

CONSIDERAÇÕES SOBRE A HOMOLOGAÇÃO PARCIAL DO CONCURSO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

ALESSANDRO DANTAS

Mestre e Especialista na área de Direito Público, professor de Direito Administrativo em graduação e pós-graduação, professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo e da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Instrutor de Licitações e Contratos Administrativos do Grupo Negócios Públicos. Coordenador Técnico do Encontro Nacional sobre Responsabilidade dos Agentes Públicos da ERX do Brasil. Coordenador Técnico do Seminário Avançado de Processo Administrativo Disciplinar da ERX do Brasil. Autor dos livros “Licitações e Contratos Administrativos em Esquemas” (2012, Editora Impetus), “Os principais julgamentos do STJ e STF” (2007, Editora Impetus), “O Direito Administrativo no STJ no século XXI” (2010, Editora Impetus), “Vade Macum de Direito Administrativo” (2010, Editora Impetus), “Legislação de Direito Administrativo” (2012, Editora Lei Nova). Coautor dos livros “Comentários ao Decreto Federal n.º 6.944/2009” (2013, Editora Impetus) e “As principais ilegalidades no concurso público e seu controle jurisdicional”, “Manual de Direito Administrativo – Volume único, Ed. Método, 2015). Consultor jurídico da ANDACON - Associação Nacional de Defesa e Apoio ao Concurseiro e colaborador permanente da revista LICICON, O PREGOEIRO e NEGÓCIOS PÚBLICOS.

1. Introdução

O concurso público é o meio eficiente e democrático de o Estado contratar pessoal para trabalhar de forma permanente junto ao Poder Público. Sua exigência decorre dos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, indisponibilidade do interesse público, dentre outros vetores principiológicos.

O concurso encerra um procedimento administrativo; é, portanto, formado por uma série de atos, tendo na homologação seu termo final.

A homologação nada mais é que um ato administrativo vinculado, decorrente do controle interno de legalidade, que confirma a legitimidade e legalidade do procedimento, podendo, a partir deste momento, a Administração promover a nomeação dos candidatos aprovados, seja dentro ou fora do número inicial de vagas do concurso apresentadas.

Como ato confirmatório da legalidade de outro(s) ato(s), a homologação pode recair sobre todo o concurso ou sobre parte dele.

2. Homologação total e parcial do concurso público.

Quando se tratar de concurso sem etapa de curso de formação, a homologação deve ser total. Por exemplo, em um concurso para o provimento de 1.000 cargos de analista judiciário de um Tribunal qualquer, em que

as fases do concurso foram apenas provas objetivas, discursivas e análises de títulos, finalizada a competição e encerrada as fases do certame, cabe agora à Administração promover a homologação do concurso que, seja de forma expressa ou não, será total, pelo menos para este cargo.

Assim, após o concurso homologado, existirão candidatos reprovados, e, portanto, eliminados; e candidatos aprovados, alguns dentro e outros fora do número de vagas inicialmente apresentadas.

A nomeação é direito dos candidatos aprovados dentro do número de vagas apresentadas no edital, porém, em situação de normalidade, cabe à Administração a escolha quanto ao momento, dentro do prazo de validade do concurso, de realizar o provimento do cargo.

Já em relação aos candidatos aprovados fora do número de vagas, como foram aprovados, eles podem ser aproveitados ao longo do prazo de validade do certame. São candidatos que estão no cadastro de reserva, seja atribuída ou não esta nomenclatura no edital. São os popularmente conhecidos “excedentes”.

A princípio e em situação de normalidade estes excedentes possuem apenas expectativa de direito à nomeação, porém tal expectativa, a depender do caso concreto, pode se converter em direito à nomeação, o que deverá ser buscado em juízo.

2.1 - Concursos públicos que possuem curso de formação e a possibilidade de homologação parcial.

Já em relação aos concursos que possuem curso de formação como etapa própria dele é possível sua homologação parcial, homologando, em verdade, o resultado do concurso em relação àquele contingente que realizou o curso de formação, passando, a partir daí, a correr o prazo para nomeação dos candidatos totalmente aprovados no certame.

Quanto aos demais candidatos até então aprovados no certame, pode a Administração convocá-los para realizar um novo curso de formação e, posteriormente, aproveitá-los. Isso acontece muito quando há muitas vagas a serem preenchidas ou outras surgirem e, por falta de estrutura operacional ou até mesmo por conveniência e oportunidade, a Administração decide fazer turmas diferentes.

