

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: aplicação jurídica em concursos públicos***CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE: legal analysis in public tenders*****André Victor Pereira¹****Carlos Henrique Passos Mairink²**

Resumo: Trata-se de um artigo de revisão, utilizando-se as bases de dados Gloogle Acadêmico e SciELO para levantamento das obras consultadas, além da JusBrasil para consulta jurídica. O objetivo é a compreensão dos aspectos jurídicos envolvidos na aplicação da responsabilidade objetiva do Estado em concursos públicos, bem como, analisar a aplicação do direito pelo judiciário e suas especificações. Com o surgimento do Estado Democrático de direito, surgiu para o Estado a responsabilidade objetiva pelos atos que seus agentes causarem a terceiros, nesta qualidade. A primeira ideia era a teoria da irresponsabilidade administrativa, ou seja, o Estado não respondia pelos seus atos danosos; a teoria subjetiva surgiu, à medida que comprovasse dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano; ainda, surgiu a teoria da culpa do serviço, devendo o particular que sofreu o dano comprovar que o serviço foi prestado de forma ineficiente ou com certo tipo de atraso, não sendo necessário comprovar a intenção do agente causador; e a teoria adotada, risco administrativo, deve o particular, comprovar apenas três requisitos, assim o seja, o dano causado, a conduta do agente e o nexo de causa e efeito entre estes. Nesse sentido, a investidura em cargo público dar-se-á mediante aprovação em concurso público e processo seletivo, visando a aplicação da imparcialidade e isonomia entre os candidatos à vaga, entretanto, ocorre que por ineficiência da administração ou falta de zelo, falhas acontecem na elaboração e execução das etapas do certame, o que enseja o dever de indenizar ao particular por parte da administração pública. Atos anulatórios em concurso público são recorrentes, como será visto, por ineficácia no desenvolvimento e observação das regras específicas de cada cargo, o que enseja o dever de indenizar. Apesar da maioria dos tribunais reconhecerem a mera expectativa de um direito, a nomeação em concurso público, quando este será anulado interfere na esfera particular do indivíduo, por óbvio, causa um dano extrapatrimonial que deve ser indenizado, como veremos a mudança de posicionamento dos tribunais. Independentemente do tamanho do dano, deve ser indenizado, ora, se houver conduta do ente estatal, dano e nexo entre eles, enseja o dever de reparação.

Palavras-chaves: Responsabilidade do Estado; concurso público; erros matérias e formais em editais; dever de indenizar; dano moral; e, dano material.

Abstract: This is a review article, using the Academic Gloogle and SciELO databases to survey the works consulted, in addition to JusBrasil for legal consultation. The objective is to understand the legal aspects involved in the application of the objective responsibility of the State in public tenders, as well as to analyze the application of the law by the judiciary and its specifications. With what its agents are responsible for this Democratic State of law, for the State's responsibility acts are caused by third parties. The first idea was the theory of administrative irresponsibility, that is, the State is not responsible for its harmful acts; a subjective theory emerged, as it proved the damage or guilt in the conduct of the agent causing the damage; necessary, the theory of fault of the service emerged, developing the individual who suffered the damage even if the service was provided in an inefficient way or with the right type of error, not being verified the intention of the causative agent; and the planned,

¹Aluno do curso de direito da Faculdade Minas Gerais - FAMIG

² Professor e orientador do curso de direito da Faculdade Minas Gerais - FAMIG

administrative risk, should the particular, be just three requirements, so the causer, the conduct of the agent and the nexus of cause and effect. In this sense, the investiture in public charge will be approved in a public tender and selection process, aiming at the application of impartiality and isonomy between candidates for the vacancy, however, it happens that due to inefficiency of the administration or zeal, flaws occur in the preparation and execution of the steps of the right, which gives rise to the duty to indemnify the individual on the part of the public administration. Annulment acts in public tender are recurrent, as it will be, due to ineffectiveness in the development and observation of the observed rules of each load, which, in view, gives rise to the duty to indemnify. Despite a public contest, the appointment in public, when this will be an interference in the private sphere of the individual, will obviously cause extra-patrimonial damage that must be identified as a change in the positioning of the courts. Regardless of the damage of the damage, it must be compensated, however, if there is damage of the state entity, nexus between them, occasion or duty of size.

Keywords: State responsibility; public tender; material and formal errors in public notices; duty to indemnify; moral damage; and, material damage.

1. INTRODUÇÃO

O referido artigo científico de revisão, teve como base o levantamento de dados e obras científicas através das plataformas de pesquisa – Google Acadêmico e SciELO – além disso, visando uma consulta jurídica acerca do tema foi utilizada a JusBrasil (plataforma digital de julgados e obras jurídicas científicas). Essa pesquisa teve em vista responder quais os aspectos jurídicos envolvidos na aplicação da responsabilidade objetiva do Estado na realização de concursos públicos, bem como analisar a dificuldade de aplicação do direito pelo judiciário e suas especificações.

Assim a responsabilidade objetiva do Estado é importante para garantir a isonomia entre os particulares, assim, o trabalho visa observar a aplicação jurídica e os conceitos envolvidos nos concursos públicos. O marco teórico resume-se na pesquisa dos periódicos: responsabilidade do Estado; concurso público; erros matérias e formais em editais; dever de indenizar; dano moral; e, dano material; nas plataformas digitais, sendo selecionado os artigos e julgados que mais se adequam a tema.

Decorrente ao extensos números de candidatos que participam da seleção para concursos públicos, que aplicam todo um esforço físico e emocional para a tão sonhada aprovação e, muitas vezes são prejudicados por erros administrativos na sua aplicação e, ainda, decorrente disso não tem o devido amparo do judiciário, enfim, qual a dificuldade de aplicação e reconhecimento da responsabilidade objetiva em concursos públicos? Essas e outras perguntas, serão abordadas no presente trabalho.

Têm-se que o Estado aplica a teoria objetiva na responsabilidade civil por seus atos, diversas são as teorias evolutivas até o modelo atual previsto no art. 37, §6º da CF/88. Ademais, a realização de concursos públicos é uma obrigação constitucional, logo, consoante ao art. 37, II da CF/88 diz que a investidura em cargos públicos dar-se-á após aprovação em concurso público, observada as ressalvas dos cargos em comissão, transitórios, eletivos, ex-combatentes, ministros dos tribunais e os agentes honoríficos, entre outros.

Devido a ineficiência do Estado em realizar uma administração profissional diversos danos decorrentes de atos anulatórios de concursos públicos ocorrente, entretanto, apenas o dano patrimonial é reconhecido pelo judiciário, o que não deve prevalecer, pois há um dano além da esfera material do indivíduo.

Ainda, tanto na elaboração dos editais – lei do concurso, que baseiam-se em uma lei orgânica do cargo público, como na carreira de oficial da polícia militar. Consoante a isso, em todas as etapas, devido a subjetividade pode ocorrer danos extrapatrimoniais, que afetam os particulares.

2. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O dinamismo do direito é notório, e no que tange a responsabilidade do Estado por danos que seus agentes causarem a particulares, não é diferente. Atualmente, têm-se um entendimento pacífico no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não era o que prevalecia nos primórdios da sociedade, apesar de já existirem normas que limitavam a atuação do Estado e da Sociedade. Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, surgiu a ideia de que a Administração Pública se submete aos mesmos direitos e deveres que seus administrados estão obrigados (JOSE, 2009).

