos, observando em especial, as teses e argumentos jurídicos trazidos na decisão sobre o tema de n.º 683, de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, em que traz os critérios para proposição de ações judiciais quanto aos candidatos que foram aprovados fora das vagas previstas no edital do concurso. A metodologia utilizada se dará por análise jurisprudencial em conjunto com doutrinas que sirvam de embasamento às teses trazidas pelos magistrados em seus votos, assim como, observar o contexto e consequências trazidas com a tese firmada; como soluções para desafogar o Poder Judiciário. Assim, será possível avaliar como está decidindo o Judiciário diante da falta de legislação específica sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** repercussão geral; teses; concurso público; candidatos; ação judicial.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to analyze the excessive judicialization of demands related to public tenders, observing in particular the theses and legal arguments brought in the decision on the subject of n.º 683, of general repercussion of the Federal Supreme Court, in which it presents the criteria for proposing legal actions regarding candidates who were approved outside the vacancies foreseen in the competition notice. The methodology used will be based on jurisprudential analysis in conjunction with doctrines that

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Advogada formada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Direito Público. Especialista Direito Digital e Compliance, ambas pela Faculdade Damásio de Jesus. Sócia Efetiva do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas - IDAA. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/AL.  
E-mail: nayanne\_oliveira@hotmail.com.

serve as a basis for the theses brought by the judges in their votes, as well as observing the context and consequences brought with the established thesis; as solutions to relieve the Judiciary Power. This way, it will be possible to assess how the Judiciary is deciding given the lack of specific legislation on the topic.

**KEYWORDS:** general repercussion; theses; public tender; candidates; lawsuit.

## 1 INTRODUÇÃO

A forma de ingresso no serviço público se dá através de um procedimento administrativo, este denominado de concurso público, tendo como interessados os candidatos de um lado, e do outro, a Administração Pública. A relação jurídica entre eles surge desde a inscrição do candidato com o aceite às regras elencadas no edital publicado, este, instrumento que vincula tanto a própria Administração como todos os candidatos.

A Administração Pública tem como propósito realizar uma seleção justa, objetiva, meritocrática, de acordo com a Constituição Federal e com a lei; sendo o edital, o instrumento o qual vincula toda a atividade administrativa de seleção e os candidatos que irão concorrer ao cargo ou emprego público.

Ocorre que por diversas vezes, o Judiciário é acionado para resolver questões de inconstitucionalidade que ocorrem nos certames, e que por vezes afrontam direitos básicos, estes garantidos constitucionalmente.

Muito se discute sobre a demasiada necessidade de judicialização por parte dos candidatos de demandas relacionadas aos procedimentos administrativos de seleção de futuros agentes públicos. Entre essas demandas judiciais, o presente artigo buscará focar em um ponto específico, relacionado ao tema de n.º 683, que disserta sobre a possibilidade de o Judiciário determinar a nomeação de candidato, supostamente preterido em concurso público, em ação ajuizada após a validade do concurso.

A tese de n.º 683, ora escolhida para análise dos argumentos trazidos em sua decisão, traz um tema de repercussão geral decorrente de recurso extraordinário em que se discute à luz do artigo 37, incisos I, II, IV e IX, da nossa Constituição Federal, sobre a possibilidade e os critérios de ações judiciais propostas por candidatos.

Vale salientar, como primeiro ponto, que para se ter o direito à nomeação, o candidato deve ser aprovado em todas as fases do certame, seja de provas ou de provas e títulos, tendo como fundamento o artigo 37, inciso III, em que se tem que o certame é válido por até dois anos, período este prorrogável por uma vez, sendo que, durante o prazo previsto

no edital, o aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade, sobre novos concursados, para assumir o cargo ou emprego público.

Ocorre que atualmente não existe uma legislação específica com normas gerais basilares que regulamente o procedimento administrativo de seleção desses futuros agentes públicos. As arbitrariedades por parte das bancas examinadoras e dos entes acabam parando no Poder Judiciário para uma tentativa de resolução dos conflitos de forma justa e coerente.

Para conseguir analisar de forma efetiva o tema proposto, a metodologia utilizada no presente artigo se dará por meio de jurisprudências, doutrinas e artigos sobre o tema central, bem como, utilizará o método indutivo, ou seja, partindo de um caso concreto (o tema de n.º 683 do Supremo Tribunal Federal) para a generalidade dos casos que sempre chegam às mesas do Judiciário.

A questão levantada será investigativa sobre os candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital de concurso e seus direitos subjetivos à nomeação quando a Administração abre novo concurso para estes mesmos cargos prometendo nomeações imediatas, ou até mesmo nomeações temporárias decorrentes de urgência.

