

DIREITO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO STF E STJ

Nomination right of successful candidate in public exams: the evolution of the jurisprudence within STF and STJ

Amanda Cristina Viselli¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Concurso Público - conceito e princípios norteadores. 2. Ausência de normatização específica. 3. Expectativa de direito versus direito subjetivo à nomeação. Papel da jurisprudência. 3.1. Interferências do Poder Judiciário nos atos discricionários da Administração Pública. 3.2. Mera expectativa de direito – Posicionamento sedimentado dos tribunais superiores. 3.3. Evolução jurisprudencial e quebra de paradigmas. 3.4. Consolidação da jurisprudência – Direito subjetivo à nomeação. 4. Novas discussões postas ao Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

RESUMO

A nomeação dos candidatos aprovados em concurso público sempre foi entendida como “mera expectativa de direito”, ato discricionário da Administração Pública, que se utilizaria de critérios de conveniência e oportunidade para efetivar ou não a investidura. A ausência de normatização específica sobre o tema, o movimento de constitucionalização dos princípios no direito administrativo, assim como a grande quantidade de ações judiciais, são alguns dos fatores que levaram a uma verdadeira revolução na jurisprudência dos tribunais superiores. Os tribunais superiores avançaram muito nesse tema, ampliando significativamente as hipóteses nas quais os candidatos aprovados adquirem direito líquido e certo à nomeação, afastando-se do entendimento de “mera expectativa de direito” à nomeação. Nesse sentido, houve a reinterpretção ou ressignificação do poder discricionário da Administração Pública no provimento de cargos públicos. O propósito do presente trabalho é analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital, buscando as respostas para as seguintes indagações: a Administração Pública está obrigada a nomear um candidato aprovado em concurso público? Caso a resposta seja positiva, em quais hipóteses?

Palavras-chave: Concurso público. Aprovação. Direito à nomeação. Expectativa de direito. Direito subjetivo. Preterição dos aprovados.

ABSTRACT

The nomination of successful candidates in public exams has always been considered a “mere expectant right”, a discretionary act of the Public Service, who applies convenience and opportunity criteria to effectuate or not the investiture. The lack of specific norms about the theme, the movement of constitutionalizing the administrative law principles, as well as the large quantity of legal lawsuits are some of the factors that have generated a real revolution in the jurisprudence of the Superior Courts. The Superior Courts have advanced greatly on this theme, significantly increasing the number of situations where the successful candidate acquire clear legal right to the nomination, distancing itself from the “mere expectant right” to the nomination understanding. To this extent, there has been the

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, atuando junto ao Núcleo Estratégico de Pessoal e Previdenciário no Contencioso-Geral. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

re-interpretation or re-signification of the discretionary power of the Public Service regarding the provision of public jobs.

The purpose of this document is to analyse the evolution of the jurisprudence within the Federal Superior Court and the Justice Superior Court regarding the right of nomination of the successful candidates in relation to the number of vacancies in the public notice, searching for answers to the following questions: is the Public Service obliged to nominate a candidate who passed a public exam? In case of a positive response, what would be the circumstances?

Keywords: Public exam. Approval. Nomination right. Expectant right. Subjective right. Disapproval of successful candidates.

INTRODUÇÃO

O ingresso no serviço público representa, para muitos cidadãos, a oportunidade de alcançar estabilidade econômica e profissional, além de prover os recursos necessários para a manutenção de uma vida digna. Número expressivo de inscritos e pessoas cada vez mais preparadas fazem do concurso público um processo muito concorrido e, portanto, de difícil aprovação. Toda dedicação e esforço dos candidatos geram enormes expectativas dos aprovados no certame em ter sua efetiva nomeação e posse no cargo público tão sonhado.

Pela óptica da Administração Pública, o instrumento do concurso público é a forma de seleção concorrencial por excelência, meio pelo qual os melhores candidatos serão escolhidos para bem expressar a vontade do Estado.

O concurso público constitui um marco divisor na história do cargo público, na medida em que se afasta da cultura do patrimonialismo, melhor atendendo aos interesses da sociedade, da administração e do próprio cidadão.

Nesse contexto, a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público sempre foi entendida pelo Poder Executivo e Judiciário como “mera expectativa de direito”, ato discricionário da Administração Pública, que se utilizaria de critérios de conveniência e oportunidade para efetivar ou não a investidura.

Entretanto, a ausência de normatização específica sobre concurso público, o movimento de constitucionalização dos princípios no direito administrativo, assim como a grande quantidade de ações judiciais foram alguns dos fatores que conduziram a uma revolução na jurisprudência dos tribunais superiores.

Os tribunais superiores avançaram muito nesse tema, ampliando significativamente as hipóteses nas quais os candidatos aprovados adquirem direito líquido e certo à nomeação, afastando-se, aos poucos, da máxima “mera expectativa de direito” à nomeação. Nesse sentido, houve a reinterpretção ou ressignificação do poder discricionário da Administração Pública no provimento de cargos públicos.

O propósito do presente artigo é analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça no tocante ao direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital, buscando respostas

para as seguintes indagações: a Administração Pública está obrigada a nomear um candidato aprovado em concurso público? Caso a resposta seja positiva, quais as hipóteses?

1. CONCURSO PÚBLICO – CONCEITO E PRINCÍPIOS NORTEADORES

José dos Santos Carvalho Filho define concurso público como “o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas”²:

Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.³

É por esse instrumento que a Administração cumpre seus princípios basilares, recrutando de forma transparente, igualitária e com impessoalidade as pessoas mais bem preparadas para o exercício das atividades administrativas.

Assim, é possível afirmar que a prévia aprovação em concurso público é, em regra geral, a condição de ingresso no serviço público.

Para corroborar, vale mencionar o enunciado da Súmula Vinculante nº 43 do Supremo Tribunal Federal, que reforça o entendimento no sentido de não se permitir qualquer outro meio para o ingresso nos cargos públicos senão por concurso público: “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.”

Carvalho Filho ainda destaca que o instrumento do concurso público baseia-se em três postulados fundamentais: *o princípio da igualdade* que permite que todos os interessados disputem a vaga em condições idênticas; *o princípio da moralidade administrativa*, selecionando os melhores candidatos, vedando favorecimentos e perseguições pessoais; e *o princípio da competição*, pelo qual todos os candidatos participam do certame em busca da classificação que lhes possibilite o ingresso no serviço público.⁴

Frise-se que a Constituição Federal de 1988 traz expresso em seu texto, no inciso I do artigo 37, *o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos*, funções e empregos públicos aos brasileiros e estrangeiros, na forma da lei.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 675.

³ *Ibidem*, p. 675.

⁴ *Ibidem*, p. 677.

Nesse contexto, a *acessibilidade* é o verdadeiro direito subjetivo de ingresso no serviço público, (...) “é o conjunto de normas e princípios que regulam o ingresso de pessoas interessadas no serviço público”.⁵

O princípio da acessibilidade visa assegurar a todos o direito de concorrerem em igualdade aos cargos e empregos. Nesse tema, brilhantemente observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta e indireta. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público.⁶

A obrigatoriedade de aprovação prévia para seleção de servidores ou empregados públicos estende-se para todos os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Direta e Indireta, incluindo, portando, as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Além dos postulados fundamentais (princípios da igualdade, da moralidade administrativa e da competição) já mencionados, regem o concurso público os princípios da boa-fé, da segurança jurídica, da vinculação ao edital, da competitividade, razoabilidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além daqueles aplicáveis à administração pública de forma geral, quais sejam: princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF).

Em destaque o *princípio da segurança jurídica* (proteção à confiança), que, segundo José dos Santos Carvalho Filho, comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão: a perspectiva da certeza, que indica o conhecimento seguro das normas jurídicas, e a perspectiva de estabilidade, difundindo a ideia de consolidação das ações administrativas. “Cuida-se de proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que as disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade”.⁷

Assim, para que haja segurança nas relações jurídicas com o Estado, deve ser assegurado a todos o direito de conhecer, antecipadamente, os resultados de suas ações e omissões, exigindo-se, por parte do Estado, coerência e firmeza em seu comportamento, de modo a viabilizar o cumprimento de suas competências e atingimento do interesse público.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 699.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 290.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 39 e 41.