Nessa perspectiva, o Estado, na atividade administrativa, ao causar danos aos particulares tem o dever de ressarcir, independentemente de haver um contrato entre eles, pois, sua atuação é danosa a alguns e benéfica para outros. Assim, o particular que sofre esse dano não deve suportá-lo sozinho, surgindo então, a Responsabilidade Extracontratual, que não deriva de nenhum contrato entre as partes, mas, somente da atuação danosa da Administração que atua em benefício da coletividade (JOSE, 2009; PAIVA, 2018).

Esse dever advém do princípio da isonomia, consoante ao sistema jurídico pátrio, ou seja, quando o Estado atuando em benefício da coletividade causa prejuízo específico ao particular ou grupo de particulares, nasce para ele o dever de indenizar. Ora, nada mais justo, pois, o

administrado que sofreu o dano não deve suportá-lo sozinho, por isso, indeniza-se, afim de mitigar essa desigualdade causada pela atuação estatal (CARVALHO, 2021).

Diante disso, não é necessário um contrato, pois, decorre da atuação estatal Consoante aos dizeres da própria Constituição Federal em seu art. 37, §6º, “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou de culpa” (CASTRO, 2021).

2.1 Teorias evolutivas da responsabilidade civil do Estado

A priori, não havia responsabilidade, pois, nas monarquias absolutista existia a figura do rei, por ser personificação divina, nunca errava, logo, não havia que se falar em prejuízo. Surgia, portanto, a **teoria da irresponsabilidade administrativa**, ou seja, o rei nunca erra (*The king can do not wrong*). Para essa premissa o rei nunca errava, ora, por óbvio, não poderia ser contestado por seus súditos, assim, o Estado nunca falhava (CARVALHO, 2021).

Consequente, com a evolução da sociedade e considerando o caso histórico “Blanco” – uma garota foi atropelada por um vagão ferroviário, o que há época gerou grande comoção da sociedade francesa, logo, houve responsabilização do Estado por sua omissão, o que gerou uma nova teoria, a **responsabilidade com previsão legal** (CARVALHO, 2021).

Sucessivamente a essa teoria, têm-se que a sociedade evolui em uma velocidade maior que a de suas próprias normas, nesse contexto, houve a ideia de **responsabilidade subjetiva ou teoria civilista**, para esta, ligada a intenção do agente público, ou seja, a ideia de dolo ou culpa na produção do resultado danoso. Portanto, havia a necessidade de comprovar a conduta do agente público, o resultado, o nexos entre conduta e resultado, bem como, o elemento subjetivo do agente. Aqui, bem limitado sua comprovação e desproporcional ao particular, pois, devia provar o elemento subjetivo (CARVALHO, 2021).

Por óbvio, o particular estando em uma posição inferior em relação ao Estado, para garantir maior isonomia e combater essa desigualdade, pois, era quase impossível comprovar o elemento subjetivo. Daí, houve evolução legislativa e doutrinária, surgindo a **Teoria da Culpa do Serviço**, visando uma garantia maior à vítima (administrados), para ela devia provar apenas que houve um serviço prestado de forma ineficiente ou com certo tipo de atraso, não sendo necessário comprovar a intenção do agente causador. Entretanto, apesar de ter evoluído em relação à anterior, mostrava que era difícil comprovar a culpa anônima na prestação do serviço

(CARVALHO, 2021).

Por fim, conforme teoria adotada no art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, temos a **responsabilidade civil objetiva**, para esta, basta a comprovação da conduta estatal, do dano sofrido e do nexo entre conduta e o dano. Assim, mesmo diante de uma conduta lícita, causadora de um dano ao particular, enseja o dever de indenizar, preservando a isonomia entre administração e particulares. Uma grande evolução, assim, o particular comprova esses três elementos. O Estado, para não ficar em prejuízo, pode entrar com **ação de regresso** contra o agente público causador do dano, devendo comprovar além destes o elemento subjetivo do agente, sendo mais difícil à indenizar os cofres públicos (MASSON, 2021; CARVALHO, 2021).

Assim, de acordo com o professor Cláudio José (2009), assim conceitua:

A responsabilidade civil se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais, sendo que com base em tal premissa podemos afirmar que a responsabilidade civil do Estado é aquela que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor um dano patrimonial causado a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas atribuições.

Portanto, o Estado por meio de seus agentes públicos, quando atuando nessa qualidade, causarem danos à terceiros, aplica-se a teoria objetiva, comprovando apenas três elementos: conduta, nexo e resultado. Devendo, dessa forma, reparar o dano causado, garantindo a isonomia entre os particulares.

3. FORMAS INVESTIDURA

Visando atingir o interesse público, devem haver pressupostos legais anteriores como requisitos para a investidura em cargos e empregos públicos, afim de limitar o uso indevido pelos administradores da máquina estatal como forma de “cabide de emprego” de seus apoiadores (MASSON, 2021).

Portanto, visando essa limitação, os servidores e empregados públicos devem ter certa estabilidade para desenvolver sua função sem restrição de que poderá perdê-la em virtude de quem governa, nesse sentido, em concordância com os princípios do art. 37 da CF/88, ou seja, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o servidor goza de estabilidade.

3.1 Concurso público

A ideia do concurso é justamente limitar uma discricionariedade de escolha dos agentes públicos pelo chefe do Poder executivo, assim, deve pautar-se pelos princípios constitucionais, norteador de sua atuação, não podendo, em virtude disso, beneficiar particulares específicos em detrimento de outros. Caso queira pessoas para atuarem em cargos de comissão, que há uma certa confiança entre ambos, poderá utilizar-se dos cargos políticos (Ex.: secretarias e ministérios), pois deles, decorrem ser de livre nomeação e exoneração, estes sim, devem estar alinhados com o governante, diferente das demais funções, que gozam de estabilidade (CASTRO, 2021).

Assim, decorrente da impessoalidade, no art. 37, I, da CF/88 diz que “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” é também, o que diz Figueiredo (2015). Ainda, no mesmo artigo, no inciso II da CF/88, dispõe sobre a obrigatoriedade de realização de concursos públicos:

Art. 37º, 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. (BRASIL, 1988)

Portanto, conforme análise e Castro (2021) e Figueiredo (2015), o que decorre dessa observação é que será considerado algo contrário a carta magna, qualquer forma que não atenda aos requisitos estabelecidos em lei para o exercício de funções públicas estatais, assim, veda-se que particulares, por motivos diversos daqueles previstos em lei acessem aos cargos públicos. Logo, deve haver isonomia entre os candidatos em concurso público, consoante ao que diz o estatuto (normas de determinada carreira que define direitos, deveres, garantias e formas de investidura, etc.), bem como os preceitos da impessoalidade (sem favorecimento, ampla concorrência entre os candidatos) e da publicidade (por meio dos editais).

3.1.1 Exceções aos concursos públicos

A própria Constituição Federal poderá criar os casos de excepcionalidade, assim em seu art. 37, II, estabelece os **cargos em comissão**, e por causa da confiança que deve existir, serão para as

funções de chefia, assessoramento e direção, sendo, portanto, de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1988).

É cediço, que em eventual necessidade de interesse público urgente, como nos casos de calamidade pública, entre outras, é dispensado a contratação por meio de concurso público, entretanto, estes servidores não gozam de estabilidade. Portanto, são **cargos transitórios** e em situações excepcionais, que, devido ao interesse público, não é conveniente a realização de concurso público, vez que atrasaria sua prestação (OHTOSHI, 2013; CASTRO, 2021).