Nesse contexto, vale analisar a possibilidade do controle judicial dessas demandas, diante da ausência de legislação que trate sobre o tema, e quais os caminhos possíveis para se evitar o acionamento desmedido do Poder Judiciário, que possui grande carga de processos relacionados à seleção dos futuros agentes públicos; bem como, trazer uma reflexão dos fundamentos trazidos na decisão, com o objetivo de compreender a atuação e o controle judicial realizado nesses atos de procedimentos administrativos de seleção de candidatos.

## **1 TESES DEFENDIDAS NO TEMA DE N.º 683 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E REFLEXÕES À DECISÃO**

É de suma importância compreendermos como estão decidindo os juízes sobre temas relacionados a concursos públicos, em especial e maior enfoque no presente artigo, os debates que traz o tema de n.º 683 do Supremo Tribunal Federal (STF) os quais servirão de embasamento para compreender como os ministros estão decidindo e fundamentando questões relacionadas a seleção de futuros agentes públicos, que atuarão em nome da Administração Pública.

A questão central do tema traz a seguinte tese: "a ação judicial visando ao reconhecimento do direito à nomeação de candidato aprovado fora das vagas previstas no

edital (cadastro de reserva) deve ter por causa de pedir preterição ocorrida na vigência do certame".

Assim, vale analisar alguns pontos importantes e relevantes como: a discricionariedade do ato administrativo de nomeação e os argumentos fundamentadores das decisões dos ministros sobre o tema, como também, questões sobre o controle de legalidade e constitucionalidade exercido pelos ministros em seus votos.

### 1.1 A DISCRICIONARIEDADE DO ATO DE NOMEAÇÃO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A MERA EXPECTATIVA DE DIREITO

A Administração Pública possui suas próprias prerrogativas de direito público ao possuir a discricionariedade de seus atos oriunda do regime jurídico-administrativo, conforme oportunidade e conveniência, tendo assim a liberdade de saber o momento mais oportuno para as nomeações dentro do prazo de validade do certame (tema n.º 683), ou qualquer atividade necessária para sua atuação.

Quando falamos em ato discricionário é importante frisar que por mais que a Administração possua certa margem de liberdade, suas escolhas estão pautas dentro da legalidade, ou seja, não se trata de uma liberdade absoluta, mas sim relativa de seus atos. Nessa linha, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 832):

Não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro.

O doutrinador traz limites a essa discricionariedade no momento de atuação administrativa. Junto a isso, os princípios que são norteadores do regime jurídico administrativo estabelecem limites às atividades da administração pública, utilizando-se de prerrogativas discricionárias na edição de determinados atos de sua competência, ou seja, vinculados ao princípio da legalidade.

Em relação ao caso concreto em apreço, quando falamos do ato de nomeação dos candidatos aprovados, o motivo de existir cargos vagos gera a situação jurídica em que a Administração precisa realizar certames para selecionar, por meritocracia e de forma transparente e segura, os candidatos que se enquadram nas funções e atribuições para o cargo em questão.

O ato administrativo de nomeação, por muito tempo, tanto a doutrina e como a jurisprudência dos tribunais superiores, vinham afirmando que os candidatos aprovados em concurso teriam apenas mera expectativa de direito a ser nomeado, ou seja, realizando um concurso, a Administração não estaria obrigada a convocar os aprovados, cabendo analisar a conveniência e oportunidade daquela convocação.

Apesar de tal afirmação, é fato notório entre os juristas e doutrinadores, que mesmo diante da discricionariedade do ato de nomeação dos candidatos aprovados, não poderia haver preterição por outros candidatos em classificação inferior e nem por outros aprovados em novo concurso público, caso ainda esteja em vigência o concurso anterior.

Quando a Administração Pública realiza um concurso público seu maior objetivo é o preenchimento de seus cargos vagos e em disponibilidade para preenchê-los de acordo com os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei n.º 101/2000), realizando certames em razão da necessidade administrativa e disponibilidade orçamentária.

Conforme afirma Rita Tourinho (Siqueira, 2016, p. 196), “a partir da publicação do edital, havendo candidatos aprovados deverão ser convocados para preencher as vagas oferecidas. Trata-se não de expectativa de direito do candidato, mas sim de direito subjetivo à nomeação ou contratação”.

Ainda na linha do pensamento de Tourinho, é de grande relevância mencionar que, considerando que vivemos em um Estado Democrático de Direito, há a necessidade de observar o princípio da dignidade da pessoa humana, relacionado ao fato de gerar expectativa de emprego em um país com milhões de desempregados. Ao final do certame espera-se que seja respeitada a ordem de classificação e preterição dos candidatos que foram aprovados no certame.

Nesse contexto, é possível afirmar que houve uma evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores que passou a considerar o direito subjetivo à nomeação e à posse dos candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas previstas no edital.

O marco, dessa mudança de entendimento, foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça em Recurso de Mandado de Segurança de n.º 20.718, do Estado de São Paulo; e o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário de n.º 227.480 do Rio de Janeiro.