O princípio da segurança jurídica também foi positivado no artigo 2º da Lei federal que regulamenta o processo administrativo no âmbito da União – Lei nº 9.784/99. Relaciona-se com a proteção à confiança, na vertente da vedação de comportamento contraditório por parte do Estado, adoção do postulado *venire contra factum proprium*, em amparo à presunção de legitimidade dos atos estatais.⁸

Em sua faceta da confiança legítima, Diogo de Figueiredo disserta que somente se estiver a serviço de todos e de cada um, o Estado, como instrumento da sociedade, terá sua existência justificada. É por este motivo que se justifica “a confiança que legitimamente os membros da sociedade nele depositam, não se admitindo que os agentes públicos possam desempenhar suas funções traíndo essa confiança”.⁹

É o princípio de maior relevância no contexto do tema proposto, afetando diretamente a relação entre a Administração Pública e os candidatos, isso porque o sucesso na aprovação de um concurso público demanda uma grande dose de sacrifícios, os quais só se tornam possíveis partindo-se da premissa de que a Administração honrará com seriedade os compromissos assumidos perante a coletividade.

2. AUSÊNCIA DE NORMATIZAÇÃO ESPECÍFICA

Não obstante a Constituição de 1988 tenha revolucionado a forma de contratação de pessoal na Administração Pública, certo é que o instituto do concurso público, ainda nos dias atuais, é carecedor de regulamentação específica.

Não se discute que o concurso público é o único instrumento disposto à Administração Pública para investidura em cargos ou empregos públicos, porém, diversas questões ainda são duvidosas quando se trata da figura do concurso público.

No plano constitucional, o concurso público deve ser disciplinado por lei em sentido estrito (“na forma prevista em lei” – artigo 37, inciso II, CF). As regras para ingresso em carreiras públicas estão previstas nos incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, p. 113.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**, p. 285.

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

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;

No entanto, no plano infraconstitucional, poucos diplomas normativos foram editados, e os que existem mostram-se insuficientes para garantir previsibilidade e segurança jurídica para os participantes do processo seletivo.

Fábio Lins de Lessa expressa, em sua obra intitulada *Concurso no Direito Brasileiro*, as dificuldades enfrentadas com a ausência de legislação específica sobre concurso público:

Cabe destacar, todavia, que os problemas não se limitam a não ocupação do espaço reservado pela Constituição à lei, mas também à invasão do citado espaço pelo administrador público. Ademais, “a inexistência de uma legislação voltada para o disciplinamento da realização dos concursos públicos dificulta a concretização da impessoalidade nos referidos processos seletivos”, já que em cada processo seletivo, há a possibilidade (e é o que costuma acontecer) de que sejam previstas regras casuísticas, como as que impõe requisitos discriminatórios de acesso ou realização de métodos de seleção que não respeitem as exigências da igualdade.¹⁰

Dúvidas persistem tanto nos temas estritamente relacionados ao edital (considerado como “lei do concurso”), tais como: elaboração ou impugnação dos termos do edital; critérios de aplicação ou correção de provas; julgamento de recurso; divulgação de gabaritos, como também nos temas ligados à nomeação do candidato aprovado, a saber: direito do aprovado à nomeação; vinculação da Administração Pública ao número de vagas do edital; caso de contratação precária ou preterição na ordem de classificação; cadastro de reserva; candidatos aprovados fora do número de vagas e a desistência de outros candidatos classificados dentro do números de vagas etc.

Nesse sentido, a quem caberia a edição de lei sobre concurso público?

Duas correntes se destacam nessa discussão. A primeira delas, com fundamento na autonomia político-administrativa conferida aos três níveis de governo, entende que

¹⁰ LESSA, Fábio Lins de. *Concurso Público no Direito Brasileiro*, p. 24.

a competência para edição de lei sobre concurso público é privativa de cada ente, os quais elaborariam leis aplicáveis somente aos concursos no seu âmbito administrativo¹¹.

[...] a lei implementadora do concurso público poderá ser federal, estadual ou municipal dependendo da unidade federativa em que deva se realizar o certame. As regras criadas por lei federal para um concurso dentro da esfera de competência não têm qualquer ingerência dentro da órbita estadual e municipal, mesmo que ele se destine ao provimento de cargos e empregos idênticos, pela simples conclusão de que o Brasil é uma federação e, como consequência, tem pessoas políticas com autonomia administrativa para reger-se desde que respeitando os princípios constitucionais.¹²

Com base nessa ideia, destacam-se a Lei estadual da Paraíba nº 8.617/08, a Lei estadual de Pernambuco nº 14.538/11 e a Lei nº 4.949/12, do Distrito Federal, além do Projeto de Lei nº 6.004/2013, que visa a instituir uma “Lei Geral de Concursos Federais”¹³. Nesse projeto de lei, vale destacar a previsão de instrumentos interessantes de controle, tais como: a possibilidade de qualquer cidadão impugnar o edital do concurso em 5 dias úteis após a publicação, conteúdo mínimo para elaboração do edital, vedação de realização de concurso com oferta simbólica de vagas, assim como, a previsão expressa de recurso administrativo contra provas ou fases do certame.

Por outro lado, existe uma segunda corrente que defende a adoção de uma lei nacional para todos os entes, embasando-se na igualdade de tratamento entre os candidatos e nas dificuldades dos entes menores em implementarem legislação própria sobre o assunto. Nesse sentido, há Proposta de Emenda à Constituição Federal, em trâmite no Congresso Nacional, sob a rubrica PEC 75/2015, que fixa a competência legislativa concorrente da União, dos estados, e do Distrito Federal para legislar sobre concurso público. Diga-se que essa PEC tem parecer favorável do relator da Comissão de Constituição e Justiça de não violação da autonomia federativa.

Vale destacar, como bem-frisado na justificção, que as demais pessoas federativas continuarão a exercer sua competência legislativa sobre a matéria, para atender a suas peculiaridades, nos termos dos arts. 24 e 30 da Carta Magna, de modo que a presente PEC, quando aprovada, será capaz de conferir juridicidade e moralidade aos concursos públicos, sem prejudicar as iniciativas dos demais entes nesse mesmo sentido. E, caso optem por não editar normas suplementares à legislação nacional, poderão simples-

¹¹ ALMEIDA, Saulo André Fonseca. **Direito dos Concursos Públicos – Instrumentos de controle interno e externo**, p. 47.

¹² BARROS, Wellington Pacheco. **Direito Administrativo – Concurso Público: Teoria e Prática**, p. 16.

¹³ Projeto de Lei nº 6.004/2013 – Regulamenta o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais para a realização de concursos públicos na Administração Pública direta e indireta do Poderes da União.

mente aplicar as normas editadas pela União aos seus certames, garantindo assim a lisura e a eficiência de seus processos seletivos e a seleção dos indivíduos mais qualificados para comporem seus quadros administrativos.¹⁴

As duas posições possuem bons argumentos e, independentemente de qual irá prevalecer, o fundamental é a busca da superação de total ausência legislativa.

Certo é que a ausência de lei geral em matéria de concurso público, por gerar enorme insegurança jurídica aos participantes do certame e até mesmo para Administração Pública recrutante, acabou gerando uma grande quantidade de meios e órgãos de controle dos processos seletivos.

Em primeiro lugar, existe o controle realizado pela própria Administração Pública, em decorrência do princípio da autotutela, que tem o poder-dever de rever seus atos ilegais e inoportunos, realizando um controle interno de seus atos. Apesar disso, a inexistência de um arcabouço legal tende a dificultar o controle do administrador, uma vez que as normas do concurso (o edital) são quase todas estabelecidas por ele, sem observância de preceitos legais de hierarquia superior.¹⁵

Há, ainda, o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, posto que a Constituição atribui a essas Cortes a competência de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos administrativos de pessoal, praticados a qualquer título, na administração direta e indireta - artigo 71, III, da CF¹⁶.

Outro agente importante para o controle externo de concursos públicos é o Ministério Público, enquanto defensor do patrimônio público e dos interesses da coletividade. Controle este, realizado tanto no campo extrajudicial quanto no judicial.