Outra exceção, são os **cargos eletivos**, ou seja, através da livre escolha da sociedade, como exercício da democracia. Assim, tais cargos não podem submeter-se à concurso de prova ou provas e títulos (CASTRO, 2021).

Ainda, têm-se os **ex-combatentes**, conforme previsão no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, art. 53, I, sendo-lhe garantido o aproveitamento em cargos públicos, sem a realização de concurso público (MASSON, 2021).

Os **ministros dos Tribunais**, são por indicação e aprovação do Congresso Nacional: Supremo Tribunal Federal - STF, Tribunais de Contas, União, Estados e Municípios – TCU, TCE ou TCM e, Superior Tribunal de Justiça, entre outros tribunais superiores (MASSON, 2021).

Os **agentes comunitários de saúde e os de combate às endemias**, também não realizam concurso, conforme previsto no art. 198, §8º da CF/88. Nessa perspectiva, o que ocorre, como diz a lei 11.350/06, é a realização de um processo seletivo diferenciado, de provas ou provas e títulos, considerando, entretanto, as atribuições e especificidades do cargo (MASSON, 2021).

Por fim, as empresas estatais, sob o regime jurídico de direito privado, podem realizar contratação direta, sem a necessidade de realização de concursos públicos (CARVALHO, 2021).

3.2 Processo Seletivo Simples – PSS

O processo Seletivo simples tem fundamentação no art. 37, inciso IX, que dispõe que “*a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*”. Assim, em casos excepcionais, o administrador poderá dispensar burocracias de realização de concursos públicos e realizar uma seleção simplificada, transitoriamente, enquanto durar a necessidade excepcional (BRASIL, 1998)

Portanto, deve o administrador garantir a realização do PSS, afim de atender o real interesse

público excepcional.

3.3 Seleção de Estágio

Assim como no item anterior, há uma seleção, ocorre uma disponibilidade e ocasionalidade das vagas de estágio, sendo elas, formalizadas através de uma matrícula em uma instituição de ensino superior, técnico-científico ou outra instituição de ensino, bem como em empresas públicas e privadas que favorecem o aprendizado dos jovens profissionais, por meio de um termo de compromisso entre ambos. O estágio poderá ser obrigatório, como componente de grade curricular ou não obrigatório, sendo um complemento de atividade, afim de favorecer o aprendizado (CARVALHO, 2021; MASSON, 2021).

Deste modo, estágio é através da disponibilidade e ocasionalidade, não havendo seleção por meio de concurso público.

4 ATOS ANULATÓRIOS DE CONCURSOS PÚBLICOS

Os agentes públicos são a materialização da força bruta das pessoas jurídicas públicas, eles que desenvolvem e prestam os serviços públicos. Portanto, são eles que dão vida a máquina estatal. Para a Controladoria Geral da União (2022), “*agente público é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, que exerce funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública*”. Portanto, é todo aquele investido de função pública e atua objetivando o interesse público na prestação de serviços.

Nesse sentido ao anular um concurso público afeta necessariamente o serviço público e, portanto, o próprio ente público que precisa de profissionais para o desenvolvimento de suas atividades. Logo, é uma via de mão dupla, tanto o particular que realizou o concurso quanto o Estado sairão em desvantagem com a anulação, por óbvio, o particular sai em desvantagem, pois, a realização das etapas é onerosa, financeiramente e psicologicamente ao candidato e decorre do princípio da Supremacia do Interesse público (CARVALHO, 2021; MASSON, 2021).

Em recurso de apelação, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCURSO

PÚBLICO ANULADO. CANDIDADO RESIDENTE EM CIDADE DISTINTA DA REALIZAÇÃO DA PROVA. DANOS MATERIAS COMPROVADOS. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. DANOS MATERIAIS – RESSARCIMENTO INTEGRAL. APELAÇÃO CÍVEL. Restando configurada a prática de ato ilícito por organizadora de concurso público que resultou na anulação do certame, imperativo ressarcimento pelos danos materiais despendidos pelo candidato e devidamente comprovados nos autos – DANOS MORAIS – NÃO CONFIGURAÇÃO – Hipótese dos autos em que não há prova de que os danos morais realmente tenham ocorrido, porquanto não se presumem, por si só, a partir das circunstâncias narradas na inicial. Ocorrência de meros dissabores, sem prova do efetivo abalo à esfera jurídica do autor, que não ensejam o dever de indenizar. Precedentes. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-RS_AC_70039854609)

Nesse mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONCURSO PÚBLICO ANULADO PELA ADMINISTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA. 1) Não tendo os recorrentes concorrido para os vícios que ensejaram a nulidade do certame, não podem ser onerados com a perda da quantia dispendida para a realização da respectiva inscrição. Precedente. 2) Dano moral não caracterizado. 3) Recurso conhecido e parcialmente provido para condenar o Município a devolver a quantia como taxa de inscrição.

Os julgados convergem ao **não acatamento do pedido de dano moral** em virtude de anulação de concurso público, entretanto, consideram que os danos materiais decorrentes da anulação são procedentes, mais precisamente, a restituição dos valores pagos como taxa de inscrição. Há que discordar de ambos os julgados, ora, ao realizar um concurso público que é difícil e concorrido, o candidato coloca expectativa e prepara-se previamente a sua realização, às vezes, todos os seus esforços psicológicos, materiais, financeiros e o tempo, são para a busca da tão sonhada aprovação. Nesse contexto, há um dano além do material na esfera privada do indivíduo, uma perda de oportunidade e um abalo psíquico.

Dessa forma, há de se falar em um dano além da esfera material ou patrimonial, sendo, portanto, extrapatrimonial. Assim, conceitua Cícero Antônio Favaretto (2008. p. 13):

“[...] o instituto jurídico do dano extrapatrimonial possui três funções básicas: compensar alguém pela lesão provocada à sua esfera personalíssima; punir o ofensor; e, por último, dissuadir e/ou prevenir a repetição do mesmo tipo de evento danoso, tanto em relação ao lesante quanto à sociedade em geral.”

Indubitavelmente, a anulação de um concurso público causa danos além da esfera material do indivíduo. Nesse sentido, considerando a teoria do risco administrativo, em que pese, a necessidade de comprovação objetiva da conduta do Estado, ou seja, a anulação de um concurso por ilegalidade que a própria administração causou, o resultado danoso à esfera da personalidade do indivíduo, ou seja, o dano moral e, por fim, o nexo entre conduta estatal e resultado danoso ao particular.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME ANTE A EXISTÊNCIA DE **FRAUDES** EM SUA EXECUÇÃO E IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DA EMPRESA ORGANIZADORA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE FUNDAMENTADA NA AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO QUE NÃO SE APLICA A ENTIDADE ORGANIZADORA DA COMPETIÇÃO. OMISSÃO QUANTO A ANÁLISE DE SUA RESPONSABILIDADE AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. **DANO MORAL CONFIGURADO**. A participação em concurso público traz consigo a possibilidade de sua anulação com base no dever de autotutela da Administração Pública, circunstância que não enseja o dever de indenizar, pois possível em todo e qualquer ato administrativo. Excludente, no entanto, que não se aplica a entidade organizadora do concurso, escolhida sem licitação e sem capacidade técnica para a sua realização, culminando com inúmeras fraudes. Omissão quanto a responsabilidade a organizadora do concurso no que concerne ao dano moral, que restou plenamente configurado. Valor fixado com base nos aborrecimentos causados e na frustração legítima e não na remuneração informada no Edital do concurso. Conhecimento e provimento do recurso. (TJ-RJ, APL 0005751-02.2013.8.19.0068)

