
A NOMEAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS: BREVE ENSAIO SOBRE A EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – TEORIAS DA EXPECTATIVA DE DIREITO E DO DIREITO SUBJETIVO

*THE APPOINTMENT OF PUBLIC PROCUREMENT: A BRIEF ESSAY
ON THE EVOLUTION OF THE THEME IN THE JURISPRUDENCE
OF HIGHER COURTS - THEORIES OF EXPECTATION OF LAW AND
SUBJECTIVE RIGHTS*

Juliane Almudi de Freitas

*Advogada da União lotada na Procuradoria Regional da União da 1ª Região, na
Coordenação Trabalhista (COTRAB)*

Especializada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná

SUMÁRIO: Introdução; 1 Concurso público: uma exigência constitucional; 2 A teoria da mera expectativa de direito; 3 A teoria do direito subjetivo; 4 O candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas; 5 O entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: legalidade do edital que prevê a possibilidade de não serem preenchidas todas as vagas oferecidas; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho visa avaliar como a jurisprudência dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) tem se posicionado acerca das nomeações em concursos públicos. Tratará, inicialmente, em que consiste a exigência de concurso público. Analisará a teoria da expectativa de direito dos candidatos, passando, posteriormente à análise da teoria do direito subjetivo, explicitando, inclusive, as suas exceções. Abordará, ainda, o desenvolvimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 598.099/MS, que pacificou o entendimento acerca do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas. Exporá, ademais, o entendimento da Segunda Turma do referido Tribunal, no sentido de ser válida a previsão no edital do concurso de que os aprovados dentro do número de vagas poderão não ser nomeados.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Isonomia. Concurso Público. Nomeação. Expectativa de Direito. Direito Subjetivo.

ABSTRACT: This study aims to evaluate the case law of the Superior Courts (Supreme Court and Superior Court) has positioned itself about the appointments in public tenders. Treat, initially, what is the requirement for public concourse. Examine the expectancy theory of right candidates, passing, after the analysis of the theory of subjective rights, explaining even its exceptions. Address also the development of the jurisprudence of the Supreme Court from the judgment of Extraordinary Appeal. 598.099/MS, which pacified the understanding of the subjective right to the appointment of suitable candidates within the number of vacancies offered. It will expose moreover, the understanding of the Second Chamber of the Court referred to in order to be valid in the forecast call announcement that the approved within the number of vacancies may not be appointed.

KEYWORDS: Principle of Equality. Public Concourse. Appointment. Expectation of Right. Subjective Right.

INTRODUÇÃO

O tema concursos públicos, de matriz constitucional e administrativa, tem suscitado muitas discussões.

Neste sentido, os precedentes jurisprudenciais passaram a ter forte influência na discussão do tema, principalmente para assegurar os direitos daqueles que trilharam o árduo caminho dos concursos públicos.

A questão da nomeação é assunto que vem sendo lapidado pela jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores, de modo a proteger a parte mais vulnerável nessa relação, qual seja, os candidatos aprovados. Porém, como se demonstrará, não faltam decisões em sentido diverso.

1 CONCURSO PÚBLICO: UMA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL

Em seu artigo 37, inciso II, a Constituição Federal prevê que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

O concurso público, segundo a doutrina:¹

É o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. 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, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos. O concurso público descende do princípio republicano e visa garantir o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I, da Constituição Federal), decorrência direta do princípio da igualdade. Privilegia, ainda, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e nepotismo. Favorece, também, o princípio da eficiência e o aperfeiçoamento do serviço público.

A exigência de prévia aprovação em concurso público alcança o provimento de cargos públicos e a contratação de servidores pelo regime

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 595.

trabalhista, na administração direta e indireta. Não abrange, todavia, a nomeação para cargos em comissão (art. 37, II, da Constituição Federal), ou seja, aqueles de livre nomeação e exoneração, nem a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição Federal). As funções de confiança (direção, chefia e assessoramento) não demandam concurso público, pois são acessíveis aos servidores da carreira (art. 37, V, da Constituição Federal).