Por fim, tem-se o controle exercido pelo Poder Judiciário, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, com previsão no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição Federal.

O controle jurisdicional que, a princípio, ficava restrito à verificação de formalidades extrínsecas, assumiu papel de relevância como agente ponderador dos princípios constitucionais.

Com brilhantismo pondera Lúcia Valle Figueiredo:

¹⁴ MATOS, Valdir Raupp. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 75 de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015.

¹⁵ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa e CORDEIRO, Carla Priscilla B. Santos. **Direito dos Concursos Públicos. Instrumentos de controle interno e externo**, p. 42.

¹⁶ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Especificamente, cabe-nos salientar, ainda que em breve bosquejamento, a atividade judicial controlada pela Administração Pública. Até onde pode chegar? Pode atingir a chamada 'área discricionária' da Administração? Tem também o magistrado discricionariedade, ou sua atividade é apenas sub-sunção? Afigura-nos, sem sombra de dúvida, que a prestação judicial já de ser implementada sempre que solicitada [...]. Não há atos que se preservem ao primeiro exame judicial. O exame judicial terá em conta não apenas a lei, a Constituição, mas também valores principiológicos do texto constitucional, os *standards* da coletividade.¹⁷

A dificuldade está no fato de que, nesse ambiente de inexistência de normas gerais em matéria de concurso público, é difícil delimitar o que está dentro do poder discricionário do administrador e o que poderá ser considerado arbitrário ou ilegal, pelo magistrado.

Contudo, é indiscutível que, com a alta aplicação do instrumento do concurso público para provimento de cargos e empregos públicos, atrelada à grande procura por esses postos em razão das prerrogativas inerentes aos servidores públicos e da boa remuneração de alguns cargos, cada vez mais o Poder Judiciário foi e permanecerá sendo chamado a dirimir conflitos de interesses nessa matéria.

A partir dessa constatação, será dado enfoque sobre o tema de maior controvérsia judicial no campo dos concursos públicos - o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados.

Os tribunais superiores têm avançado muito nesse tema, ampliando significativamente as hipóteses nas quais os candidatos aprovados adquirem direito líquido e certo à nomeação.

O propósito do presente texto é analisar a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores no tocante ao direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital, analisando as decisões paradigmáticas que alteraram o rumo da mera expectativa de direito para o direito subjetivo à nomeação.

3. EXPECTATIVA DE DIREITO VERSUS DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA

3.1. Interferências do Poder Judiciário nos atos discricionários da Administração Pública

A Administração Pública, para bem desempenhar suas funções, goza de prerrogativas que lhe asseguram posição de supremacia sobre o interesse particular.

Entretanto, os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente. Ao administrador é permitido fazer apenas o que lei autorizar.

¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 316.

Maria Sylvia explica que esse regramento pode atingir vários aspectos de uma atividade determinada. Assim, o *poder da Administração é vinculado*, quando a lei não deixa opções. Diante de um poder vinculado, o particular tem o direito subjetivo de exigir, da autoridade, a prática de determinado ato.¹⁸

Em outras situações, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, “[...] a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito.”¹⁹ Aqui o *poder da Administração é discricionário*, posto que a Administração adotará critérios de oportunidade e conveniência, com maior liberdade de atuação, dentro de hipóteses válidas, para que não seja considerada arbitrária. A discricionariedade implica em liberdade de atuação dentro da moldura normativa dada pelo ordenamento jurídico.

Segundo Celso Antônio, a discricionariedade acompanha a finitude da mente humana que não consegue identificar de forma objetiva todas as medidas normativas idôneas para solucionar com clareza as múltiplas situações vivenciadas no cotidiano administrativo.²⁰

Dessa feita, o controle dos atos administrativos por parte do Poder Judiciário deve ser visto com muita cautela, especialmente no tocante aos atos discricionários, sob pena de haver violação da harmonia e independência entre os Poderes.

Logo, o que não pode é o Poder Judiciário invadir o espaço reservado, pela lei, ao administrador, interferindo em seus critérios de escolha – opção legítima, posto que ninguém melhor que a autoridade competente, com base em razões de oportunidade e conveniência, pode decidir diante de cada caso concreto.²¹

Verdade que, em um passado recente, o Judiciário se recusava a exercer o controle de mérito, diante dos aspectos discricionários do ato, sem se preocupar se a Administração havia respeitado os limites impostos por lei, levando o juiz a acolher como correta a opção escolhida pelo Poder Público.

Hodiernamente, o Judiciário não pode se escusar de analisar o mérito de ato administrativo, alegando tratar-se de matéria insuscetível de controle, já que o Juiz é obrigado a interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido e, só após isso, é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções para o Poder Público.²²

Algumas teorias foram elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, conseqüentemente, ampliando o campo de apreciação do Poder Judiciário.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 252.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 253.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 949.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 261.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 259.

São elas: a teoria relativa ao desvio do poder, teoria dos motivos determinantes, teoria dos conceitos legais indeterminados, assim como a denominada constitucionalização dos princípios.

Ressalte-se que essa evolução do controle judicial também foi observada no âmbito dos concursos públicos, como não poderia ser diferente.

3.2. Mera expectativa de direito – Posicionamento sedimentado dos tribunais superiores

Durante décadas, vigorou o entendimento do Supremo Tribunal Federal de mera expectativa de direito à nomeação no cargo ou admissão no emprego público para os candidatos aprovados em concurso público, em face à discricionariedade da Administração Pública em prover tais cargos (ou empregos), segundo critérios de sua conveniência e oportunidade.

A orientação jurisprudencial estava assentada na discricionariedade do administrador para realizar as nomeações, ainda que o candidato aprovado estivesse dentro do número de vagas previstas no edital. Assim, *o candidato aprovado tinha mera expectativa de direito*.

Há precedentes da Corte Suprema que remontam a 1954²³, no sentido de não garantir ao concursado o direito à nomeação. É o que se encontra no julgamento do RMS nº 8.724 e RMS nº 8.578, *in verbis*:

RMS Nº 8.724/SP

EMENTA: O CONCURSO NÃO DÁ POR SI SÓ DIREITO A CARGO. PRAZO DE VALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.²⁴

RMS Nº 8.578/SP

EMENTA: CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO. A HABILITAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO E REQUISITADO PARA A INVESTIDURA, MAS NÃO OBRIGA O ESTADO A PROVER TODAS AS VAGAS. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO CONFIRMADA, PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.²⁵

Posteriormente, esses dois julgados serviram de base para a edição, em 1964, da Súmula 15 do STF, ainda vigente na jurisprudência desse Tribunal, nos seguintes

²³ O ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE nº 598.099, faz menção a existência de precedentes sobre essa matéria desde 1954.

²⁴ Supremo Tribunal Federal. RMS nº 8724/SP. Relator: ministro Cândido Motta. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 9/8/1961. Publicação: 8/9/1961.

²⁵ Supremo Tribunal Federal. RMS 8.578/SP. Relator: ministro Pedro Chaves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 27/9/1961. Publicação: 12/4/1962.

termos: “*Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.*”

Dessa feita, a questão foi pacificada no sentido de ser mera expectativa de direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, reconhecendo a discricionariedade da Administração Pública para prover cargos, desde que houvesse o respeito à ordem de classificação.²⁶

A ressalva da inobservância da classificação era a única hipótese limitadora do poder discricionário da Administração, sendo lícito então, por esse entendimento, a não nomeação de candidatos aprovados no concurso, assim como a abertura de novos concursos dentro do prazo de validade do concurso anterior, ou até mesmo, a realização de contratações precárias para suprir vagas não providas.

Esse entendimento era tão consolidado no Supremo Tribunal Federal que, no ano de 2005, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 2.931/RJ), o Tribunal Pleno ratificou tal orientação, conforme se verifica na ementa abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TEXTO NORMATIVO QUE ASSEGURA O DIREITO DE NOMEAÇÃO, DENTRO DO PRAZO DE CENTO E OITENTA DIAS, PARA TODO CANDIDATO QUE LOGRAR APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS, OU DE PROVAS E TÍTULOS, DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL E MUNICIPAL.