Esse também é o entendimento da suprema corte, portanto, aplica-se a teoria do risco administrativo ao Estado, subsidiariamente ao da organizadora do concurso, quando se vê indício de fraude, veja o julgado do STF de relatoria do Sr. Min. Luiz Fux:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANULAÇÃO DO CONCURSO POR ATO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM FACE DE INDÍCIOS DE FRAUDE NO CERTAME. DIREITO À INDENIZAÇÃO DE CANDIDATO PELOS DANOS MATERIAIS RELATIVOS ÀS DESPESAS DE INSCRIÇÃO E DESLOCAMENTO. APLICABILIDADE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE DIRETA DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO ORGANIZADORA DO CERTAME. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. A responsabilidade civil do Estado subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 2. O Estado e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, quando comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido pelo particular. 3. A pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público responde de forma primária e objetiva por danos causados a terceiros, visto possuir personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. 4. **O cancelamento de provas de concurso público em virtude de indícios de fraude gera a responsabilidade direta da entidade privada organizadora** do certame de restituir aos candidatos as despesas com taxa de

inscrição e deslocamento para cidades diversas daquelas em que mantenham domicílio. Ao Estado, cabe somente a responsabilidade subsidiária, no caso de a instituição organizadora do certame se tornar insolvente. 5. Ex positis, voto no sentido de, no caso concreto, dar provimento ao recurso extraordinário interposto pela União Federal, para reformar o acórdão lavrado pela Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Alagoas e assentar que a União Federal responde apenas subsidiariamente pelos danos materiais, relativos às despesas com taxa de inscrição e deslocamento, causados ao recorrido em razão do cancelamento de exames para o provimento de cargos na Polícia Rodoviária Federal (Edital 1/2007) por indícios de fraude. Quanto à tese da repercussão geral, voto pela sua consolidação nos seguintes termos: “O Estado responde subsidiariamente por danos materiais causados a candidatos em concurso público organizado por pessoa jurídica de direito privado (art. 37, § 6º, da CRFB/88), quando os exames são cancelados por indícios de fraude”.

() GRIFO MEU

Nesse mesmo sentido é o voto da relatora MARIA DO CARMO ALVIM PADILHA GERK, no processo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ – RECURSO INOMINADO: RI 0229895-63.2013.8.19.0001 RJ:

TURMA RECURSAL FAZENDIÁRIA Proc. Nº 0229895-63.2013.8.19.001. Recorrente. ESTADO DO RIO DE JANEIRO Recorridos: CATHARINA SEBASTIANA SOARES ALENCAR e outro Relatora: MARIA DO CARMO ALVIM PADILHA GERK Relatório Trata-se de Ação em que as partes Autora requerem anulação do ato de revogação do processo seletivo para contratação temporária, bem como a imediata contratação para prestarem serviço no cargo de assistente social e a indenização por danos morais em valor fixado e dano material no valor de R\$ 40,00. O Estado apresenta contestação, sob o argumento de que a seleção foi anulada por duas razões: 1) ausência de instrumento jurídico que formalizasse a contratação entre a SEASDH e a UERJ, e a não publicação do edital no Diário Oficial. Sentença julgando procedente em parte o pedido, declarando que não é possível a contratação das autoras, sendo que o concurso público foi corretamente anulado e condenando o Estado ao pagamento, a título de danos materiais, do valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) para cada Autora e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada Autora a título de indenização por danos morais. O Estado recorre, alegando ausência de interesse de agir por parte das Autoras quanto à indenização por danos materiais, eis que devolveu a todos os candidatos que requereram administrativamente o valor da inscrição. No mérito, sustenta que o valor fixado por dano moral é extratósferico e a ausência de fundamentação específica voltada à caracterização do dano, estando o Estado no exercício do legítimo-poder da Administração. O Ministério Público opinou pelo conhecimento do recurso. Voto A alegação da ausência de interesse não merece prosperar, eis que a parte não só requereu a indenização por danos materiais como a indenização por danos morais. Quanto à tese da inexistência do dano moral, é certo que o candidato aprovado em concurso público dentro do limite das vagas oferecidas tem apenas uma expectativa de direito. Ressalta-se que não se discute que a anulação do certame deu-se por ato exclusivamente da Administração Pública e é inegável o seu poder de autotutela em rever seus atos e anular os viciados em obediência aos princípios da legalidade. **O que se discute é que não tendo as recorridas praticado qualquer comportamento apto a colaborar com a anulação do certame, devem ou não serem ressarcidas pela dor sofrida após terem estudado e passado dentro do número de vagas.** Na realidade entendo, com a devida vênia, que o fato narrado ultrapassou a seara do mero aborrecimento, contratempo e dissabor a que se dispõem a concorrente às vagas. Tanto é que, não há provas nos autos de que o episódio trouxe maiores desdobramentos na vida das autoras. Além disso, o tempo despendido com estudos e dedicação é favorável ao aperfeiçoamento do seu conhecimento, para eventual hipótese de realização de novo concurso. A propósito: Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCURSO PÚBLICO ANULADO.

DANOS MATERIAIS E MORAIS. Invalidado o concurso público. Dispendio com materiais e aulas contratadas para estudo. Prejuízo não indenizado. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. Considera-se prejuízo extrapatrimonial a ocorrência de alterações psíquicas ou lesão à parte social ou afetiva do patrimônio moral da pessoa. A anulação de concurso, por si só, não resulta em dano moral *in re ipsa*. Inexistência de causa ao direito de reparação. Procedentes da Jurisprudência deste Tribunal. APELAÇÃO DESPROVIDA. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70057216277, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 28/11/2013) Diante do exposto, VOTO pelo conhecimento do recurso e de seu PROVIMENTO para reformar em parte a sentença, mantendo a indenização por dano material, na forma exposta na r. sentença e julgando improcedente o pedido em relação ao dano moral. Rio de Janeiro, 16 de março de 2015 MARIA DO CARMO ALVIM PADILHA GERK. Juíza de direito.

Apesar da maioria esmagadora dos tribunais reconhecerem que não há dano moral, quando, por ventura, o concurso público com ilegalidade venha a ser anulado, com alegação do princípio da autotutela. Assim, quando o ato administrativo venha a estar eivado de vícios de ilegalidade, a administração tem o dever de anular ou convalidar, caso sanável o erro. Entretanto, essa atuação causa danos irreparáveis aos particulares, não há que se dizer em “mera expectativa de direito”, ora, há um dano extrapatrimonial que infere na esfera pessoal do indivíduo e, concorrente a isso, gera o dever do Estado de indenizar. Fato é, que, considerado esse dever de indenizar, por inúmeras vezes o Estado, se assim diz o art. 37, §6º da Constituição Federal, deverá, portanto, fazê-lo.

Não deve o Poder Judiciário, “proteger” o Executivo por tais abusos e ilegalidade que venham a causar danos na esfera pessoal do indivíduo, se este, porventura, venha a trabalhar de forma desastrosa, não observando o contexto normativo que regula sua atuação. Configurado o dano, material, patrimonial ou moral, deve indenizar (BISPO, 2016).

Assim, têm-se que deve investir em um controle de legalidade mais pormenorizado, com o fim de evitar, que o gestor público, cometa falhas e gere dano, que, reitera-se, ser evitável (BISPO, 2016).