Segundo entendimento dos Tribunais Superiores, com fundamento no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança de n.º 2009/0238355-1, a simples ocorrência de contratações temporárias não gera direito subjetivo à nomeação. Para tal, é necessário que se faça prova não só da coincidência das funções

desempenhadas pelos temporários e as atribuições do cargo, bem como que estão ocupando vagas reais.

Seguindo essa linha de fundamentação utilizada no Judiciário para discutir sobre o ato discricionário de nomeação, partindo para a análise do tema de n.º 683, ora proposto, em relação aos candidatos aprovados fora do número das vagas previstas no edital, estes, possuiriam apenas mera expectativa de direito à nomeação; uma vez que as novas convocações por parte da Administração estariam na seara de discricionariedade de sua atuação, e que o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso não geraria por si só a obrigatoriedade à nomeação dos aprovados fora das vagas do edital. Dessa forma, o provimento dos cargos/empregos depende da análise discricionária da Administração Pública, com fundamento na oportunidade e conveniência; ressaltando que esta discricionariedade estaria pautada em limites e que não seria livre ou irrestrita.

Em relação ao assunto referente ao direito subjetivo à nomeação, seja no caso de aprovação ocorrer dentro do número de vagas do edital, seja no caso de preterição, já foi objeto de debate na Suprema Corte, no julgamento do RE 837.311, de Relatoria do Min. Luiz Fux, que implicou na fixação da tese do tema de Repercussão Geral de n.º 784:

Tese: O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

A tese trazida na decisão do Ministro Fux em tema de n.º 784 demonstra quando o direito subjetivo à nomeação exsurge por meio do ato administrativo discricionário de nomeação. Apesar do ato de nomeação ser um ato discricionário em que há certa margem de escolha, a conduta da administração possui limites que devem ser respeitados, pois não podemos esquecer que o exercício da atividade discricionária, previamente estabelecida pela norma jurídica, está circunscrita por vários limites, e quando não observados, conduzem a arbitrariedades, e até análise de responsabilidade do agente público/gestor, sendo possível até análise de improbidade administrativa em suas atividades.

A conveniência que vai estabelecer em quais condições o agente deve conduzir, e a oportunidade que é o momento em que determinado ato deve ocorrer, como o caso em tela, quanto à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas, mesmo diante de uma discricionariedade administrativa, existe limites a serem respeitados pelo administrador.

Para melhor compreender essa discricionariedade, e a possibilidade de controle judicial desses atos, vale observar os argumentos e teses trazidos no tema de repercussão geral de n.º 683 do STF, o qual foi classificado nos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) de números 8 (trabalho decente e crescimento econômico) e 16 (paz, justiça e instituições eficazes) da agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU); sendo considerado e julgado como tema de repercussão geral, em sessão virtual do plenário, ocorrida em 18 de outubro de 2013, o que demonstra a preocupação do Judiciário em estar de acordo com o ordenamento brasileiro, mas também proferir decisões pautadas em ODS.

Cabe analisar as teses e as conseqüências trazidas pelas decisões dos ministros em seus votos, e que refletem para uma melhor compreensão sobre a temática, assim como, sobre os e possíveis caminhos que nos leva a formas alternativas de resolução de conflitos, para desafogar o Poder Judiciário.

## **2 TESES E CONSEQÜÊNCIAS TRAZIDAS PELA DECISÃO POR MEIO DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS FORA DAS VAGAS**

Para proporcionar uma análise e compreensão da importância dos fundamentos e precedentes que uma decisão judicial acarreta, é importante trazer o pensamento de Robert Alexy (2011) que nos traz em sua doutrina, e estudos, regras e formas relacionadas à teoria da argumentação jurídica, em que os juízes precisam fundamentar suas decisões por meio de uma argumentação racional, uma vez que a decisão jurídica preenche lacunas que a escrita se omite; afinal seria impossível prever todos os atos humanos para que fossem em sua totalidade expressos nos textos de lei.

Nessa linha, parte desse contexto, a necessidade de analisar os votos e teses trazidas pelos ministros sobre o tema em questão, sendo de grande relevância compreender os discursos jurídicos utilizados pelos magistrados para embasar suas decisões.

O ministro relator Marco Aurélio em seu voto ressaltou que o Tribunal havia admitido a repercussão geral diante da controvérsia acerca da possibilidade de, esgotado o prazo de validade do concurso público, propor-se ação objetivando o reconhecimento do

direito à nomeação. Também abordou em seu voto que o concurso público conta com regras básicas versadas na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 37, incisos I, II, III e IV.

Assim, com a publicação do edital, somada à inscrição do candidato, surge uma relação jurídica entre este e a Administração Pública. As balizas ficam, desde logo, fixadas, advindo referente à limitação, no tempo, dessa relação. A situação jurídica retratada e debatida no processo diz respeito a essas normas constitucionais presentes no artigo 37 da nossa Carta Magna.