Para exemplificar, imaginemos um concurso para o provimento de 2.000 cargos para a Polícia Militar. Imaginemos que a Academia apenas comporte turmas de 1.000 alunos. Percebe-se que operacionalmente não dá para colocar todos e por isso são formadas várias turmas.

A pergunta é: mas o que isso tem a ver com homologação parcial? Tudo, pois a nomeação apenas pode ser feita após a homologação e, por isso, para nomear os candidatos que finalizaram o curso de formação com êxito é necessário que haja sua homologação.

Neste caso houve uma homologação parcial e com isso inicia o prazo para nomeação dos candidatos aprovados, porém é possível a continuidade do concurso em relação aos candidatos até então aprovados, todavia que não fizeram o curso de formação.

O ideal é o edital disciplinar a matéria, pelo menos quanto aos aprovados, pois, sendo aprovado, mesmo que parcialmente no concurso, é possível a continuidade do certame em relação a eles. Se o edital for omissivo, deve ser aplicado, pelo menos em âmbito federal, o artigo 16 do Decreto 6.944/09, que prescreve o número de aprovados na primeira etapa em caso de concurso com mais de uma etapa.

Assim, de um único concurso é possível a realização de mais de um curso de formação, ter mais de uma homologação até, em tese, não existirem mais candidatos aprovados e aptos a serem absorvidos.

Condutas como: (a) ato expresso de homologação total do concurso; (b) regras no edital no sentido de que haverá apenas um curso de formação e (c) quem não participou está eliminado ou a abertura de outro concurso demonstram que a Administração optou por não dar seguimento ao concurso em relação àquele contingente. Porém, as peculiaridades do caso podem induzir uma outra solução.

Registre-se que isso apenas para os casos de candidatos aprovados fora do número de vagas, pois para os classificados dentro do quantitativo de vagas apresentadas no edital é direito deles e dever da Administração a continuidade do certame em relação a eles.

3. Do cuidado que o gestor deve ter para não praticar ato com abuso de poder.

Se a Administração precisa de mão de obra para o exercício da atividade objeto do concurso é interessante que chame os excedentes ou, em caso de concurso em que haja curso de formação, seja feita a homologação parcial dele e a absorção dos candidatos não eliminados.

O que é terminantemente proibido é ter vagas, não serem chamados os excedentes e a Administração realizar contratações precárias para suprir a necessidade que possui para o desempenho eficiente de suas atividades.

A satisfação do interesse público, pretensão final da Administração Pública, encontra-se diretamente vinculada à existência de certas prerrogativas atribuídas ao administrador. O exercício de tais poderes deve ser feito, invariavelmente, em consonância com os dispositivos legais, de tal sorte que, uma vez realizada conduta diversa, qual seja, aquela caracterizada pela desarmonia com os princípios e com diploma legal vigente, o abuso de poder estará configurado.

Segundo CAIO TÁCITO^[1], a inércia, dolosa ou culposa, do administrador ao deixar de praticar determinado ato ou fato, ou ainda, ao postergar sua prática, incorre em abuso de poder e, ao provocar uma lesão patrimonial, implica sua reparação e correção judicial.

Este vício é típico dos atos discricionários – em que é atribuída à autoridade certa margem de liberdade nas análises de conveniência e oportunidade – e, por essa mesma razão, mostra-se como uma das modalidades de controle da discricionariedade do Estado. O abuso de poder, em quaisquer de suas modalidades, sempre representa manifesto desprestígio à proporcionalidade que deve haver entre o ato administrativo e o fim por ele visado, de sorte que implica uma atuação em detrimento do interesse público.

4. As contratações precárias e o abuso de poder. A alternativa dos excedentes.

Uma situação que poderia gerar o direito à nomeação do candidato aprovado de imediato é quando ocorre sua preterição em razão de a Administração, ilegalmente, se valer das contratações precárias para obter contingente humano para o desempenho das funções que deveriam ser exercidas pelos candidatos aprovados em concurso público.

Essa prática, infelizmente, é muito comum e a sua repressão pelos órgãos de controle ainda não está a merecer aplausos.

Mais uma vez nos valendo da clareza e facilidade do exemplo, citamos um caso em que um Órgão faz um concurso para o cargo de analista, especialidade em contabilidade. Há 50 (cinquenta) vagas e 200 (duzentos) aprovados. Todavia, ao invés de a Administração nomear os referidos candidatos aprovados, simplesmente faz uma licitação e contrata uma empresa para terceirizar o serviço de contabilidade,

[1] TÁCITO apud MEIRELLES, 2004, p. 109, 112

que é um serviço permanente e, por isso, deveria ser suprido por meio de contratação de pessoal aprovado em concurso público.