O concurso público deve ser realizado através de provas ou de provas e títulos, e poderá estabelecer requisitos que respeitem a natureza das atividades a serem desempenhadas.

O concurso tem validade por até dois anos, prorrogável por igual período uma única vez (art. 37, III, da Constituição Federal). A prorrogação do concurso constitui ato discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. 1. DECADÊNCIA. 2. CANDIDATO APROVADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTOS EM EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 3. DISCUSSÃO SOBRE O PRAZO DE VALIDADE E SOBRE A PRORROGAÇÃO DO CONCURSO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. 4. NÃO OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE ABUSIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(STF, RMS 28911, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-237 DIVULG 03-12-2012 PUBLIC 04-12-2012)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO. REMOÇÃO DE SERVIDOR PARA OUTRA LOCALIDADE. VACÂNCIA DO CARGO NÃO CARACTERIZADA. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. ATO DISCRICIONÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por Carlos Eduardo Dias de Almeida com o objetivo de assegurar direito à nomeação para o cargo de Técnico-Judiciário do Estado de Rondônia, no qual foi aprovado na 11ª posição, isto é, fora do número das vagas inicialmente previstas (oito vagas) para a Comarca de Presidente Médici, cidade para a qual concorreu.
2. O agravante alega que possui direito subjetivo à nomeação, porquanto ocorreu a remoção da servidora Aline Silva Ribeiro de Moraes, 9ª colocada, para outra localidade (Vilhena/RO), surgindo assim vaga na localidade de Presidente Médici.
3. A jurisprudência do STJ firmou que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito líquido e certo à nomeação. Durante o período de validade do certame, compete à Administração, atuando com discricionariedade, nomear os candidatos aprovados de acordo com sua conveniência e oportunidade.
4. Esse entendimento (poder discricionário da Administração para nomear candidatos aprovados no certame durante sua validade) é limitado na hipótese de haver contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos e ainda existirem candidatos aprovados no concurso. Nessas situações, a expectativa de direito destes seria convolada, de imediato, em direito subjetivo à nomeação.
5. Tal direito também se manifesta quando, durante o prazo de validade do concurso, demonstrado o interesse da Administração Pública, surgirem novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento, seja pela realização de novo concurso público dentro do prazo de vigência do certame anterior.
6. Não caracteriza “vacância de cargo” para fins de provimento pelos aprovados em concurso público a simples remoção de um servidor para outra comarca.
7. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prorrogação do prazo de validade do concurso público é faculdade outorgada à Administração, exercida segundo critérios de conveniência e

oportunidade, os quais não estão suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário.

8. Agravo Regimental não provido.” (grifo nosso)
(STJ, Segunda Turma, AgRg no RMS 39.748/RO, Ministro Herman Benjamin, data do julgamento 04/04/2013, data da publicação 10/05/2013)

A Lei Maior assevera, ainda, que 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 (art. 37, IV, Constituição Federal).

Por fim, a abertura de um concurso público se dá através da publicação de um edital, que traça previamente as “regras do jogo”, para conhecimento de todos.

2 A TEORIA DA MERA EXPECTATIVA DE DIREITO

Por muito tempo, a doutrina e jurisprudência pátria consagraram o brocardo de que a aprovação em concurso público, mesmo que dentro do número de vagas ofertadas, gerava “mera expectativa de direito”.

Essa ideia desenvolveu-se pautada no fato de a nomeação ato discricionário da Administração Pública, isto é, sujeito à existência de oportunidade e conveniência para a sua prática.

Como exemplo, cita-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“A aprovação em concurso não gera direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito somente surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado.”

(*MS 21.870*, Rel. Min. *Carlos Velloso*, julgamento em 7-10-1994, Plenário, *DJ* de 19-12-1994.) *No mesmo sentido: AI 452.831-AgR*, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, julgamento em 15-2-2005, Primeira Turma, *DJ* de 11-3-2005; *RE 421.938*, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, julgamento em 9-5-2006, Primeira Turma, *DJ* de 2-2-2006. *Vide: AI 777.644-AgR*, Rel. Min. *Eros Grau*, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, *DJE* de 14-5-2010.