Vale ressaltar que não há uma lei geral que trate especificamente sobre as etapas/fases do procedimento administrativo de seleção de futuros agentes públicos, e nem sequer como devem ser solucionadas as controvérsias surgidas no decorrer do certame, o que leva a decisões que acabam por sempre precisar analisar questões de (in)constitucionalidade, e observa-se um excessivo acionamento do Poder Judiciário para resolver pautas sobre o tema; assunto este que será tratado no próximo tópico deste artigo.

O ministro relator ainda trouxe o acolhimento da peça primeira, como fato incontroverso, que a recorrida, atendendo a edital de concurso publicado em 10 de janeiro de 2005, procedeu à inscrição visando o magistério estadual, havendo sido aprovada em 10º lugar. O prazo de validade do certame findou em 21 de setembro de 2007. Vale salientar que a vinda em Juízo, por meio de ação ordinária, ocorreu em três anos, dois meses e 23 dias após. Ante esses dados, foi constatado que o Estado do Rio Grande do Sul foi acionado quando já cessada a relação jurídica decorrente do concurso e da inscrição efetivada.

Aurélio ainda ressalta, em seu voto, que se pudesse desprezar a decadência do direito de insurgir-se contra ato praticado pelo Estado, o fato de haver expirado a validade do certame, não ocorreu, no período no qual este último estava em vigor, preterição. Dessa forma a proposta do ministro, para efeito de repercussão geral, foi a de que: “a nomeação, considerado concurso público, deve ser buscada, judicialmente, no prazo de validade nele previsto.”

No Recurso Extraordinário, protocolado com base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente apontou transgressão ao artigo 37, incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal; contudo, o Ministro Marco Aurélio afirma: “tendo em vista as contratações temporárias ocorridas em período posterior ao término da validade do concurso, não ter havido violação de direito da recorrida”. Ressaltou ainda em seu voto que é inviável, considerado o arcabouço normativo, implementar a nomeação de candidatos aprovados em concurso cujo prazo de validade expirou.

Segundo argumentou o Ministro Relator, o grande número de professores afastados dos cargos ou no exercício de outras funções, aliado ao desequilíbrio fiscal revelado no Estado, justificaram a contratação temporária de profissionais, presentes os critérios de conveniência e oportunidade – mérito do ato administrativo. Sustentou ainda em seu voto que as nomeações foram formalizadas de acordo com a necessidade da Secretaria de Educação, constituindo a lista dos aprovados reserva técnica. Menciona ainda em seu voto precedentes do Supremo – Recurso em Mandado de Segurança de n.º 23.696, como relator o Ministro Moreira Alves, e medida cautelar na ação rescisória de n.º 1.685, relatora a Ministra Ellen Gracie.

Vale trazer o entendimento do relator sob o ângulo da repercussão geral, em que aduziu ultrapassar a matéria os limites subjetivos da lide, mostrando-se relevante dos pontos de vista social e jurídico, ante o reconhecimento da preterição de direito à nomeação de candidato, mesmo vencido o prazo de validade do concurso.

Afirma ainda que com o efeito multiplicador, ressaltando a possibilidade de os 33 mil inscritos no certame ingressarem em Juízo, buscando o direito à nomeação, sem contar outros concursos promovidos pelos demais entes da federação; assim possui repercussão geral a controvérsia acerca da possibilidade de, esgotado o prazo de validade do concurso público, propor-se ação objetivando o reconhecimento do direito à nomeação.

O ministro Alexandre de Moraes apresentou divergência quanto a tese do Relator ressaltando que o que se pretende no precedente seria o exame pelo Poder Judiciário em reconhecer, em razão de preterição, o direito à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, após finalizado o prazo de validade do certame; e que quanto ao candidato aprovado dentro do número de vagas, Moraes entende que o fim do prazo de validade do concurso não impediria que o candidato buscasse judicialmente sua nomeação, desde que dentro do prazo prescricional, o que consta no Decreto de nº 20.910/1932.

Assim, na hipótese apresentada, o Ministro Alexandre de Moraes afirma na prevalência dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança depositada pelo concorrente na norma criada pelo gestor público, de maneira que se “o edital do concurso previu determinado número de vagas, a Administração fica vinculada a seu provimento, em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções”, pensamento este trazido da doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, utilizado para embasar seu voto.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto-vista, trouxe o seguinte embasamento sobre sua divergência com o voto do Relator:

O fundamento de minha divergência que impacta diretamente na fixação da tese de repercussão geral com efeito erga omnes: entendo que a razão que assiste ao Estado não se fundamenta no argumento de que a ação foi proposta após o prazo de validade do concurso, e sim no fato de que contratações temporárias efetuadas após o fim do prazo de validade do concurso não implicam preterição nem acarretam o direito à nomeação. O fundamento não está na data de propositura da ação, desde que respeitado os prazos legais, e sim na data do surgimento de novas vagas que indicariam eventual preterição. Reconhecido o direito à nomeação em casos excepcionais (Tema 784, itens I a III), segue-se que não há como restringir o direito de ação ao prazo de validade do concurso público sem importar em restrição ao princípio de acesso à justiça e inafastabilidade do Poder Judiciário (Tema 683, sob exame).