O direito do candidato aprovado em concurso público de provas, ou de provas e títulos ostenta duas dimensões:

1) o implícito direito de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação de todos os aprovados (concurso é sistema de mérito pessoal) e durante o prazo de validade do respectivo edital de convocação (que é de 2 anos, prorrogável, apenas uma vez, por igual período); 2) o *explícito direito de precedência que os candidatos aprovados em concurso anterior têm sobre os candidatos aprovados em concurso imediatamente posterior*, contanto que não-escoado o prazo daquele primeiro certame; ou seja, desde que ainda vigente o prazo inicial ou o prazo de prorrogação da primeira competição pública de provas, ou de provas e títulos. *Mas ambos os direitos, acrescenta-se, de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados.* O dispositivo estadual adversado, embora resultante de indiscutível atributo moralizador dos concursos públicos, vulnera os artigos 2º, 37, inciso IV, e 61, § 1º, inciso II, “c”, da Constituição Federal

²⁶ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa e CORDEIRO, Carla Priscilla B. Santos. **Direito dos Concursos Públicos.** Instrumentos de controle interno e externo, p. 278.

de 1988. precedente: RE 229.450, rel. min. Maurício Corrêa. *Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.*²⁷ (grifo nosso)

Por esse julgamento, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, fica claro o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a nomeação dos aprovados em concurso público é ato discricionário do Poder Público. O direito subjetivo apenas surgiria na hipótese de quebra da ordem classificatória.

Vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça, à época, compartilhava do mesmo entendimento do STF, a saber:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.

É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os *candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito à nomeação pela Administração, a qual não tem a obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do certame.*

O direito à nomeação somente nasce havendo preterição dos habilitados em benefício de outros servidores para ocupar as vagas existentes dentro do prazo de validade do certame, inexistindo na hipótese em que a Administração, por falta de disponibilidade financeiras, não nomeia qualquer dos aprovados. Recurso ordinário desprovido.²⁸ (grifo nosso)

Assim, o entendimento preconizado em meados de 1961, consubstanciado no direito de mera expectativa de direito à nomeação, balizou a jurisprudência pátria até meados de 2007.

3.3. Evolução jurisprudencial e quebra de paradigmas

A quebra de paradigmas deu-se por obra dos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no ano de 2007.

Consoante o novo posicionamento do STJ, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital passou a possuir direito líquido e certo à nomeação.

Em acórdão histórico, proferido no julgamento do RMS nº 20.718, o novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça passou a vigorar:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO.

²⁷ Supremo Tribunal Federal. ADI 2.931/RJ. Relator: ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 24/2/2005. Publicação: 29/9/2006.

²⁸ Superior Tribunal de Justiça. RMS no 10.188/MS. Relator: ministro Vicente Leal. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data de julgamento: 4/6/1999. Publicação: 24/6/1999.

1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, *o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse.*
2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes.
3. Recurso ordinário provido.²⁹ (grifo nosso)

Por esse entendimento, a partir do instrumento convocatório, com a delimitação das vagas pela Administração Pública, o ato de nomeação torna-se vinculado, ensejando, em contrapartida, direito subjetivo à nomeação e à posse dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital. É a concretização da aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, juntamente com o dever de boa-fé da Administração e a proteção da confiança do administrado.

Dessa forma, se no edital do concurso constar determinado número de vagas, os aprovados (classificados dentro desse número) deterão o direito subjetivo à nomeação, durante o prazo de validade do concurso, partindo-se da premissa de que se determinado número de vagas foi ofertado, é porque a Administração tem interesse, necessidade e possibilidade de provê-las.

A discricionariedade da Administração deixa de prevalecer em todas as fases externas do certame, mas persiste até a delimitação das vagas que serão dispostas no edital.

Por esse novo posicionamento, a Administração vincula-se ao número de vagas ofertadas, porém, permanece desvinculada com relação ao número de cargos vagos, quantidade de contratações temporárias, entre outras.

Agora, uma vez delimitada as vagas em edital e ocorrido o certame com a aprovação e classificação dos candidatos, esses passam a ter o direito subjetivo à nomeação dentro do número originalmente previsto e ofertado.

A ideia preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça nesse novo paradigma é a de que o instrumento convocatório, em consonância com o princípio da vinculação ao edital, é ato vinculante tanto para a Administração Pública quanto para os administrados. Assim, se o edital estipular determinada quantidade de vagas, a Administração terá o dever de preenchê-las com os candidatos aprovados no processo seletivo, conforme a ordem de classificação e, portanto, a nomeação dos aprovados classificados dentro desse número é ato vinculado do edital, ressaltando situações excepcionais ou emergenciais.

²⁹ Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.718/SP. Relator: ministro Paulo Medina. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data de julgamento: 4/12/2007. Publicação: 3/3/2008.

Certo é que o direito subjetivo à nomeação, após essa decisão paradigmática, foi consolidando-se no Superior Tribunal de Justiça e, aos poucos, influenciando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, até então imutável.

A partir de 2017, inúmeros acórdãos foram editados sobre esse tema, pelo Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo: RMS nº 19.478, RMS nº 22.597, RMS nº 26.507, MS nº 10.381, no ano de 2008, e AGRG no RMS nº 22.568, RMS nº 27.508- RMS nº 27.575, RMS nº 27.311, no ano de 2009.

3.4. Consolidação da jurisprudência – Direito subjetivo à nomeação

Uma vez sedimentando no STJ, o direito subjetivo à nomeação foi, por fim, incorporado ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Dois são os precedentes emblemáticos que marcam a quebra de paradigma dentro da Corte Suprema, norteando seu atual entendimento, ao considerar o direito subjetivo à nomeação aos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital. São eles: RE nº 598.099/MG, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, e RE nº 837.311/PI, de relatoria do ministro Luiz Fux. Ambos os precedentes são julgados em sede de repercussão geral, gerando os temas 161 e 784, respectivamente.

Tema nº 161 STF - Nomeação de candidato classificado entre as vagas previstas no edital de concurso público.

TESE - O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL.

I. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do

Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. *Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento.* Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. *Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público.* Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de

organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. Negado provimento ao Recurso Extraordinário.³⁰ (grifo nosso)

No voto condutor, o ministro relator Gilmar Mendes apresenta vasta argumentação jurídica principiológica para diferenciar situações de mera expectativa de direito de outras situações que consubstanciam direitos subjetivos, vinculando-se à discricionariedade.

Toda construção argumentativa parte do dever de boa-fé da Administração Pública que, no sentir do ministro relator, exige “o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público.”³¹

No entanto, é com fundamento no princípio da segurança jurídica, consubstanciado no *princípio da proteção à confiança* que a tese de mera expectativa de direito à nomeação, por anos defendida pela Corte Suprema, é superada para dar lugar ao direito subjetivo à nomeação.

Ao julgar a repercussão geral em referência, o ministro pondera o princípio da proteção à confiança em face do princípio da soberania do interesse público:

Quando a Administração Pública torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve-se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.³²

³⁰ Supremo Tribunal Federal. RE 598.099/MS. Repercussão Geral de Mérito. Relator: ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 10/8/2011. Publicação: 3/10/2011.

³¹ Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº 598.099.

³² Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº 598.099.

Ou seja, a discricionariedade da Administração Pública persiste, mas se restringe às etapas iniciais do concurso, até o momento escolhido para nomeação (dentro do prazo de validade do certame), tornando a nomeação um ato vinculado, um *direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas*.

No voto condutor, o ministro relator também consigna que o direito subjetivo à nomeação é a melhor forma de reconhecer e preservar a *força normativa do princípio do concurso público*:

O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos.

O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.³³

Por outro lado, os ministros pontuaram que situações excepcionais podem suplantam o dever de a Administração Pública nomear novos servidores, desde que devidamente motivadas, de acordo com o interesse público.