Há violação a inúmeros princípios e incontestável demonstração de necessidade da Administração na contratação de pessoal para o desenvolvimento da permanente função, razão pela qual os candidatos aprovados possuem direito à imediata nomeação.

Neste sentido é a autorizada lição de **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**^[2]:

[...] se o candidato é aprovado no concurso e há omissão ou recusa para a nomeação, apesar de ficar comprovado que a Administração, certamente por incompetência ou improbidade, providenciou recrutamento através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual o candidato foi aprovado, passa este a ter direito subjetivo ao ato de nomeação. **Tal direito subjetivo tem fundamento na constatação de que a Administração tem necessidade da função e, por conseguinte, do servidor para exercê-la, não podendo suprir essa necessidade por contratação precária se há aprovados em concurso para supri-la.**

No mesmo sentido caminha a mansa e pacífica jurisprudência do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ATO OMISSIVO. ILEGALIDADE. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA.

Comprovada a aprovação — era primeiro lugar — no concurso para auxiliar de contabilidade, dentro, pois, do número de vagas oferecidas pelo Edital — duas, bem como incontroverso que houve a *contratação, em*

caráter precário, de profissionais para suprir a carência de pessoal para a execução dos serviços contábeis, *nasce, assim, o direito líquido e certo de exigir da autoridade competente a nomeação*, pois demonstrada, inequivocamente, a necessidade de servidores para essa área^[3].

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ATO OMISSIVO. ILEGALIDADE. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA.

Comprovada pelas recorrentes a classificação no concurso para auxiliar de enfermagem dentro do número de vagas oferecidas pelo Edital, bem como incontroverso que houve a *contratação, em caráter precário*, de profissionais para suprir a carência de pessoal para a execução dos serviços de saúde, *nasce, assim, o direito líquido e certo das recorrentes de exigir da autoridade competente a nomeação*, pois demonstrada, inequivocamente, a necessidade de servidores para essa área, no caso os aprovados no certame.^[4]

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. ATO COMPLEXO. COMUNHÃO DE VONTADES. REITOR E MINISTRO DE ESTADO. DECRETO 1.658/95. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA, A TÍTULO PRECÁRIO. EXISTÊNCIA DE CANDIDATA APROVADA, EM PRIMEIRO LUGAR, EM CONCURSO AINDA VÁLIDO. *PRETERIÇÃO CARACTERIZADA EM FACE DA AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO*. COMPROVAÇÃO DA

[2] Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 568.

[3] STJ, ROMS 11.966, Rel. Min. Felix Fischer, jul. 21/02/2002

[4] STJ, ROMS 10.966, Rel. Min. Felix Fischer, 19/06/2001

NECESSIDADE E PERENIDADE DA VAGA OFERTADA. CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO NA SUA LIQUIDEZ E CERTEZA.

II - A doutrina e jurisprudência já consagraram o brocardo da “aprovação em concurso público gerar mera expectativa de direito”. Todavia, constatando-se a necessidade perene de preenchimento de vaga, bem como a existência de candidata aprovada, em primeiro lugar, em concurso ainda válido, a expectativa se convola em direito líquido e certo, principalmente, quando se verifica a existência de contratação temporária para o exercício das mesmas funções do cargo em comento. Precedentes^[5].

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE.

1. É unânime na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso públicos possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse direito se, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, à título de contratação precária. (STJ, REsp. 175.613, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ. 10/05/1999)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

NÃO EXISTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO.

1. É unânime na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso públicos possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse direito se, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, à título de contratação precária^[6].

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO. PRAZO DE VALIDADE. PRETERIÇÃO. CANDIDATOS APROVADOS CONTRATADOS PRECARIAMENTE DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DE CONCURSO DESTINADO AO PREENCHIMENTO DE VAGAS PARA O MESMO CARGO.

[...]

- Nasce o direito à nomeação, se dentro do prazo de validade do concurso para o provimento dos cargos ocorre contratação precária, até mesmo dos próprios aprovados no certame, com manifesto desprezo ao resultado do concurso. Segurança concedida para assegurar aos impetrantes o direito à nomeação, observada a ordem de classificação e o número de cargos vagos.^[7]

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE. RECURSO ESPECIAL.

[5] STJ, MS 8.011, Rel. Min. Gilson Dipp, jul. 28/08/2002

[6] STJ, ROMS 11.714, Rel. Min. Edson Vidigal, 06/07/2001

[7] STJ, ROMS 9.745, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 26/10/1998

1. É unânime na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso públicos possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse direito se, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, à título de contratação precária^[8].