Assim, para o Ministro Fachin o que importa não é saber se a alegação de preterição foi deduzida em juízo, por meio da ação, antes ou depois do término do prazo de validade do concurso; mas sim, se a alegada preterição ocorreu antes ou após o término do prazo de validade do concurso público. Vale ressaltar que o tema sobre o prazo prescricional para questionamento judicial de nomeações em concurso público já foi objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões, assim como afirmou o próprio ministro em seu voto.

Nesse contexto, conseguimos observar que as decisões judiciais vêm sempre fundamentadas de forma sistemática e em consonância ao ordenamento jurídico, por meio de métodos interpretativos das normas aos casos concretos; isso conforme preconizam os artigos 93, inciso IX, da Constituição Federal, e artigos 11 e 489, §1º ao §3º, do Código de Processo Civil. Toda argumentação é válida de análise, conforme afirma Robert Alexy em sua doutrina sobre a teoria da argumentação jurídica.

Retornando ao voto do Ministro Fachin, o jurista trouxe como desenvolvimento de sua argumentação, a seguinte tese:

(...) proponho a partir dos consensos quanto à matéria tratada, a fim de evitar que a redação dada a tese do presente extraordinário possa sugerir uma mudança da jurisprudência consolidada do Tribunal:

Não há direito subjetivo à nomeação para candidato aprovado em concurso público para cadastro de reserva.

O direito à nomeação do candidato aprovado em cadastro de reserva, conforme decidido por esta corte na oportunidade da fixação da tese de repercussão geral 784 de relatoria do Min. Luiz Fux, só ocorre quando configuradas duas hipóteses: (i) a preterição da ordem classificatória, ou (ii) a preterição imotivada ou arbitrária quando do surgimento de novas vagas dentro do prazo do concurso público.

Percebemos que embora a teoria de Robert Alexy (2011) tenha sido desenvolvida em um contexto europeu racionalista é possível trazer algumas regras básicas de sua argumentação que se aplicam universalmente; e em um Estado Democrático de Direito como o

nosso, vale observar na tese levantada, a imprescindibilidade das teorias da argumentação jurídica, de modo que possam ser estabelecidas normas que permitam um legítimo discurso jurídico por parte dos ministros que estão decidindo os conflitos (como no caso em apreço, sobre o tema de repercussão geral de n.º 683).

Por fim, após a análise dos votos, teses e argumentos trazidos pelos ministros, os demais ministros seguiram o Relator, e no dia 02 de maio de 2024, após os debates em Plenário, o colegiado fixou a tese de que a ação judicial que visa o reconhecimento do direito à nomeação de candidato aprovado fora das vagas previstas no edital (cadastro de reserva) deve ter por causa de pedir preterição ocorrida na vigência do certame para que seja possível acionamento judicial.

Assim, nesse contexto de judicialização de atos administrativos do procedimento de seleção de futuros agentes públicos; vale partir para análise do controle judicial desses atos, e uma melhor apreciação quanto ao excessivo acionamento da Justiça por parte dos candidatos, com o objetivo de resolução das demandas relacionadas aos concursos públicos.

## 2.1 O CONTROLE JUDICIAL E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS RELACIONADAS A CONCURSOS PÚBLICOS

Ao falarmos sobre o acesso à justiça, ele é garantido e amplo para todo cidadão, tendo como base: o princípio da inafastabilidade da jurisdição. O fundamento para tal afirmação encontra-se no artigo 5, inciso XXXV, da nossa Constituição Federal de 1988, que tem a seguinte assertiva: “nenhuma lesão ou ameaça ao direito deve ser afastado do Poder Judiciário”.

Nessa linha sobre a inafastabilidade da jurisdição, o doutrinador Hely Lopes Meirelles já defendia a tese de que sempre caberá reapreciação judicial do resultado dos concursos, desde que “limitada ao aspecto de legalidade da constituição as bancas ou comissões examinadoras, dos critérios adotados para o julgamento, inclusive a observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e classificação dos candidatos” (Meirelles, 2002, p. 493).