Ocorre que a excepcionalidade deve estar dotada das seguintes características, em seus dizeres: superveniência; imprevisibilidade; gravidade e necessidade. Vejamos:

Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, uma vez já preenchidas as condições acima delineadas, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características:

a) *Superveniência*: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público. Pressupõe-se com isso que, ao tempo da publicação do edital, a Administração Pública conhece suficientemente a realidade fática e jurídica que lhe permite oferecer publicamente as vagas para preenchimento via concurso.

b) *Imprevisibilidade*: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital. Situações corriqueiras ou mudanças normais das circunstâncias sociais, econômicas e políticas não podem servir de justificativa para que a administração Pública descumpra o dever de nomeação dos aprovados no concurso público conforme as regras do edital.

c) *Gravidade*: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo

³³ Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº 598.099.

impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital. Crises econômicas de grandes proporções, guerras, fenômenos naturais que causem calamidade pública ou comoção interna podem justificar a atuação excepcional por parte da Administração Pública.

d) *Necessidade*: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. Em outros termos, pode-se dizer que essa medida deve ser sempre a *ultima ratio* da Administração Pública.³⁴

Veja-se que os vetores hermenêuticos conferidos ao administrador para o não cumprimento do dever de nomeação configuram-se com alto grau de excepcionalidade e, ainda assim, passível de controle do Poder Judiciário.

Dignas de nota, entretanto, as abordagens trazidas nos votos da ministra Cármen Lúcia e do ministro Cezar Peluso. A ministra, não obstante concorde com a existência do direito subjetivo do candidato, justificou-a por meio do direito subjetivo do cidadão de ver valorizado o princípio da moralidade administrativa. Em seu voto, propôs tese ampliada, de modo a reconhecer aos candidatos aprovados não apenas as vagas previstas no edital, mas também aquelas que viessem a vagar no prazo de validade do certame.

Trecho do voto da min. Cármen Lúcia proferido no julgamento do RE 598.099/MS:

[...] e, por se tratar de recurso com repercussão geral reconhecida, firmo tese no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso, podendo a Administração Pública recusar cumprimento a esse direito, mediante motivação suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário por provocação dos interessados.

Posicionamento similar foi adotado pelo ministro Cezar Peluso:

[...] Se ela própria abre um concurso público, a presunção é de que haja absoluta necessidade de pessoas habilitadas para exercício de funções públicas, e cuja habilitação precisa ser reconhecida em concurso público, para o eficaz e correto desempenho de atividades de serviço público. [...] de certo modo, esse direito público subjetivo do aprovado reflete o interesse geral da sociedade em relação ao preenchimento das vagas necessárias ao exercício dos serviços e atividades públicos. Em outras palavras, a questão envolve ainda esse aspecto relevante para a cidadania, o qual se liga à situação jurídica individual dos aprovados e lhes reforça a pretensão de fazer valer os direitos subjetivados, que não são apenas seus, dos aprovados, mas, de modo mais genérico, são também de toda a sociedade como destinatária dos serviços públicos em sentido amplo.

³⁴ Voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº 598.099.

A partir desse precedente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal igualou-se ao posicionamento anteriormente defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, agora com efeito vinculante e de observação obrigatória, uma vez que proferido em sede de repercussão geral.

No *Tema 784 do STF*, resultante do *julgamento do RE nº 837.311*, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a discussão sobre o direito subjetivo à nomeação de *candidatos aprovados fora do número de vagas previstas* em edital, na hipótese de surgimento de novas vagas dentro do prazo de validade do concurso.

Esse julgamento respondeu a seguinte situação: uma vez reconhecido o direito subjetivo à nomeação aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, o surgimento de novas vagas, dentro do prazo de validade do certame, daria o direito à nomeação dos candidatos classificados além do número de vagas?

A questão restou dirimida com a proposição da seguinte tese jurídica:

Tema 784 STF - Direito à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame.

TESE - O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, *não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital*, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. (grifo nosso)

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO.

CONVOCAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, entre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*).

2. *O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.* Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 3/10/2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não apenas pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. *O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso.* Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Consectariamente, é cediço que a *Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.*

6. *A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos.* É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a incoerência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. *A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.*

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.³⁵ (grifo nosso)

Na construção do seu convencimento, o ministro Relator Luiz Fux inicialmente analisa a criação do *cadastro de reserva*, entendendo por “legítimo instrumento de planejamento da Administração que atende o melhor interesse público e que privilegia, sobretudo, a gestão eficiente, afastando, ‘*a priori*’, a denominada proteção da confiança legítima”.

Sob essa ótica, os aprovados além do número de vagas previstas em edital passam a integrar o denominado cadastro de reserva. Esses somente serão nomeados segundo a avaliação de conveniência e oportunidade da Administração em prover tais cargos. Restringiu-se, assim, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital.

O ministro explica em seu voto que:

(...) É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no

³⁵ Supremo Tribunal Federal. RE 837.311/PI. Repercussão Geral de Mérito. Relator: ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 9/12/2015. Publicação: 18/4/2016.

curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas.

Nesse contexto, o mandamento constitucional do concurso público, relevante instrumento voltado para a construção da cidadania na democracia brasileira, não pode ser dilargado, de modo a aniquilar a discricionariedade do Administrador Público quanto a qual aprovado deve ser escolhido: se o último colocado do concurso em vigor ou se o primeiro do certame seguinte. O Poder Judiciário não pode atuar como “Administrador Positivo” impondo sua escolha à Administração Pública acerca de qual profissional deve ser convocado, mormente se considerarmos que todos os envolvidos foram aprovados em árduos processos seletivos.³⁶

Nesse sentido, a publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade do certame não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos, ficando a critério discricionário da Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração.

A convocação, para o ministro, dependerá sempre da demonstração clara de preterição arbitrária e imotivada por parte de Administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do candidato aprovado.

Em resumo, nesse julgamento, o STF deixa claro que a mera expectativa de direito de aprovados além das vagas inicialmente oferecidas também se convolará em direito subjetivo à nomeação quando presentes os seguintes requisitos: i) existência de cargos vagos com prévia dotação orçamentária para preenchimento dos cargos vagos; e ii) abertura de novo concurso como forma de preterição do cadastro de reserva de certame anterior.

Em resumo, o STF reafirmou que apenas existe o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas. Contudo, enumera outras situações especiais em que o direito subjetivo estará presente: havendo preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); e havendo novas vagas, ou abertura de novo concurso durante a validade do certame anterior, com preterição de candidatos aprovados fora das vagas, de forma arbitrária e imotivada, por parte da administração.

Esses precedentes alteraram não só o entendimento há muito tempo enraizado no STF, como também alteraram o rumo do Direito Administrativo no tocante à matéria de concurso público. Rumo muito bem recebido pela doutrina pátria e assim sintetizado nas palavras de Florivaldo Dutra de Araújo:

Há que se afastar, portanto, as duas posições extremadas que se apresentam nesse tema. Não se pode dar à administração pública a discricionariedade

³⁶ Voto do ministro Luiz Fux no RE 837.311/PI.

de, após realizado concurso válido, simplesmente deixar transcorrer *in albis* o seu prazo de validade, sem nomear os aprovados para as vagas disputadas. No outro extremo, supor que, de todo concurso homologado decorra direito inafastável de nomeação aos aprovados, ou aos classificados às vagas em disputa, desconhecendo a possibilidade de superveniência de circunstâncias inexistentes ou não sopesadas no momento da realização do concurso, seria colocar o interesse público em plano secundário, para atentar apenas ao interesse individual dos candidatos. Entre esses dois equivocados extremos, tende a consolidar-se a correta posição intermediária, que aponta para a obrigatoriedade, em princípio, de nomeação dos aprovados, que deixará de existir caso a administração pública venha a demonstrar fundamento adequado e suficiente para justificar a decisão de não nomear.³⁷

Ainda que louvável a evolução da jurisprudência pátria nesse particular, tem-se que melhor solução seria a edição de lei, seja de alcance nacional ou reservada à competência privativa de cada ente, a fim de regulamentar o tema, devido ao seu alto grau de complexidade, retirando, assim, a elevada carga de responsabilidade dos Tribunais na estipulação das diretrizes para a nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos.

Portanto, salienta-se que a devida regulamentação dos concursos públicos faria com que os candidatos não ficassem tão expostos à eventuais mudanças de entendimentos jurisprudenciais, o que geraria uma maior segurança jurídica para todos os envolvidos no procedimento administrativo do concurso público.