Nesse diapasão, existia, até pouco tempo, consenso apenas de que o candidato aprovado em concurso público teria direito à nomeação nas hipóteses seguintes:

- a) Preterida a ordem de classificação (Súmula 15 STF: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.”); e
- b) Afrontado o direito de prioridade sobre os aprovados em concurso posterior, conforme preceitua o artigo 37, IV, da Constituição Federal.

3 A TEORIA DO DIREITO SUBJETIVO

A jurisprudência evoluiu para considerar que a mera expectativa de direito à nomeação convola-se em direito subjetivo.

Na realidade, as mudanças começaram a surgir primeiro no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e depois no Excelso Pretório. Nesses julgados sempre se fazia presente alguma peculiaridade, mormente uma arbitrariedade praticada pela Administração Pública direcionada a frustrar o direito dos candidatos aprovados dentro das vagas oferecidas no edital.

Porém, ainda assim não era possível afirmar que a jurisprudência havia se modificado totalmente, para consagrar de vez a existência de um direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas ofertadas.

Em 10 de agosto de 2011, a questão foi pacificada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Por unanimidade, a Corte decidiu, *com repercussão geral*, que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas indicado no edital possui o direito subjetivo de ser nomeado, durante o prazo de validade do certame. Trata-se do Recurso Extraordinário n. 598.099/MS, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que o Supremo Tribunal Federal discutiu o tema (Tribunal Pleno, julgado em 10/8/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30/9/2011 PUBLIC 3/10/2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314).

No aludido recurso excepcional, o Estado de Mato Grosso do Sul sustentou violação aos artigos 5º, inciso LXIX, e 37, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal. Argumentou em favor da inexistência de qualquer direito líquido e certo à nomeação dos aprovados. Alegou, ainda, que

em face da autonomia da administração pública, há discricionariedade para aferir a real necessidade de nomeação de candidatos aprovados em concurso público.

Porém, a Excelsa Corte não acolheu esses argumentos. Reconheceu que devido aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, a Administração Pública encontra-se vinculada ao número de vagas previstas no edital.

De acordo com o Ministro Relator, a administração poderá escolher, dentro do prazo de validade do concurso e de sua prorrogação, o momento no qual se realizará a nomeação. Assim, ela não é obrigada a nomear imediatamente, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação.

O Supremo Tribunal Federal consagrou, ainda, que a não observância desse dever de nomear somente pode ocorrer *em situações excepcionais*, provocadas por circunstâncias supervenientes à publicação do edital. Neste caso, a Administração deverá fundamentar devidamente o ato, expondo as razões que a levaram a tanto. Tal ato, como não poderia deixar de ser, está sujeito à análise do Judiciário, que se provocado, verificará se os motivos apontados são ou não válidos.

Conforme se extrai da ementa do julgado, essas situações excepcionais são as seguintes:

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.

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.”
(grifo nosso)

Ao decidir o tema com repercussão geral – instrumento processual inserido na Constituição Federal com a Emenda Constitucional 45/04 –, o entendimento firmado pelo Supremo passou a ser adotado por outros Tribunais.

4 O CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS

Levando-se em consideração o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 598.099/MS, *a priori*, o candidato aprovado além do número de vagas ofertadas não tem direito subjetivo à

nomeação, ainda que surjam ou sejam criadas vagas durante o prazo de validade do concurso. Assim, o fato de terem sido criados novos cargos enquanto ainda vigente o concurso não obriga, por si só, a Administração a nomear o candidato aprovado fora do número de vagas.

No entanto, analisando-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que alguns candidatos aprovados além da quantidade de vagas ofertadas têm conseguido assumir cargos e empregos públicos quando verificadas as seguintes condições: a) o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso; e b) a demonstração de existência de interesse da Administração Pública.