Para Luís Roberto Barroso, judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, acabam sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário, ou seja, afirma que “ocorre uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e

Executivo” (Fellet, 2013, p. 228). Conforme visão do jurista, é possível afirmar que no Brasil há diversos precedentes de postura ativista do STF, dentre elas:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário (...); b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição (...); c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador, (...) como no de políticas públicas insuficientes (...).(Fellet, 2013, p. 233 - 234).
- b)

Ao analisar o pensamento de Barroso, é perceptível que a terceira hipótese (letra c) se enquadra perfeitamente ao tema ora proposto, ou seja, a ausência de lei geral que trate sobre questões básicas sobre concursos públicos é notória pela inércia do legislador em legislar sobre a matéria, gerando como consequência, o excessivo acionamento do Poder Judiciário na resolução dessas demandas.

O Judiciário só não examina questões relacionadas ao mérito administrativo, núcleo essencial da função administrativa, em respeito ao princípio da separação dos poderes constante em nossa Carta Magna em seu artigo 2º. Na visão de Odete Medauar, essa noção de mérito administrativo corresponde “à margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade, mérito que expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário” (Medauar, 2023, p. 116).

Nesse contexto, o ativismo judicial, visto por alguns doutrinadores como “má consciência do Judiciário”, pode ser compreendido como uma função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico que incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva, conflitos normativos (Fellet, 2013, p. 481 – 482).

É necessário trazer a pauta do excessivo acionamento do Poder Judiciário, e seu controle de constitucionalidade e legalidade de atos administrativos na seleção dos futuros agentes públicos. Assim, trazendo a discussão para as demandas judicializadas pelos candidatos, percebemos alguns pontos negativos, entre eles: 1) a Administração Pública que é acionada judicialmente, acarretando como consequência a responsabilização e desconfiança em sua atuação; 2) a Justiça com exacerbada carga de processos sem conseguir dar retorno na tentativa da busca por celeridade de seus atos; e 3) candidatos com seus direitos violados aguardando a demora de todo um processo judicial, o que acaba por acarretar danos materiais e morais.

A falta de legislação, sobre o procedimento administrativo para seleção de futuros agentes públicos, acarreta diversos questionamentos sobre essa temática, assim como legislações que tratam de uma mesma carreira, com exigências diferentes em diferentes Estados do Brasil.

A possibilidade em inserir no edital a diferenciação para determinado cargo ou emprego, é permitida pela Constituição, mas desde que seja devidamente fundamentada, conforme seu artigo 5º, inciso XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Contudo, diante de legislações estaduais divergentes e com certas discriminações para o mesmo cargo, gera a notória necessidade de haver uma lei geral que trate sobre temas basilares de seleção; assim, é possível observar um “estado de mora inconstitucional” diante da omissão por parte do Congresso Nacional em legislar sobre o tema; incorrendo em dois tipos de mora: 1) a mora *agendi* (omissão na fase inaugural do processo de elaboração das leis) e 2) a mora *deliberandi* (omissão na deliberação sobre propostas já veiculadas).

A ausência de legislação pode explicar muito do porquê a todo momento se busca o Poder Judiciário para observar e realizar o controle de legalidade, e até de constitucionalidade do ato em questão.

Já advieram alguns projetos de lei sobre o tema (PL nº 252/03 e PLS nº 74/10) e propostas de emenda à Constituição (PEC nº 75/2015 e PEC nº 29/2016), entretanto, nenhum obteve êxito até o presente momento por diversos fatores; além de terem estagnado, à época alegaram que foram constatados diversos problemas que levariam à inconstitucionalidade da lei (Oliveira, 2016, p.26), mas percebe-se a urgência de tratar sobre o assunto.

A inércia do Congresso Nacional continua em não estabelecer uma padronização de tratamento e requisitos basilares a serem preenchidos nos concursos públicos, sejam eles tradicionais ou aplicados por meios eletrônicos.

Essa mora em legislar e respeitar o princípio da legalidade que é fundamental para a atuação da Administração Pública, nos leva a perceber a urgência do estudo na busca de soluções céleres, eficazes e efetivas no regramento desses certames, até mesmo sobre a possibilidade de implantá-los eletronicamente, em busca da economicidade e celeridade, mas sem esquecer da segurança, transparência e idoneidade na aplicação.

Muito tem falado em “bancas examinadoras empoderadas”, ou seja, retirando sua responsabilidade sobre qualquer conduta irregular que ocorra no certame. Todavia, vale ressaltar, que a banca organizadora contratada está recebendo ordens do ente político para o qual foi contratada; basta olhar os editais e as excludentes de responsabilidade que são

colocadas como lei para os candidatos, retirando sempre o dever de ser responsabilizada por certames que não seguem o percurso correto (quando ocorrem fraudes, trocas de envelopes das salas de prova, problemas com fiscais ou fiscais despreparados no local de prova, não respeito à ordem de classificação, exigências inconstitucionais ou ilegítimas etc.). Tudo isso gera uma sensação de impunidade e de insegurança no procedimento de seleção, o que leva os candidatos a cada vez mais judicializarem suas demandas.