Deste modo, não deve prevalecer o entendimento dos tribunais ao não reconhecer o dano moral e o dever de indenizar. Se o Estado, possui os meios disponíveis para evitar que isso ocorra, deve ser punido, indenizando o particular, caso contrário, não há uma equidade entre os particulares, considerando que este, por último, suportar um peso maior que aquele que não sofreu qualquer dano moral ou patrimonial decorrente da anulação de um concurso público (BISPO, 2016; CARVALHO, 2021).

Nessa perspectiva, alguns tribunais vêm mudando tal entendimento, como vemos a corte gaúcho, no julgado de apelação cível, reconhece o dano moral decorrente de irregularidades em

concurso público e exoneração de servidora já empossada no cargo, observe:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO. IRREGULARIDADE EM CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO JUDICIAL DO CERTAME. EXONERAÇÃO DE SERVIDORA DE BOA-FÉ. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR VERIFICADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A prova constante dos autos é farta a demonstrar que a anulação da nomeação da autora para o cargo de professora de ciências do município, decorreu de irregularidades no concurso público apuradas em Ação Civil Pública, cuja sentença foi de procedência para anular o certame. A autora não contribuiu para tais irregularidades. A responsabilidade dos réus decorre do art. 37, § 6º, da CF/88, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Tal responsabilidade é objetiva e, no caso, solidária. A situação narrada envolve dano moral puro, decorrente da própria situação, pois ninguém olvida o abalo sofrido por aquele que tem seu projeto de vida (profissional e pessoal) interrompido por culpa de outrem. No caso em tela, em razão da aprovação no concurso e posterior nomeação e convocação para posse, a autora... pediu demissão do emprego que possuía e mudou-se de cidade. Algumas semanas após foi comunicada da suspensão da nomeação em razão de ação judicial. Ainda que a administração efetivamente tinha que sustar a posse, em razão da determinação judicial, é ela obrigada a reparar os danos causados àqueles concursados aprovados e que nada tiveram a ver com os fatos que macularam o concurso. A empresa responsável pelo certame responde solidariamente pelo seu envolvimento na fraude. Quantum fixado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), importância essa que se mostra suficiente para compensar satisfatoriamente os danos sofridos (princípio compensatório todo o dano deve ser reparado), ao mesmo tempo evitar o enriquecimento sem causa (princípio indenitário nada mais do que o dano deve ser reparado) e punir os demandados (princípio dissuasório), estimulando-os a cuidar melhor do interesse público. APELO PARCIALMETE PROVIDO.

Assim, o referido tribunal foi magnífico em sua decisão, pois, essa é a realidade dos diversos concurseiros no Brasil, que abrem mão de seus empregos, de sua vida privada para lutar pela estabilidade de um concurso público. Deste modo, é desarrazoada a alegação de não haver dano moral por considerar um mero desabor ou uma mera expectativa de direito, comprovando a existência de dano extrapatrimonial, surge o dever de indenizar do Estado, de nada tem culpa o particular da ineficiência Estatal.

5 ERROS EM EDITAIS E EM PROVAS OBJETIVAS – RESPONSABILIDADE

A realização de um concurso público, gera uma expectativa aos candidatos, devido a diversos fatores emocionais, ora, houve abdicação e resiliência, não é fácil a tão sonhada aprovação, cava vez mais os processos seletivos estão mais acirrados e profissionais. Devido a isso, ocorre uma reiterada insatisfação com a forma de organização dos concursos, seja por erros,

despreparo dos aplicadores, e, também, pela falta de organização das bancas (BISPO, 2016).

Os erros da ordem material, como por exemplo, a grafia, a má elaboração de questões, gabaritos com várias opções certas ou erradas, a extrapolação do conteúdo programático, entre outros. Tais irregularidades, poderiam ser consideradas de fácil resolução, sendo convalidadas pela administração, entretanto, o que se vê, são inúmeras lesões aos candidatos, quer seja por anulação da questão, quer seja por ineficiência do Estado em elaborar os editais ou ainda de uma solução que cause o menor dano possível (BISPO, 2016).

Isso é o que se vê no julgado de 13/09/2011 do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, no qual o apelante foi empossado no cargo de delegado bem como o concurso fora homologado, entretanto, o chefe do poder executivo impetrou ação direta de inconstitucionalidade (n.º 598-7-TO), a qual foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, declarando-se a inconstitucionalidade do concurso público em alusão, o respectivo acórdão foi publicado em 12/11/1993.

APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO AFASTADA. DECRETO LEI 20.932/32. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. CAUSA MADURA. ART. 515, § 3º DO CPC - RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ESTADO DO TOCANTINS. ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. EXONERAÇÃO DE DELEGADOS DE POLÍCIA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, §§ 3º E 4 DO CPC - SÚMULA 326 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME 1 O termo a quo para a contagem do prazo prescricional inicia-se quando possível ao titular do direito reclamar, em definitivo, contra a situação antijurídica, o que, in casu, ocorreu com a publicação da última Portaria que o exonerou do cargo de Delegado de Polícia. Princípio da actio nata. 2 Aplicação do art. 515, § 3º, CPC: Princípio da causa madura. Estando a causa madura para julgamento, considerando ainda a ausência de contestação especificamente quanto ao mérito, é caso de julgamento do mérito, com base no art. 515, § 3º, CPC. 3 - O Estado do Tocantins tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do § 6º do art. 37 da Carta Magna. 4 **Assiste razão ao autor ao imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos ocasionados, tendo em vista que restou demonstrado nos autos o equívoco na elaboração do edital do concurso público, desatendidos os princípios da legalidade, moralidade, motivação e impessoalidade, o que levou a anulação do mesmo e, por consequência, a exoneração do autor/apelante.** Grifo meu

Veja só a ineficiência estatal na elaboração do certame, bem como no julgamento da causa. O transcurso do tempo se deu em 18 (dezoito) anos para que se reconhecesse a responsabilidade do Estado pelo dano causado. Têm-se que fora uma lesão irreparável do ponto de vista psicológico, vez que o apelante já se encontrava na função de delegado. Deste modo houve o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo evento danoso, daí surge o dever de reparar o prejuízo imaterial que fora ocasionado, decorrente de todo constrangimento e sentimento

emocional do autor pela injusta exoneração, decorrente de uma má elaboração do edital do certame.

O mesmo Tribunal acima, também reconheceu a configuração de danos morais a uma servidora que já prestava o serviço por certa de 11 (onze) anos. Observe:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REPARATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONCURSO PÚBLICO DECLARADO NULO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRÁTICA DE ATO ILÍCITO PELA ADMINISTRAÇÃO CONFIGURADO. EXONERAÇÃO DE SERVIDORA APÓS 11 ANOS DE SERVIÇOS PRESTADOS. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR FIXADO. RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A Administração Pública tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do § 6º, do artigo 37 da Constituição Federal, o que dispensaria a parte prejudicada de provar a culpa do Poder Público para que ocorra a reparação, bastando à relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido. 2. In casu, restou devidamente comprovada a negligência da Administração Municipal responsável pelo certame, haja vista o desatendimento aos princípios que regem a administração pública, quando da dispensa de exigibilidade de licitação, culminando por elaborar um concurso público viciado de nulidades. 3. A Autora trabalhou por mais de 11 anos para o Município, adquirindo estabilidade no cargo público, o que criou nela a expectativa de que aquele vínculo prosseguiria até a sua aposentadoria, tornando-a dependente dos rendimentos recebidos, até que foi exonerada sem que, ao menos, tivesse colaborado para a sua ocorrência. **Assim, a frustração, a angústia, o vexame criado pela anulação do seu concurso público e o desapontamento da Autora ao ver todas as suas expectativas de ter uma carreira no serviço público arruinadas, além da expectativa financeira e profissional, após empreender todos os seus esforços para ser admitida no certame público, provam o dano experimentado.** Isso porque, de um dia para o outro, passou de servidora pública para a fila dos desempregados. 4. Considerando a gravidade do ato ilícito praticado contra a autora, o potencial econômico do ente ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, constato que o valor indenizatório arbitrado na sentença de primeiro grau encontra-se em patamar proporcional e razoável. 5. Recurso conhecido e não provido. (grifo meu)

Esses são apenas alguns dos diversos julgados nesse sentido. Este estudo, tem por função demonstrar a desproporcionalidade na aplicação do direito em alguns casos, quando vê essas duas situações, onde há um prejuízo enorme para os particulares, irreparável do ponto de vista psicológico, aplica-se o art. 37, §6º da Constituição – Responsabilidade Objetiva do Estado.