Uma legislação específica sobre o tema serviria para dirimir não só questões de grande magnitude, como as aqui tratadas, mas também situações menores, que provocam problemas pontuais, mas acabam por prejudicar o candidato e por vezes todo o certame.

Padronização sobre previsão de impugnação prévia do edital, de recursos, com prazo razoáveis, para impugnação das várias fases do certame, previsibilidade do direito de vista das provas, seriam de grande valia, esvaziando um pouco o Poder Judiciário e melhor orientando a conduta do administrador.

Por fim, importante ressaltar que a alteração jurisprudencial não resultou na extinção do poder discricionário da Administração Pública nas questões relacionadas ao concurso público. Permanece à Administração Pública a discricionariedade para decidir sobre a abertura ou não do certame, sobre a quantidade de vagas que será ofertada, decidir o prazo de validade do concurso e se haverá prorrogação, bem como, durante o prazo de validade do concurso, tem a prerrogativa de escolher o momento mais conveniente para convocação.

³⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Concurso Público e direito à nomeação: nem tanto ao mar nem tanto à terra**, p. 96.

4. NOVAS DISCUSSÕES POSTAS AO PODER JUDICIÁRIO

Os precedentes do STF, nos RE nº 598.099/MS e nº 837.311/PI, revelam um caminho sem volta na defesa dos interesses do candidato.

A mera expectativa de direito à nomeação deu lugar ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, mas esse é apenas um ponto no mundo de situações discutidas todos os dias nos Tribunais em matéria de concurso público.

A maioria das questões estão longe de chegar a um denominador comum, com grandes polêmicas a serem enfrentadas pelos tribunais superiores.

Partindo dos próprios precedentes, já é possível identificar a questão do alcance da expressão: *preterição arbitrária e imotivada por parte da administração*, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

Segundo o ministro Marco Aurélio, a preterição já se configuraria com a simples convocação de novo certame.

O ministro Toffoli³⁸ entende que a preterição ocorrerá quando, na vigência de dois concursos, a Administração discricionariamente convoca candidatos além do número limite do edital do primeiro concurso e, após, sem qualquer explicação, existindo aprovados no concurso anterior, inicia novo certame.

Para os ministros Roberto Barroso³⁹ e Teori Zavaski⁴⁰, a preterição configura-se com a nomeação dos aprovados do segundo concurso antes dos aprovados no primeiro, na vigência do primeiro.

Ainda sobre os precedentes subsiste discussão sobre a *questão de óbice orçamentário à nomeação dos candidatos*. Com efeito, a comprovação de ausência de recursos disponíveis para efetivar as nomeações exclui a vinculação do ato de nomeação, na

³⁸ Trecho do voto do ministro Toffoli no RE 837.311/PI: “[...] se houve um novo concurso, havendo concurso aberto, dentro do prazo de validade, e se houve a discricionariedade de se convocar um número de candidatos além do número limite do edital e se chegou até determinado número de aprovados e se parou essa convocação para se abrir um novo concurso, isso feriu, inclusive, a ideia da impessoalidade. [...] Então, neste caso concreto, fica claro – e agora mais uma vez reiterado pelo Relator – que houve uma preterição. Houve preterição porque houve discricionariedade na escolha de até onde se chamaria com base no concurso ‘a’ para se abrir um concurso ‘b’, havendo aprovados no concurso anterior”.

³⁹ Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no RE 837.311/PI: “Eles apenas abriram o concurso. Ninguém foi nomeado dentro do prazo de validade do concurso, porque, aí sim, eu acho que incidiria o artigo 37. Entende, Vossa Excelência? Houve uma abertura de concurso público, mas não houve uma nomeação de alguém para vaga durante o prazo de validade do certame anterior. Portanto, eu acho que não incide, neste caso específico, o artigo 37.”

⁴⁰ Trecho do voto do min. Teori Zavaski no RE 837.311/PI: “O que é preterição? Nós podemos considerar preterição a inobservância da ordem de classificação, que é o caso clássico. Mas nós podemos considerar preterição também a ofensa ao inciso IV do artigo 37.”

medida em que não é permitido à Administração Pública realizar despesas sem a correspondente receita orçamentária.

Nesse sentido, mesmo que a criação de vagas pressuponha existência de previsão orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias – LDO (art. 169, § 1º, CF), podem ocorrer situações excepcionais que deflagrem óbice financeiro ao ente público, em geral decorrentes dos limites impostos na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101/2000).

Frise-se que a Lei de Responsabilidade prescreve percentuais máximos da receita corrente líquida que cada ente público pode gastar com pessoal.

Por outro lado, o precedente do RE 598.099, quando incorporou a tese do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, pontuou ressalvas à vinculação para as hipóteses de excepcionalidade.

Dessa forma, a jurisprudência vem exigindo que a excepcionalidade, além de devidamente comprovada, deve ser dotada de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e real necessidade de não cumprimento do dever de nomeação. Ou seja, a mera alegação de problemas orçamentários, ainda que devidamente comprovada pelo ente público, não será suficiente para impedir a nomeação dos aprovados, sem a devida demonstração de imprevisibilidade e superveniência.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. ARGUMENTO QUE NÃO PODE SERVIR DE OBSTÁCULO PARA NÃO NOMEAR CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. PRECEDENTE. REVISÃO DO ACÓRDÃO. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que candidato aprovado dentro do número de vagas em concurso público tem direito subjetivo à nomeação nas hipóteses de não convocação durante o prazo de validade do concurso. Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes: AgInt no RMS 51.934/MG, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/3/2017; AgInt no RMS 48.056/RJ, Rel. ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 2/2/2017.

2. Esta Corte tem entendimento de que os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de fundamento para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor, sobretudo na hipótese de despesas decorrentes de decisão judicial. Precedente: AgRg no REsp 1.407.015/RJ, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/11/2015.

3. Na hipótese, para se chegar a entendimento diverso do contido na decisão hostilizada, a respeito da dotação orçamentária para a contratação de novos funcionários, necessário o revolvimento das provas apresentadas,

finalidade que escapa ao âmbito do apelo manejado, nos termos do Enunciado nº 7 da súmula do STJ⁴¹.

Esse posicionamento, embora moralizador, pode gerar grandes entraves à Administração Pública que poderá se ver obrigada, por decisão judicial, a contratar servidores acima do limite prudencial de gastos com pessoal, infringindo a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Outro ponto de reflexão e de grande polêmica é o *cadastro de reserva*, embora compreendido pelo ministro Luiz Fux, no julgamento do Tema 784 como “legítimo instrumento de planejamento da Administração que atende o melhor interesse público e que privilegia sobretudo, a gestão eficiente, afastando, ‘*a priori*’, a denominada proteção da confiança legítima”, é uma matéria que gera muitas discussões judiciais.

Fato é que o cadastro de reserva não é visto com bons olhos pela jurisprudência pátria, principalmente pela sua utilização excessiva e de forma incorreta por parte de maus administradores. Não se pode ignorar que alguns editais não especificam o número de vagas a serem preenchidos e limitam-se a criar o denominado *cadastro de reserva*, situação em que os candidatos sofrem com a insegurança jurídica, eis que prestam o concurso sem saber se haverá vagas a serem preenchidas durante todo o prazo de validade do certame.

Vale mencionar que a ministra Cármen Lúcia⁴² chegou a advertir para a adoção irregular do cadastro de reserva com o único intuito de esvaziar o sentido da orientação jurisprudencial acerca do tema (o direito subjetivo à nomeação dentro do número de vagas previstas no edital).

As reiteradas tentativas de esvaziar a orientação jurisprudencial por meio da utilização do cadastro de reserva fez com que os Tribunais passassem a reconhecer o direito à nomeação aos candidatos classificados além do número de vagas previstas,

⁴¹ Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Resp nº 1678.736/RO. Relator: ministro Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 5/12/2017. Publicação: 13/12/2017.