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. VAGA. EXISTÊNCIA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DO SERVIÇO.

Comprovada a existência de vaga e demonstrada a necessidade de pessoal, em razão da contratação temporária para exercício da função de professor do ensino fundamental, exsurge o direito líquido e certo da impetrante à nomeação no cargo para o qual fora aprovada em concurso público de provas e títulos. Precedentes^[9].

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR. CONTRATAÇÕES, A TÍTULO PRECÁRIO, DURANTE A VALIDADE DO CERTAME. CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES.

1. É cediço que os concursandos não possuem direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa. Contudo, *essa expectativa se*

convola em direito subjetivo, com a imposição à Administração de nomear o aprovado dentro do prazo de validade do certame, caso tenha havido contratação a título precário para o preenchimento de vaga existente, em detrimento da nomeação de candidato aprovado em certame ainda válido, exatamente como ocorrera na espécie, daí a liquidez e certeza do direito.

2. Recurso conhecido e provido para determinar à autoridade coatora que efetive a nomeação e posse do Recorrente no cargo para o qual foi aprovado em concurso público.^[10]

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ENSINO FUNDAMENTAL. NOMEAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. VAGA. EXISTÊNCIA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DO SERVIÇO.

I - Comprovada a existência de vaga e demonstrada a necessidade de pessoal, em razão da contratação temporária para exercício da função de professor do ensino fundamental, exsurge o direito líquido e certo à nomeação no cargo para o qual o candidato fora aprovado em concurso público de provas e títulos. Precedentes.^[11]

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO DA REDE PÚBLICA DE ENSINO DO DISTRITO FEDERAL. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO SUBJETIVO DE CANDIDATOS APROVADOS

[8] STJ, REsp 263.071, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 04/12/2000

[9] STJ, ROMS 16.632, Min. Rel. Felix Fischer, DJU 30/08/2004

[10] STJ, ROMS 17.302, Rel. Min. Laurita Vaz, jul. 21/06/2006

[11] STJ, RMS 18.338, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 29/11/2004

À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação. Porém, tal *expectativa se transforma em direito subjetivo para os candidatos quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação precária de terceiros*, concursados ou não, para exercício dos cargos. Precedentes.

2. Hipótese em que restou demonstrada nos autos a existência e a necessidade de preenchimento das vagas, tendo em vista a contratação temporária de terceiros, em detrimento de candidatos aprovados no concurso público.^[12]

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. ILEGALIDADE.

[...].

III - Comprovada pela recorrente a classificação no concurso para professor de língua portuguesa, em primeiro lugar, em ambos os cargos que disputou, bem como incontroverso que houve a contratação, em caráter precário, de profissionais para suprir a carência de pessoal *nasce, assim, o direito líquido e certo de exigir da autoridade competente à nomeação*, pois demonstrada, inequivocamente, a necessidade de servidores para essa área^[13].

AGRAVO ADMINISTRATIVO. REGIMENTAL. CONCURSO

PÚBLICO. GUARDA PENITENCIÁRIO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA A TÍTULO PRECÁRIO. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO VÁLIDO. PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE E PERENIDADE DAS VAGAS OFERTADAS. LEI 10.254/90 E DECRETO 35.330/94. INAPLICABILIDADE. CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO NA SUA LIQUIDEZ E CERTEZA.

I - A doutrina e jurisprudência já consagraram o brocardo da “aprovação em concurso público gerar mera expectativa de direito”. Todavia, constatando-se a necessidade peregrina de preenchimento de vaga e a existência de candidato aprovado em concurso válido, a expectativa se convola em direito líquido e certo, principalmente quando o mesmo encontra-se contratado provisoriamente, para exercício das mesmas funções do cargo em comento. A segunda deve, contudo, assegurar o direito à nomeação observando-se a ordem de classificação e o número de cargos vagos^[14].

5. Conclusão

Frente ao exposto, entre o dilema de aproveitar o cadastro de reserva (excedentes) bem como homologar parcialmente o certame para absorver os candidatos não eliminados OU realizar contratações precárias deve o gestor ir pela primeira linha que é a que mais se coaduna com os princípios que orientam a gestão pública. **NP**

[12] STJ, REsp 631.674, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, jul. 08/05/2007

[13] STJ, ROMS 24.151, Rel. Min. Felix Fischer, 16/08/2007

[14] STJ, Ag.Rg. no RMS 12.629-MG, de minha relatoria, D.J. de 15/10/2001