Formas de ingresso em cargo ou emprego público

Regra geral, o art. 37, II da Constituição prevê a forma de ingresso em cargo ou emprego público:

> 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;

Ou seja, é possível o ingresso em cargo público de duas maneiras: por aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos ou por meio de nomeação para cargo em comissão. Detalharemos as duas possibilidades.

É importante a redação da Súmula Vinculante nº 43 do STF:

> É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Isso significa que um servidor não poderá mudar para um cargo para o qual não obteve a aprovação em concurso público.

Concurso público

Concurso público é um procedimento administrativo feito pelo Poder Público para seleção de candidatos mais aptos ao exercício de cargos e empregos públicos. É um procedimento externo e concorrencial. Externo porque dele participam particulares e concorrencial pois se trata de disputa. Sua realização obedece aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, legalidade e meritocracia (art. 37, II, CF/88).

Não se aplica concurso público para:

- cargos em comissão;
- funções de confiança;
- contratados temporários;

- contratação de agentes comunitários de saúde e de combate às endemias (art. 198, §4º da CF/88);
- agentes políticos (eleitos);
- particulares em colaboração com a administração;
- magistrados que ingressam nos tribunais pelo quinto constitucional e os componentes dos Tribunais Superiores;
- contratação de professores em Universidades Federais (julgamento da ADIn nº 1.923 pelo STF em 2015: é constitucional a Lei nº 9.637/98 que disciplina as Organizações Sociais, admitindo-se terceirização na contratação do pessoal por essas entidades).

A administração pública se vincula a dois pressupostos para a abertura de concursos públicos: necessidade de preenchimento de vagas e a disponibilidade de recursos para remunerar tais cargos. O concurso público poderá ser de provas ou de provas e títulos. A Constituição não admite concurso público exclusivamente de títulos.

Discute-se na jurisprudência se é possível utilizar exame psicotécnico para habilitação de candidato no concurso. A Súmula Vinculante nº 44 do STF dispõe que o candidato só poderá se sujeitar a esse exame se houver previsão legal.

Outras súmulas do STF essenciais a respeito do tema e que tratam da idade e do veto ao candidato são:

> **Súmula nº 683:** O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.
>
> **Súmula nº 684:** É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.

Também é importante diferenciar o direito subjetivo à nomeação da mera expectativa de direito. O candidato aprovado dentro do número de vagas abertas no edital terá direito à nomeação; isso significa que a administração pública não poderá deixar de nomeá-lo, mesmo se decorrido o prazo do concurso.

Assim, a aprovação gera expectativa de direito à nomeação. Haverá direito adquirido (subjetivo) à nomeação ocorrendo uma das seguintes hipóteses:

- desrespeito à ordem classificatória;
- contratação temporária para a mesma função;
- aprovação dentro do número de vagas anunciada pelo edital;
- requisição de servidores para exercer a mesma função;
- desistência do candidato aprovado na posição anterior;
- convocação dos candidatos para apresentação dos documentos necessários à nomeação;
- prática de ato que torne incontestável a necessidade de preencher novas vagas.

O candidato aprovado, classificado e nomeado só ocupará a vaga após a posse. Se ele tiver o direito líquido e certo à nomeação, deverá utilizar o mandado de segurança com pedido de medida liminar ou ação ordinária com antecipação da tutela para defender seu direito.

Os candidatos não aprovados para o número de vagas previstas, porém classificados, têm mera expectativa de direito. É possível que a expectativa seja convertida em direito subjetivo, conforme estabelece a Súmula nº 15 do STF:

> Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

É possível a abertura de novo concurso, desde que os candidatos já aprovados tenham prioridade sobre os novos. Conforme o art. 37, IV, da CF/88:

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

Segundo a Súmula nº 266 do STJ, o diploma de habilitação legal para exercício do cargo deverá ser requerido na posse, não no momento da inscrição.

O prazo de validade de um concurso é de até 02 anos, prorrogável uma vez por igual período. O prazo começa a ser contado a partir da data de homologação do concurso.

O prazo de validade fixado no edital vincula o período de prorrogação. Se o edital define a validade por 9 meses, a prorrogação possível deverá ser de 9 meses.

Nomeações para cargo em comissão

O **cargo em comissão** é autorizado para chefia, direção e assessoramento (art. 37, V, CF/88). O regime jurídico é parcialmente disciplinado, no âmbito federal, pela Lei nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público). Portanto, é um cargo acessível sem concurso público e de exoneração imotivada. Exemplo de ocupantes de cargo em comissão são os assessores parlamentares.

Já a **função de confiança** é ocupada por servidor efetivo, de carreira, também exclusivamente para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, independente de novo concurso público. Por exemplo, a função de chefia na procuradoria do município só poderá ser exercida por um procurador concursado. Assim, deve haver vinculação prévia com o serviço público.

Ainda, é necessário observar a vedação ao nepotismo prevista na Súmula Vinculante nº 13 do STF:

> A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Portanto, nomear qualquer uma das pessoas elencadas na súmula para exercer cargo em comissão, de confiança ou função gratificada na administração pública direta e indireta é inconstitucional.