⁴² Trecho do voto da min. Cármen Lúcia no RE 837.311/PI: “Deve-se anotar que a mudança de compreensão sobre o direito à nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos repercutiu na conduta dos administradores públicos. A reação mais visível à mitigação do conceito de discricionariedade administrativa foi, no entanto, a de omitir o número de cargos vagos a serem ofertados em editais de concursos públicos posteriores, os apregoados ‘concursos para formação de cadastro reserva’. Optou, pois, a Administração Pública por recusar-se a declinar o número de cargos vagos existentes, aos quais destinado o certame, evitando, com isso, externar decisivamente seu interesse no preenchimento desses postos e frustrar o controle judicial sobre seus atos. Numerosos são exemplos de órgãos da Administração Pública que, desfalcados de significativo contingente de servidores ou prevendo a ampliação substancial de seu quadro, lançam editais de concurso prevendo apenas a criação de cadastro de reserva e, em seguida à homologação do concurso, nomeiam dezenas de novos servidores. A despeito da aparente legitimidade da medida, tanto parece retratar tentativa à burla à orientação jurisprudencial que vem se consolidando sobre a matéria, notadamente sobre a boa-fé de que devem estar imbuídos os atos da Administração Pública e a segurança jurídica deles esperada, a saber a previsibilidade e proteção da confiança que devem pautar sua relação com os administrados. Não se pode, a meu ver, restabelecer o arbítrio e a abusividade que permeavam a atuação administrativa aparentemente legitimada pelo atributo da discricionariedade, já há muito superado.”

todas tendo em comum a constatação de existência de vagas não preenchidas para o cargo *versus* a notória demonstração de interesse por parte da Administração em prover essas vagas.

Os tribunais superiores já reconheceram como hipóteses de demonstração de interesse da Administração em prover vagas as situações seguintes: i) a contratação de temporários sem o preenchimento dos requisitos do art. 37, IX, da CF; ii) o desvio de função dos ocupantes de cargos de comissão e funções de confiança em exercício de atividades próprias de cargo efetivo; e iii) a contratação de terceirizados para realizar atividades fim da entidade pública contratante.

Essas são hipóteses, em última análise, de preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária, por ofensa ao princípio da confiança e da boa-fé administrativa, ou seja, de mera aplicação dos precedentes analisados no outro capítulo.

Contudo, são conflitos de difícil homogeneização jurisprudencial, eis que dependem da análise do caso concreto para a comprovação do desvio na postura escolhida pelo administrador. Isto porque, deve-se lembrar também que, por outro lado, as contratações temporárias regulares são de extrema necessidade para Administração (substituição em licenças saúde, licença gestante), a contratação de terceirizada para atividade meio melhora a eficiência da Administração, mostra-se, em geral, menos custosa, além de permitir a dedicação exclusiva da Administração à sua atividade fim. Por fim, a importância dos cargos e função de confiança já foi reconhecida como de grande valia pelos tribunais superiores, desde que não desvirtuada.

Logo, a preterição só ocorrerá com a comprovação de abuso de poder, irregularidade ou desvirtuamento.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DOS RECORRENTES FORA DO NÚMERO DE VAGAS VEICULADO NO EDITAL. DIREITO DE NOMEAÇÃO. MERA EXPECTATIVA. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Alcides José Assunção Tostes, Silvana da Silva Sampaio, Juliano Dias e Pablo Esperandio Santos Muniz contra ato do Presidente do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul, por meio do qual almejam suas nomeações para o cargo público de Auditor Estadual de Controle Externo, por terem sido aprovados em 112º, 130º, 190º e 231º lugar no respectivo Concurso Público de Provas e Títulos.

2. Hipótese em que, como bem apontado pelo Ministério Público Federal, não ficaram comprovadas a certeza e a liquidez do direito à nomeação dos recorrentes. Apesar do amplo acervo probatório trazido por eles, não houve demonstração cabal da preterição do seu direito.

3. O STJ possui o entendimento de que “os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso – mediante de lei ou por

força de vacância –, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração” (RMS 47.861/MG, minha relatoria, Segunda Turma, DJe de 5/8/2015).

4. *Consigne-se que a paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame.*

5. Recurso Ordinário não provido.⁴³ (grifo nosso)

Recente ponto de conflito nos tribunais figura-se em decorrência da desistência de candidatos classificados dentro do número de vagas do edital. A dúvida colocada em debate é se a *desistência dos convocados ensejaria o direito subjetivo à nomeação do próximo da lista de aprovados.*

É dizer, o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados nasce com a lista de classificação? Caso o edital oferte 20 vagas, aos 20 primeiros classificados no concurso surgiria o direito à nomeação. O que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça denominou direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em “posição classificatória compatível com as vagas estabelecidas em edital”:

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. GUARDA DE SEGURANÇA. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. APROVAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO.

[...]

2. O impetrante alega, em síntese, que prestou concurso para o provimento de 47 (quarenta e sete) vagas de Guarda de Segurança - Classe “H”, mais os cargos que vagarem no prazo de validade do concurso, limitadas a 100 (cem) vagas. Afirma que foi classificado no 114º lugar e foram nomeados 65 (sessenta e cinco) candidatos dentro do prazo de validade, havendo mais 43 (quarenta e três) cargos vagos, além de 6 (seis) candidatos em posição anterior que formalizaram desistência. Logo, a Administração estaria obrigada a nomeá-lo.

3. *Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas estabelecidas em edital, in casu, 47 (quarenta e sete) vagas de Guarda de Segurança*

⁴³ Superior Tribunal de Justiça. RMS 52.667/MS. Relator: ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 19/9/2017. Publicação: 9/10/2017.

- Classe "H", possuem direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, não havendo mera expectativa de direito.

4. Já em relação aos candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, caso do recorrente, os quais integram o cadastro de reserva, o STJ entende que não possuem direito líquido e certo a nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. [...] ⁴⁴

Ou, em outro extremo, a Administração estaria obrigada a nomear e dar posse aos 20 candidatos aprovados, ainda que com classificação superior a 20. Nessa hipótese, a desistência de um aprovado dentro do número de vagas faria surgir para o próximo da lista o direito subjetivo à nomeação. Vale transcrever entendimento recente da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça – AgInt no RMS nº 59.115/RS:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME.

1. A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital não possuem direito líquido e certo à nomeação, salvo nas hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.

2. É também pacífico o entendimento que a expectativa de direito se transforma em direito subjetivo à nomeação nas situações em que o candidato, aprovado fora do número de vagas, passe a figurar, devido a desistência de aprovados classificados em colocação superior, dentro do quantitativo ofertado no edital do concurso.

3. Ocorre que, no caso dos autos, a desistência do candidato aprovado dentro da única vaga prevista no edital se deu após o prazo de validade do certame, o que não garante à recorrente, segunda colocada, a vaga disputada. ⁴⁵

Novas reflexões são postas ao Poder Público diariamente a fim de dirimir controvérsias na relação jurídica entre Administração Pública e *concurandos*.

⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS nº 56144/RS. Relator: ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 20/11/2018.

⁴⁵ Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS nº 59115/RS. Relator: ministro Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 6/2/2020. Publicação: 11/2/2020.

CONCLUSÃO

A partir da solidificação do Estado de Direito, o instituto do concurso público passou a ser o meio utilizado para ingresso nos cargos públicos, privilegiando uma forma de ingresso que contempla os princípios basilares da Administração Pública.

É a partir da Constituição de 1988 que o concurso público se destaca como instrumento jurídico por excelência para seleção de agentes públicos, possibilitando que todo e qualquer cidadão tenha acesso isonômico às carreiras públicas e sejam escolhidos aqueles que apresentem as aptidões profissionais mais adequadas e pertinentes para o exercício de cargo ou emprego público específicos.

O instrumento do concurso público baseia-se, como ensina Carvalho Filho, em três postulados fundamentais: princípio da igualdade, princípio da moralidade administrativa e princípio da competição, já imbuído no novo contexto de reconhecimento da normatividade dos princípios, trazido pelo novo texto constitucional. Rege-se, também, por outros princípios, além daqueles aplicáveis à administração pública de forma geral – artigo 37, *caput*, CF.