Porquanto, não é viável a mensuração do dano. A norma fala do dever do Estado de indenizar os particulares decorrente do exercício de sua atividade lesiva, que, é praticada por seus agentes. Nesse sentido, basta a comprovação da conduta do agente, o dano causado e o nexo entre estes, surgindo o dever de indenizar.

Os abalos psicológicos causados pela anulação de um concurso, dar-se-á desde a fase inicial de um concurso, perfazendo por todas suas etapas. Como vê-se, tão somente no final é que os

Tribunais têm reconhecido a aplicação da teoria do risco administrativo, reconhecendo o dever de indenizar, algo que não deve prevalecer, haja vista, o dano ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, de pequeno abalo ou de nefasto prejuízo (FIGUEIREDO, 2015).

Portanto, os tribunais devem aplicar a norma em seu sentido estrito, não devendo fazer um juízo de valor quanto a má gestão dos órgãos públicos e sua ineficiência na contratação de servidores e na elaboração de certames públicos, como visto, o direito de indenizar existe, o que não deve ser feito é a mensuração do tamanho do dano para que se reconheça o dever de indenizar. Nesse contexto, diz o art. 37, §6º da Constituição Federal “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”, desta forma, a norma não diz em mensurar o dano, tão somente o dever de indenizar é reconhecido quando há dano;

6 RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM DEMAIS ETAPAS DE CONCURSO

O processo de elaboração de um concurso público vai desde o edital público até a fase de nomeação dos servidores, previamente aprovados, de acordo com as etapas do concurso. Assim, ao decorrer das etapas os concorrentes passam por inúmeras provas: objetiva, teste físico e saúde (TAF e exames médicos), prova oral (discursiva) e análise da vida pregressa (investigação social), não necessariamente nessa ordem e que deva ocorrer a etapa, quem dirá é a lei orgânica da carreira que será seguida, devendo o edital prover todas as etapas em consonância com a Lei, classificando-as em classificatória ou eliminatória (MOTTA, 2005).

Discorre sobre o conceito de concurso público Fabrício Motta (2005):

Como série de atos concatenados tendente a selecionar, de forma impessoal, os mais aptos a ocuparem cargos ou empregos públicos, o concurso público é ontologicamente marcado pelo conflito de interesses entre os concorrentes e, eventualmente, entre qualquer destes e a Administração.

Deste modo, as etapas ou atos concatenados são tão somente a seleção dos candidatos com melhor aptidão para o desempenho do cargo, assim, são selecionados com métodos previamente definidos, podendo, em caso de discordância de resultados apresentarem recursos administrativos (todas as vias) ou judiciais em caso de ilegalidade. Deste modo, por mais pormenorizado os atos da administração, geram conflitos de interesses e erros na elaboração,

nas mais diversas etapas, que será relatado a seguir.

6.1 Teste de aptidão física - TAF

Essa etapa de concurso é exigida somente em cargos que dependem de um nível elevado de condicionamento físico, notadamente nas carreiras de segurança pública e também ao exército. Este requisito está na lei orgânica do cargo a que pretende concorrer, logo, o candidato deve se ater ao cargo que está fazendo. Por exemplo, no âmbito da Polícia Militar de Minas Gerais - PMMG, têm-se a Lei 5.301/69 que contém o Estatuto dos Militares de Minas Gerais, esta é a lei orgânica que disciplina as carreiras dos militares estatuais de Minas Gerais, logo, em seu art. 5º, VII, §2º e §3º, versam sobre a necessidade de teste de capacitação física, abaixo, *in verbis*:

Art. 5º O ingresso nas instituições militares estaduais dar-se-á por meio de concurso público, de provas ou de provas e títulos, no posto ou graduação inicial dos quadros previstos no § 1º do art. 13 desta Lei, observados os seguintes requisitos:

[...]

VII - ter aptidão física;

[...]

§ 2º A aptidão física prevista no inciso VII será comprovada perante comissão de avaliadores, por meio do **teste de capacitação física**.

§ 3º O teste de capacitação física consistirá em provas, todas de caráter eliminatório e classificatório, que verificarão, no mínimo, a resistência aeróbica, a agilidade e a força muscular dos membros superiores e inferiores e do abdômen, de acordo com os padrões de condicionamento físico exigidos para o exercício das funções atribuídas ao cargo.

[...]

Assim, o edital de concurso público orientado pelo estatuto é a lei que disciplina o cargo a que pretende, ao observarmos concursos anteriores da PMMG, têm-se no EDITAL DRH/CRS Nº 09/2021 CONCURSO PÚBLICO PARA ADMISSÃO AO CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS (CFO), pág. 20, 2ª FASE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA, AVALIAÇÃO FÍSICA MILITAR (AFM), PROVA ORAL E PROVA DE TÍTULOS e cita a Resolução nº 4.642, de 28 de dezembro de 2017, “Dispõe sobre a Avaliação Física Militar (AFM) a ser aplicada aos candidatos dos concursos e processos seletivos da Polícia Militar de Minas Gerais e dá outras providências”.

Portanto, ao cargo de oficial da polícia militar de Minas Gerais, depreende-se do texto legal, do edital de concurso e resoluções internas que **depende de aprovação em exame de capacitação física**. Em perfeita consonância com Castro (2021), ao dizer que:

Em determinados concursos públicos há a cobrança de Teste de Aptidão Física, que tem como objetivo avaliar o condicionamento físico e a performance do candidato que pretende ocupar a função.

Para tanto, os candidatos são submetidos a testes de corrida, natação, abdominais, flexões, impulso na barra fixa, dentre outros. Tais teste são comuns em concursos da Polícia, Corpo de Bombeiros e Forças Armadas.

No edital DRH/CRS Nº 09/2021, têm-se que a marcação do teste físico será condicionada a aprovação em 1ª fase dos candidatos mais bem aprovados, tão logo, as demais etapas serão marcas para serem realizadas. Assim, a ausência do candidato em demais etapas, o exclui do certame, esse é o entendimento do Superior Tribunal Federal Tema 335 - Remarcação de teste de aptidão física em concurso público de relatoria do Min. Gilmar Mendes no Leading Case: RE 630733, *in litteris*:

Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, caput, e 37, caput, da Constituição Federal, a possibilidade ou não, de remarcação de teste de aptidão física para data diversa da estabelecida por edital de concurso público, a pedido do candidato, em virtude de força maior que atinja a higidez física do candidato, devidamente comprovada mediante documentação idônea.