Como exemplo desses casos, pode-se mencionar a contratação de forma precária para preenchimento das mesmas vagas ofertadas no concurso público. Tal ato demonstra a existência de vagas e a necessidade de preenchê-las, providência que deve se aperfeiçoar por meio da nomeação dos aprovados, que não podem ser preteridos.

O precedente do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito ilustra bem a referida hipótese:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR. CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. A expectativa de direito à nomeação se transforma em direito subjetivo com relação aos candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital se, ainda no prazo de validade do concurso público, há contratação precária para o exercício dos cargos em disputa. Precedentes.

2. Hipótese em que o próprio recorrente firmou contrato de trabalho por tempo determinado, que foi objeto de renovação, para exercer as funções do cargo de Médico, com especialidade em Cirurgia Pediátrica, para o qual prestou concurso público e foi aprovado em primeiro lugar, demonstrando a necessidade de preenchimento de vaga.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, Sexta Turma, AgRg no RMS 19.952/SC, Relator Ministro Og Fernandes, data do julgamento 18/04/2013, data da publicação DJe 29/04/2013)

Neste sentido, convém destacar o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Nomeação de servidores temporários. Preterição de candidata aprovada em concurso vigente. Direito à nomeação. Precedentes.

1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que, havendo aprovados em concurso público ainda vigente, configura preterição na ordem de nomeação a contratação temporária de pessoal para o exercício das atribuições destinadas aos aprovados no certame.

2. Agravo regimental não provido.”

(ARE 659921 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-155 DIVULG 08-08-2013 PUBLIC 09-08-2013)

Outro exemplo é a utilização de servidores requisitados de outros órgãos para desempenhar as funções dos candidatos aprovados que, através do concurso público, foram declarados aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

Também deve ser mencionada a reabertura de novo concurso, em curto prazo, para preenchimento dos cargos que haviam sido ofertados no certame anterior, mas acabaram não sendo preenchidos.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO FINAL. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PUBLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. ABERTURA DE NOVO CONCURSO NO ÚLTIMO DIA DE VALIDADE. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. O ato de homologação do resultado final do concurso público só produz efeitos a partir de sua publicação; data a partir do qual se inicia o prazo de validade do certame.

2. Nos termos do art. 37, IV, da Constituição Federal, a abertura de novo concurso, enquanto vigente a validade do certame anterior, confere direito líquido e certo a eventuais candidatas cuja

classificação seja alcançada pela divulgação das novas vagas. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no RMS 30.310/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 19/10/2012; REsp 1108772/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 30/05/2012.

3. No caso, o resultado final do certame fora homologado em 23 de março de 2005, ato cuja publicação se deu em 30 de março de 2005; assim, a abertura de novo certame, em 30 de março de 2007, para preenchimento de mais 3 vagas para o mesmo cargo, na mesma circunscrição judiciária, confere direito líquido e certo à impetrante de ser nomeada, porquanto, classificada na 144ª posição, a última convocação alcançou até o 141º classificado.

4. Recurso ordinário provido.

(STJ, Primeira Turma, RMS 33.719/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 12/06/2013)

Todas essas situações ilustram a necessidade de preenchimento dos cargos, bem como o interesse público em ocupá-los.

5 O ENTENDIMENTO DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A LEGALIDADE DO EDITAL QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DE NÃO SEREM PREENCHIDAS TODAS AS VAGAS OFERECIDAS

O entendimento que atualmente prevalecesse no âmbito dos Tribunais Superiores é no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas possui direito subjetivo de ser nomeado e empossado no período de validade do certame.

Porém, recentemente, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o candidato aprovado dentro do número de vagas não tem direito líquido e certo à nomeação quando o edital contiver a previsão de possibilidade dos candidatos aprovados serem convocados em número inferior ao das vagas oferecidas no certame, conforme a disponibilidade orçamentária existente.

Tal entendimento foi firmado no Recurso em Mandado de Segurança 37249/SP, da relatoria Ministro Castro Meira, e que foi julgado em 9 de abril de 2013.