Conforme disserta o magistrado e professor Manoel Cavalcante:

É difícil compreender como o STF pode controlar a discricionariedade legislativa no controle de constitucionalidade de uma Emenda à Constituição e não pode controlar um ato discricionário de uma Comissão de Concurso, assim como o Juiz ou Tribunal pode afastar a aplicação de uma lei por reconhecer em concreto a sua inconstitucionalidade e também não pode decidir sobre atos de bancas examinadoras em concurso público (Neto, 2011, p.71-84).

O magistrado afirma ainda que o tema vem sendo enfrentado pelo Judiciário com frequência e tem prevalecido a tese de autocontenção que merece novas reflexões e redirecionamentos do posicionamento do controle judicial, sob a emergência do direito por princípios e do papel que remete ao poder que exercita por imperativo constitucional o controle de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos (Neto, 2011, p. 71-84).

É nessa seara que se percebe a importância em compreender quais foram as teses trazidas pelos tribunais superiores e como entendem os juristas, para que seja possível obter caminhos e soluções que tragam maior segurança e confiança no procedimento de seleção de candidatos e na garantia do respeito aos seus direitos e na atuação efetiva, transparente e probada Administração Pública, na realização e promoção dos certames.

Portanto, além da urgência da atividade legislativa em tratar sobre o tema e finalmente dar andamento aos projetos e propostas postos em pauta; percebe-se também uma real necessidade de se buscar caminhos alternativos para desafogar o Judiciário na resolução desses conflitos.

### **3 AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA UMA SIGNIFICATIVA DIMINUIÇÃO NA SOBRECARGA DE DEMANDAS DO PODER JUDICIÁRIO RELACIONADAS A CONCURSOS PÚBLICOS**

Com objetivo de obter uma significativa diminuição da sobrecarga das demandas do Poder Judiciário relacionadas a concursos públicos, é possível observar alguns caminhos

alternativos, até mesmo para evitar que o Judiciário se transforme em uma “indesejável instância hegemônica” (Mello, 2000).

Pelo princípio da proteção judiciária não há exigência de que haja exaustão prévia da via administrativa para que se possa ingressar em juízo, assim quem achar que sofreu alguma lesão à direito ou ameaça de lesão, advinda de atividades da Administração, como são os atos administrativos de um concurso público, não está obrigado a interpor um recurso administrativo em primeiro lugar para depois ajuizar a ação, sendo esta independente daquela.

Segundo Odete Medauar, “o controle jurisdicional continua a ser o mais importante instrumento de controle da Administração, apesar da busca de outros meios que possam suprir falhas ou dificuldades deste controle” (Medauar, 2023, p. 394); todavia, diante da grande demanda recebida pelos Tribunais de conflitos relacionados aos atos dos concursos públicos e às afrontas aos direitos dos candidatos, e por vezes inconstitucionalidades e ilegalidades ocorridas no próprio instrumento convocatório (o edital), é perceptível a importância de se buscar meios alternativos para resolver esses conflitos de forma mais célere, e igualmente segura.

O objetivo que se busca, pelas vias alternativas, é de diminuir consideravelmente o acionamento desmedido do Judiciário; não retirando o acesso do cidadão a ele, mas dando oportunidades mais céleres e anteriores ao seu acionamento.

Quando falamos sobre meios alternativos de resolução na seara administrativa, busca-se a forma extrajudicial para sua resolução, e são utilizados para solucionar disputas sem precisar recorrer ao Judiciário, especialmente para se obter maior celeridade e eficiência no resultado esperado.

A tentativa de acordo extrajudicial é orientada por princípios como: imparcialidade, isonomia entre as partes, boa-fé, confiabilidade e busca pelo consenso, sendo a proposta de conciliação em âmbito administrativo um caminho que evitaria o acionamento desmedido do Judiciário.

A proposta e a garantia de realização desses meios alternativos de resolução de conflitos constam na lei de n.º 13.140/2015 a qual estabelece que os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta poderão utilizar a mediação e a autocomposição para prevenir ou findar litígios relativos a direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação.

Nessa senda, entre as principais formas alternativas para a resolução justa e isonômica dos litígios temos: a negociação; a mediação, a conciliação; a arbitragem; as comissões de conciliação prévia e ombudsman. Todos esses métodos oferecem vantagens na

sua implantação, tais como: 1) maior rapidez na resolução do conflito; 2) menor custo; 3) maior controle sobre o processo; e4) preservação de relacionamentos (candidato, banca e Administração Pública).

Tais alternativas são viáveis para evitar litígios muito prolongados, tendo como defensores de sua aplicabilidade doutrinadores como: Marçal Justen Filho, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro; utilizando em especial a negociação, a mediação e a arbitragem. Tudo isso em busca de maior celeridade, confiança e resolução mais eficaz e acessível na própria esfera administrativa.