Tese:

Inexiste direito dos candidatos em concurso público à prova de segunda chamada nos teste de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, mantida a validade das provas de segunda chamada realizadas até 15/5/2013, em nome da segurança jurídica.

Assim, o candidato que ausenta das demais etapas, está eliminado do certame, conforme entendimento firmado pelo STF – Tema 335, salvo, disposição editalícia para 2ª chamada.

6.1.1 Responsabilidade objetiva na realização do TAF

Nessa perspectiva de realização do TAF, caso haja um dano decorrente da atuação do Estado, surge o dever de indenizar. Agnaldo Bastos (2021) estabelece que essa é uma das fases que mais causam medo nos candidatos por, consoante ao objetivo do edital – contratação com regras mais objetivas, é a que apresenta maior subjetividade, daí, pode haver irregularidades decorrente de falhas preordenadas ou acidentais.

O referido autor, diz que “*a situação pode ser ainda mais complicada se houver irregularidades no Teste de Aptidão Física em concursos*”, concluindo que “*o risco é real e muitas pessoas já se viram mais longe dos cargos devido aos erros da banca examinadora*”, por fim, consoante ao sistema jurídico brasileiro, em que somente o poder judiciário estabelece coisa julgada material, afirma ele que “*a boa notícia é que é possível recorrer à justiça para valer os seus*

direitos, caso haja atuação irregular dos avaliadores”. Por fim, ele relata o fato de uma candidata que teve 02 (duas) abdominais não contadas e que o critério de pontuação foi inserido posteriormente no edital, conforme ato de retificação. Deste modo, após ação judicial, teve sua inaptidão revertida no certame para prosseguir nas demais etapas. (grifo meu)

Entretanto, o que se vê na doutrina é uma difícil confirmação desse dano, somente no caso relatado acima, como houve alteração posterior no edital, pois, caso esteja previsto todos os requisitos, a contagem ou cronometragem é subjetiva e intrínseca ao examinador, logo, prevalece a tese de que examinadores diferentes há critérios diferentes, o que fere a isonomia e a seleção objetiva de funcionários públicos.

O que confirma o fato é o julgado do Tribunal de Justiça do Amazonas TJ-AM – Apelação Cível: AC 0603071-82.2014.8.04.0001, em que a responsabilidade civil do estado não foi reconhecida, por inexistência de provas que a atuação estatal causou a morte de um candidato devido ao horário de realização da prova de aptidão física e um erro médico, ambos não provados, abaixo ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EVENTO MORTE. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. HORÁRIO DE REALIZAÇÃO DA PROVA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. PROVA APLICADA DE MANEIRA ISONÔMICA A TODOS OS CANDIDATOS. FALHA NO ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR E ERRO MÉDICO NÃO DEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NÃO EVIDENCIADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Não há prova nos autos de que o horário de realização do TAF foi preponderante para desencadear a síncope que levou o candidato a necessitar de atendimento médico. Da mesma forma, não há provas de que fora vítima de erro médico durante o atendimento.
2. A responsabilidade do Estado e seus agentes, via de regra, é objetiva, contudo, para sua caracterização é necessária a demonstração do nexo de causalidade, que restou ausente no presente caso.
3. Recurso conhecido e não provido.

Destarte, o que se vê é uma demandada de ações judiciais querendo reconhecer a responsabilidade civil objetiva do Estado por irregularidades na realização dos testes de aptidão física. Os tribunais têm decidido sobre o não reconhecimento de indenização e julgamento procedente da ação se houver previsão editalícia dos critérios para avaliação nos testes físicos, o que quase sempre ocorre.

Como visto anteriormente, a previsão do TAF no edital e lei orgânica da carreira é essencial para sua exigência, logo, a realização do teste sem tal especificação gera nulidade, passível de ser indenizado. Em contrapartida, a Suprema Corte vem estabelecendo para os cargos de

escrivão de polícia, papiloscopista, perito criminal e perito médico-legista que essa condição física mostra-se desarrazoada, como é nítido no RE: 907292 ES – Espírito Santo, abaixo transcrito:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE REEXAME DE PROVAS E DE CLÁUSULAS DE EDITAL: SÚMULAS NS. 279 E 454 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Espírito Santo: “APELAÇÃO CÍVEL - CONCURSO PÚBLICO - ESCRIVÃO DE POLÍCIA - TESTE DE APTIDÃO FÍSICA - EXIGÊNCIA DESARRAZOADA - RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STF e do TJES tem se posicionado no sentido de que é desarrazoado a exigência de teste de aptidão física em concursos voltados a preencher cargos de escrivão, papiloscopista, perito criminal e perito médico-legista, porquanto a atuação destes, embora física, não se faz no campo da força bruta, mas a partir de técnica específica. 2. Recurso provido [...] 5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (caput do art. 557 do Código de Processo Civil e §1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 14 de janeiro de 2016. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora.

Portanto, como visto, prevalece que o dever de indenizar não é reconhecido quando há previsão legal em edital/lei orgânica, mas, em decisão do STF, algumas carreiras as quais cobram tal requisito de aprovação, pode ser relativizado, haja vista, a condição física não ser fator preponderante para o desempenho da função. Algo que não deve prevalecer, pois, se há previsão legal para sua ocorrência, não é o poder judiciário que deverá decidir, ora, estaria este infringindo ao poder legislativo, não sendo sua atribuição, legislar. Assim, o

6.2 Exames de saúde

Na perspectiva de Alves (2017), os exames admissionais de saúde tendem a elucidar a higidez física dos candidatos, em consonância com os exames psicológicos, atestam a capacidade para o desempenho da função almejada, isso, posto, obedecendo os preceitos constitucionais.

Desta forma, assemelham ao TAF, ocorrendo inúmeras irregularidade que ensejam a responsabilidade civil objetiva, entretanto, difícil comprovação do nexos causal.

6.3 Prova oral – discursiva

Na visão de Soares (2010) a prova oral consiste em observar a capacidade cognitiva e de

pensamento dos concorrentes ao cargo público, entretanto, o cumprimento dos requisitos pré-definidos para que se chegue apto é subjetivo ao aplicador.

Portanto, consoante ao exposto, há uma imensa subjetividade na aplicação destes testes o que vai da análise subjetiva dos avaliadores, o que, por ora, pode causar danos aos candidatos ocorrendo a teoria do risco administrativo e o dever de indenizar.

6.4 Investigação Social

Consoante as ideias de Nogueira R. e Nogueira L. (2013), afirma que “muitas vezes (BANCA) lança mão de critérios subjetivos na aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, previstos em lei como condições para ingresso em certas carreiras públicas”. Por fim, conclui o autor que “o resultado da referida investigação pode ser grave e irreversível: a exclusão do candidato do certame, caso obtenha parecer desfavorável da comissão examinadora”.

Nesse sentido, portanto, a investigação subjetiva social é extremamente danosa aos candidatos por haver uma farta discricionariedade do examinador, quando comprovado arbitrariedades enseja o direito de indenizar.

7. CONCLUSÃO

Nessa perspectiva, no desenvolvimento do trabalho foi possível perceber, após análise de diversos julgados, que a demanda pelo judiciário é extensa no que diz respeito ao tema de pesquisa. Diversas irregularidades são observadas na aplicação dos concursos públicos e decorrente a isso danos são causados aos particulares que participam do certame, mas, há uma dificuldade de reconhecimento do judiciário da responsabilidade objetiva, ora, se há o dano independentemente da sua extensão nasce o direito de indenizar o particular. Portanto, não deve haver uma proteção ao Estado por sua ineficiência, o particular não tem culpa das más gestões.