Na verdade, o órgão fracionário admoestou ser possível que as nomeações sejam condicionadas à necessidade do serviço, disponibilidade financeira e orçamentária e existência de cargos

vagos. Portanto, o edital deve prevalecer, em atenção aos princípios da vinculação ao edital e da discricionariedade da Administração Pública.

Eis a ementa do acórdão:

ADMINISTRATIVO. APROVAÇÃO DE CANDIDATA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO. SITUAÇÃO PECULIAR. PREVISÃO EDITALÍCIA DE POSSIBILIDADE DE PROVIMENTO INFERIOR AO NÚMERO DE VAGAS.

1. O candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas tem direito líquido e certo à nomeação. Precedentes.
2. No presente caso, o edital condiciona as nomeações à necessidade do serviço, disponibilidade financeira e orçamentária e existência de cargos vagos, não vinculando a Administração à nomeação de número determinado de candidatas.
3. Dessa forma, deve prevalecer o estabelecido no instrumento convocatório, em atenção aos princípios da vinculação ao edital e da discricionariedade da Administração Pública.
4. Recurso ordinário não provido.

(RMS 37249/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 09/04/2013)

Desse modo, de acordo com a Segunda Turma do Tribunal da Cidadania, é válida a previsão no edital do concurso de que os aprovados dentro do número de vagas poderão não ser nomeados.

Conquanto se trate de posicionamento isolado no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, é necessário torcer para que este não prevaleça. Caso contrário, significará um grande retrocesso na proteção aos direitos dos candidatos, com o retorno da teoria da mera expectativa de direito.

6 CONCLUSÃO

Assim, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública deve respeitar as regras do edital do

concurso, inclusive em relação à previsão de vagas que necessitam ser preenchidas, em homenagem aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

É verdade que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo à nomeação no prazo de validade do certame. A Administração Pública, entretanto, possui discricionariedade para escolher a melhor oportunidade e conveniência para realizar as nomeações dentro do período de validade do concurso previsto no edital.

No entanto, não é raro ver editais de concursos visando afastar os direitos dos candidatos. Exemplos comuns dessa prática são os editais com a previsão de cadastro de reserva ou, até mesmo, do cadastro de reserva limitado ou numerado. Agora, também há aqueles que trazem a faculdade da Administração Pública preencher todas as vagas ofertadas no certame, como aquele que foi declarado válido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Vale destacar que há um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional visando afastar a consagração da teoria do direito subjetivo, por meio da previsão expressa de que o candidato aprovado teria mera expectativa de direito.

Infelizmente, alguns setores da Administração Pública ainda relutam em assegurar o direito à nomeação aos aprovados. A questão é tormentosa e reclama regulamentação legal, a fim de trazer um pouco mais de previsibilidade para aqueles que se dedicam a ingressar nos quadros da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 20. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 36. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados: Câmara, 2012.

BRASIL, STF, *RMS 28911*, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 03-12-2012 PUBLIC 04-12-2012.

BRASIL, STF, *MS 21.870*, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julgamento em 7/10/1994, Plenário, DJ de 19-12-1994.

BRASIL, STF, *RE 598.099/MS*, julgado em 10/8/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30/9/2011 PUBLIC 3/10/2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314.

BRASIL, STF, *ARE 659921 AgR*, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 08-08-2013 PUBLIC 09-08-2013.

BRASIL, STJ, Segunda Turma, *AgRg no RMS 39.748/RO*, Ministro Herman Benjamin, data do julgamento 04/04/2013, data da publicação 10/05/2013.

BRASIL, STJ, Sexta Turma, *AgRg no RMS 19.952/SC*, Relator Ministro Og Fernandes, data do julgamento 18/04/2013, data da publicação DJe 29/04/2013.

BRASIL, STJ, Primeira Turma, *RMS 33.719/SP*, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 12/06/2013.

BRSIL, STJ, Segunda Turma, *RMS 37249/SP*, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 09/04/2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo*. 11. ed. Reformada. São Paulo: Saraiva, 2010.