É nesse contexto que os meios alternativos de solução de conflitos, tais como conciliação, mediação e arbitragem podem ser vias promissoras para promover a cultura de paz, auxiliando a desburocratização da Justiça, e ao mesmo tempo, permitindo que haja o exercício da democracia e cidadania.

A ideia que se pretende trazer neste artigo, também é a de que a instituição de comissões de conciliação prévias, para as resoluções de demandas relacionadas aos atos de seleção dos futuros agentes públicos, possa ser um possível caminho viável para ajudar a diminuir demandas judiciais, assim como, desafogar o Poder Judiciário; obtendo melhores respostas, mais céleres e gerando uma maior economia para a administração administrativa e judiciária. Nessa linha, o doutrinador Luiz Flávio Gomes (1997, p. 177) afirma que “não existem recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis, em parte nenhuma do mundo, que suportem os gastos do modelo clássico de Judiciário”.

Portanto, buscar meios alternativos para resolução de litígios, decorrentes de atos administrativos de concursos públicos, é buscar por instrumentos com o objetivo de promover a pacificação social e reafirmação da cidadania, fortalecendo a democracia, concretizando e fortalecendo a cultura dos Direitos Humanos, bem como, garantia da isonomia, segurança e confiança entre as partes envolvidas (administração x banca x candidato); sem esquecer a necessidade de pressionar o Poder Legislativo em legislar sobre o tema, já que tem gerado tantas controvérsias, divergências e excessivas ações judiciais.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo exposto, conclui-se a partir das teses retiradas da decisão de repercussão geral, do tema de n.º 638 do STF, que foi possível retirar a argumentação de que a ação judicial que visa o reconhecimento do direito à nomeação de candidato aprovado fora

das vagas previstas no edital (cadastro de reserva) deve ter por causa de pedir preterição ocorrida na vigência do certame.

Fatos como este, presentes no tema de repercussão geral trazido neste artigo, assim como, questões relacionadas ao mérito dos atos administrativos, ou até mesmo quando falamos de ilegalidades ou inconstitucionalidades ocorridas durante o procedimento de seleção, são sempre levados ao Judiciário. Existe de fato uma sobrecarga do Poder Judiciário em ser acionado para resolver e decidir questões relacionadas aos atos de seleção de futuros agentes públicos.

Realizar concurso público é garantido e obrigatório, e está presente em nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, incisos I, II, IV e IX, contudo, ainda não existe uma legislação geral que trate especificamente sobre o tema que tanto leva conflitos para as mãos do Judiciário.

A proposta do presente artigo foi mostrar que de fato existem caminhos a serem seguidos, que não o Judiciário, na resolução de demandas relacionadas a concursos públicos, e que isso não retiraria o direito de ingressar em juízo caso não houvesse resolução administrativa alternativa na resolução dos conflitos, conforme assegura o artigo 5º, inciso XXXV da nossa Carta Magna.

Portanto, é fato notório que a criação de uma comissão gestora de conflitos, e também, a ação do Poder Legislativo na criação de uma lei geral que trate especificamente sobre concursos públicos, trarão maior segurança jurídica, transparência, probidade e conseqüentemente confiança, aos candidatos, assim como também a própria Administração Pública em sua atuação administrativa em prol do bem comum, em respeito aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da legalidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2013.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Institui o Código de [Processo Civil. [Brasília]: Presidência da República, 1939. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 02 set. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015** - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/203030325/lei-13140-15>. Acesso em 26 Jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso em mandado de segurança 31083/MG**. Brasília. Relator: Min. Moura Ribeiro, 22 de maio de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=20718+RELATOR+PAULO+MEDINA&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 02 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 20718/ SP**. Brasília. Relator: Min. Paulo Medina, 18 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=20718+RELATOR+PAULO+MEDINA&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 02 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 683. RE 766304**-Reconhecimento de direito à nomeação de candidato preterido, quando ajuizada a ação após o prazo de validade do concurso. Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, 02 de maio de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 227.480 – RJ**. Brasília. Relator: Min. Menezes Direito, 16 de setembro de 2008 . Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2609926/Recurso\\_Extraordinario\\_n\\_227480.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2609926/Recurso_Extraordinario_n_227480.pdf). Acesso em: 02 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 20.910 de 1932, de 06 janeiro de 1932**-Regula o prazo quinquenal. [Rio de Janeiro]: Presidência da República, 1932. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d20910.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm). Acesso em: 02 out. 2024

GOMES, Luíz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 23. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 26 Jun. 2024.

OLIVEIRA, Aroldo Cedraz(org.) et al. **O controle da Administração na era digital**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SIQUEIRA, Francisney Liberato Batista (org.) *et al.* **Concurso público**: polêmicas e jurisprudências do STF, STJ e Tribunais de Contas. Curitiba: Graciosa, 2015.

SIQUEIRA, Francisney Liberato Batista (org.) *et al.* Aspectos polêmicos sobre concursos públicos. Curitiba: Connecton, 2016.