Contudo, o princípio de maior relevância no contexto do tema proposto é o princípio da proteção à confiança, decorrente de princípio mais amplo – da segurança jurídica, que afeta diretamente a relação entre a Administração Pública e os candidatos. Por esse princípio, deve ser assegurado a todos o direito de conhecer, antecipadamente, os resultados de suas ações e omissões, exigindo, por parte do Estado, coerência e firmeza de comportamento, ou seja, partindo-se da premissa de que a Administração Pública honrará com seriedade os compromissos assumidos perante a coletividade.

A despeito da regra da obrigatoriedade do concurso público com assento constitucional, a realidade é que, ainda hoje, o Brasil não dispõe de norma disciplinadora desse importante instituto, gerando grandes conflitos na relação jurídica entre autoridade competente e os interessados na investidura do cargo ou emprego público.

Assim, a partir da percepção de assunção do papel de protagonista do Poder Judiciário nas questões que orbitam o concurso público, o presente trabalho propõe-se a destacar e a se aprofundar sobre o tema de maior controvérsia judicial no campo dos concursos públicos: o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados.

Nesse cenário de vácuo legal e de insegurança jurídica para administradores e administrados, mostrou-se oportuno o estudo dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para identificar e compreender a mudança radical de posicionamento desses Tribunais.

De início, pontuamos qual o grau de interferência possível do Poder Judiciário nos atos discricionários da Administração, isso porque também é máxima do direito administrativo que o Poder Judiciário não pode invadir o espaço reservado, pela lei, ao administrador, interferindo em seus critérios de escolha – opção legítima.

Adentrando ao estudo dos precedentes propriamente ditos, constatou-se que a mera expectativa de direito à nomeação permeou o entendimento do Supremo

Tribunal Federal durante décadas, com características de imutabilidade, em face à indiscutível discricionariedade da Administração Pública em prover tais cargos (ou empregos), segundo seus critérios de conveniência e oportunidade.

A orientação jurisprudencial estava assentada na discricionariedade do administrador para realizar as nomeações, ainda que o candidato aprovado estivesse dentro do número de vagas previstas no edital. De forma que, o candidato aprovado tinha mera expectativa de direito.

Posteriormente, já na década de 1960, passou-se a entender a obediência da ordem classificatória como implícita ao conceito de concurso, o que resultou no Enunciado 15 da súmula comum do STF.

A quebra de paradigma ocorreu por obra dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, postulando um novo entendimento pelo qual o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital passou a possuir direito líquido e certo à sua nomeação.

Por esse novo posicionamento, a Administração vincula-se ao número de vagas ofertadas no edital. A ideia preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir desse momento, é que o instrumento convocatório, em consonância com o princípio da vinculação ao edital, é ato vinculante tanto para a Administração Pública quanto para os administrados. Assim, se o edital estipular vagas, a Administração terá o dever de preenchê-las com os candidatos aprovados no processo seletivo. Logo, a nomeação dos aprovados classificados dentro do número previsto em edital de vagas é ato vinculado, apenas ressalvando as situações excepcionais ou emergenciais.

Certo é que o direito subjetivo à nomeação após essa decisão paradigmática foi consolidando-se no Superior Tribunal de Justiça e aos poucos influenciando o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Ato contínuo, o Supremo Tribunal Federal passou a endossar o direito subjetivo à nomeação aos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, com efeito vinculante, a partir de dois precedentes emblemáticos: RE nº 598.099/MG e RE nº 837.311/PI, gerando os Temas 161 e 784 de repercussão geral no STF, respectivamente.

Os precedentes apresentaram vasta argumentação jurídico-principlológica, a fim de diferenciar situações de mera expectativa de direito, de outras situações que consubstanciam direitos subjetivos, vinculando-se a discricionariedade.

Em resumo, nesses precedentes, o STF deixa claro que há direito subjetivo à nomeação para os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital, reafirmando, para os demais aprovados, classificados além daquele número, a mera expectativa de direito. Contudo, amplia as situações que a mera expectativa dos aprovados poderá ser convalidada em direito subjetivo à nomeação quando configurado um dos seguintes requisitos: i) não observação da ordem classificatória; ii) existência de cargos vagos com prévia dotação orçamentária para preenchimento dos cargos vagos; e iii) abertura de novo concurso como forma de preterição do cadastro de reserva de certame anterior.

Esses precedentes alteraram não só o entendimento há muito tempo enraizado no STF, como também alteraram o rumo do direito administrativo no tocante à matéria de concurso público.

Ainda que louvável a evolução da jurisprudência pátria nesse particular, na busca de maior efetivação dos princípios constitucionais da boa-fé, da moralidade administrativa e da segurança jurídica, a melhor solução ainda seria a edição de lei com alcance nacional, a fim de regulamentar o tema, devido ao seu alto grau de complexidade, retirando, assim, a elevada carga de responsabilidade dos tribunais na determinação de diretrizes para a nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos.

Ademais, importante pontuar que a alteração jurisprudencial não resultou na extinção do poder discricionário do Administração Pública nas questões relacionadas ao concurso público. Permanece reservada à Administração Pública a discricionariedade para decidir sobre a abertura ou não do certame, sobre a quantidade de vagas que será ofertada, sobre o prazo de validade do concurso e possibilidade de prorrogação, bem como, durante o prazo de validade do concurso, resta preservada a prerrogativa de escolher o momento mais conveniente para convocação.

Por fim, viu-se que novas questões sobre direito à nomeação em concurso público surgem nos tribunais todos os dias e estão longe de chegar a uma pacificação, tais como: cadastro de reserva; preterição na contratação de temporários e de terceirizados; o efeito da desistência na lista de aprovados, entre outros.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concurso público e direito à nomeação: nem tanto ao mar nem tanto à terra. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Edição Especial - ano XXVIII. 2009. Disponível em: <<https://revista1.tce.mg.gov.br/>>. Acesso em: setembro de 2019.

AUGUSTO, Humberto Bayma. O princípio do Concurso Público e a Evolução dos Precedentes Jurisprudenciais. **Revista Controle** – Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Ceará: vol. VIII. nº 1. setembro de 2010.

BARROS, Wellington Pacheco. **Direito Administrativo – Concurso Público: Teoria e Prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33. edição. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

JESUS, Noel Antonio Tavares de. **O direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados e os limites de despesas com o pessoal.** Espaço Jurídico. Joaçaba. v. 10, nº 2, p. 299-314. jul/dez 2009.

LESSA, Fábio Lins de. **Concursos Públicos no Direito Brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2015.

LIMA, Rodrigo Mello da Motta. **Aprovação em concurso público e direito à nomeação.** Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, nº 106, dez. 2009. Disponível em:< <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64396>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2020.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise: Uma perspectiva Pragmática.** São Paulo: Lumen Juris, 2017.

MATOS, Valdir Raupp. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 75 de 2015.** Brasília: Senado Federal, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina - coordenadores. **Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso.** 6. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília – DF: Senado 1988.

_____, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 10.188/MS. Relator: ministro Vicente Leal. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data de julgamento: 4/6/1999. Publicação: 24/6/1999.

_____, Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.718/SP. Relator: ministro Paulo Medina. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data de julgamento: 4/12/2007. Publicação: 3/3/2008.

_____, Superior Tribunal de Justiça. RMS 52.667/MS. Relator: ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 19/9/2017. Publicação: 9/10/2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Resp nº 1.678.736/RO. Relator: ministro Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 5/12/2017. Publicação: 13/12/2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Ag.Int. no RMS nº 56.144/RS. Relator: ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 4/9/2018. Publicação: 20/11/2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS nº 59.115/RS. Relator: ministro Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 6/2/2020. Publicação: 11.2.2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. RMS nº 8.724/SP. Relator: ministro Cândido Motta. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 9/8/1961. Publicação: 8/9/1961.

_____, Supremo Tribunal Federal. RMS 8.578/SP. Relator: ministro Pedro Chaves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 27/9/1961. Publicação: 12/4/1962.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADI 2.931/RJ. Relator: ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 24/2/2005. Publicação: 29/9/2006.

_____, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 598.099/MS. Repercussão Geral. Relator: ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 10/8/2011. Publicação: 3/10/2011.

_____, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 837.311/PI. Repercussão Geral. Relator: ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 9/12/2015. Publicação: 18/4/2016.