Necessário também, observar que mesmo que realize a contratação de empresas especializadas ocorrem irregularidades, tanto é que houve responsabilidade concorrente reconhecida em diversos julgados.

Assim, portanto, a responsabilidade civil objetiva deve ser aplicada em sua totalidade, independentemente do tamanho do dano. Logo, a CF/88 estabelece que a forma de investidura em cargo público é concurso público, visando a isonomia entre os candidatos com termos

objetivos, entretanto, em diversas fase há subjetividade do examinador o que gera danos além da esfera material.

O judiciário, é provocado por diversas vezes para solucionar as questões de atos anulatórios de concursos concorrente o reconhecimento da responsabilidade objetiva, entretanto, há uma blindagem ao executivo por parte deste, que somente reconhece o dano material, quer seja, a devolução dos valores de inscrição. Esse entendimento, é o que prevalece, entretanto, há alguns que reconhecem o dano moral, decorrente da responsabilidade objetiva, como no caso da professora (citada no artigo) que ficou empossa por 08 anos e o Estado anulou sua nomeação.

Por fim, logo, é necessário, conscientização dos tribunais para reconhecerem a aplicação da teoria do risco administrativo quando há danos decorrentes da aplicação de concursos públicos e não proteger o Estado de sua ineficiência, ora, se há o dano, deve haver indenização por parte deste quando assim for provocado o judiciário para decidir sobre o assunto. Por ora, observou-se que já há o reconhecimento de alguns tribunais, mas, o que prevalece é o contrário.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maane Martin. **A inconstitucionalidade dos limites do exame médico admissional como argumento para exclusão do candidato do concurso público**. Faculdade Doctum de Caratinga. Caratinga – MG, 2017.

BISPO, Luzia Valença. **Indenização punitiva por dano extrapatrimonial de natureza difusa decorrente de improbidade administrativa**. Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS). Brasília – DF, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo / Matheus Carvalho** – 8 ed. rev. ampl. e atual – Salvador: JusPODIVM, 2021.

CASTRO, Lucas Macedo. **Desrespeito a princípios constitucionais em concursos públicos**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC) – Escola de direito, negócios e comunicação. Goiânia – GO, 2021.

SOARES, Flávia. **Analisando provas de concursos para professores de matemática no Colégio Pedro II no século XIX**. Editora Bolema, v.23, n. 35^a. Rio Claro – SP, 2010.

FIGUEIREDO, Beatriz Helena Fonseca Rodrigues de Campos. **O projeto de Lei Geral dos concursos públicos a “ideologia concursista”**. Fundação Getúlio Vargas – Escola de direito do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro – RJ, 2015.

GOMES, Diogo Alberto Figueira. **Testes de aptidão física do processo de recrutamento e seleção dos candidatos aos ISCPSI: sensibilidade, especificidade e validade dos testes dos**

60 metros. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPPI. Portugal – Lisboa, 2014.

JOSÉ, Cláudio Silva. **Direito administrativo – Responsabilidade Civil do Estado.** Editora Ferreira, Rio de Janeiro – RJ, 2009.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional/Nathalia Masson** – 9 ed. rev. ampl. e atual – Salvador: JusPODIVM, 2021.

MOTTA, Fabrício. **Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital.** Revista Direito Administrativo 239: 139-148, Rio de Janeiro – RJ, 2005.

NOGUEIRA R., Henrique Pôrto e NOGUEIRA L., Eduardo Pôrto. **A investigação social para aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível em concurso público.** Revista constituição e garantia de direitos v.6, n. 01, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4378>>. Acesso em: 22Nov.2022.

OHTOSHI, Fernando Chin. **Cadastro reserva em concurso público: irregularidade ou necessidade?** Universidade de Brasília – Faculdade de direito, Brasília – DF, 2013.

PAIVA, Lucas Frederico Ferreira Pereira. **A responsabilidade civil do Estado na reparação de danos causados em concursos públicos.** Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS). Brasília – DF, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22Nov.2022.

BRASIL. Controladoria Geral da União – CGU. **Agentes públicos e agentes políticos.** Disponível em: <<https://antigocorregedorias.cgu.gov.br/assuntos/perguntas-frequentes/agentes-publicos-e-agentes-politicos>> Acesso em 22Nov.2022.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando Geral. **Resolução nº 4.642/2017:** Dispõe sobre a Avaliação Física Militar (AFM) a ser aplicada aos candidatos dos concursos e processos seletivos da Polícia Militar de Minas Gerais e dá outras providências. Belo Horizonte: PMMG -Comando-Geral, 2017. 34 p.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Centro de Recrutamento e seleção – CRS. **Edital DRH/CRS nº 09/2021** concurso público para admissão ao curso de formação de oficiais da POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS (CFO). Belo Horizonte: PMMG. Disponível em: <<https://intranet.policiamilitar.mg.gov.br/conteudoportal/sites/concurso/100720211248527730.pdf>> Acesso em 22Nov.2022.

MINAS GERAIS. **Lei nº 5.301/69.** Contém o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais, 1969. Disponível em: < <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=lei&num=5301&ano=1969>> Acesso em 22Nov.2022.

BRASIL. TJ-RS - **AC: 70039854609 RS,** Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 23/03/2011, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário Oficial de Justiça

29/03/2011. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/908690720>>
Acesso em: 22Nov.2022.

BRASIL. TJ-RJ - **APL: 00043341520058190029** RIO DE JANEIRO MAGE VARA CIVEL, Relator: GILBERTO PEREIRA REGO, Data de Julgamento: 24/06/2009, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/08/2009. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/394691269>> Acesso em: 22Nov.2022.

BRASIL. TJ-RJ - **APL: 00033306820158190068**, Relator: Des(a). ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA, Data de Julgamento: 13/12/2018, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/661797486>>
Acesso em: 22Nov.2022.

BRASIL. **RE 662405**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020 Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445535>> Acesso em: 22Nov.2022.

BRASIL. TJ-RS - **AC: 70076168442** RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 25/04/2018, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/05/2018) Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/197949174>>
Acesso em: 22Nov.2022.

BRASIL. TJ-TO - **AC: 50011043220118270000**, Relator: JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA Data de julgamento, 04/03/2015. Data de Publicação: 04/03/2015. Diário da Justiça do dia xx. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-to/363576255/inteiro-teor-363576276>> Acesso em: 22Nov.2022.

BRASIL. TJ-TO - **Apelação Cível 0004689-38.2020.8.27.2725**, Rel. JOCY GOMES DE ALMEIDA, GAB. DO DES. RONALDO EURIPEDES, julgado em 09/02/2022, DJe 16/02/2022. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-to/1627601147>>
Acesso em: 22Nov.2022.

BRASIL. **RE 630733** - Superior Tribunal Federal. Tema 335 – Remarcação de teste de aptidão física em concurso público. Re. Min. Gilmar Mendes. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3957697&numeroProcesso=630733&classeProcesso=RE&numeroTema=335>> Acesso em: 22Nov.2022.

BRASIL. TJ-AM - **AM 0603071-82.2014.8.04.0001**, Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 29/11/2021, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 30/11/2021. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-am/1328420587>>
> Acesso em: 22Nov.2022.

BRASIL. STF – **RE: 907292** ES – Espírito Santo 0008000-89.2011.8.08.0006, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 14/01/2016, Data de Publicação: DJe-020 03/02/2016. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/310987056>>
Acesso em: 22Nov.2022.