

APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO: EXPECTATIVA DE DIREITO OU DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO?

João Benjamin Delgado Neto

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

O artigo em epígrafe analisa a polêmica que gravita em torno da natureza jurídica da aprovação em concurso público a partir das discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema. A exposição fragmenta-se em três passos distintos: aprovação em concurso público dentro das vagas ofertadas no edital; aprovação em concurso público além das vagas oferecidas no edital; e aprovação em concurso público para formação de cadastro de reserva. Alfim, após exposição de síntese acerca dos posicionamentos doutrinário-jurisprudenciais vigentes, conclui-se, à luz da força normativa da Constituição e de seus princípios magnos, notadamente do princípio do concurso público, constituir-se a aprovação em concurso público, de regra, direito subjetivo à nomeação, o qual apenas não subsistirá em situações excepcionais e devidamente justificadas pelo Poder Público que poderão, inclusive, ser objeto de apreciação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Aprovação. Concurso. Expectativa. Direito subjetivo. Nomeação.

Abstract

The above text examines the controversy revolves around the nature of legal tender approval from the doctrinal and jurisprudential discussions on the subject. The exhibition breaks into three distinct steps: approval of tender within the vacancies offered in the tender; approval in tender places offered in addition to the notice, and approval of tender for training registration booking. Alfim after exposure summary about the doctrinal positions-existing jurisprudence, we conclude, in light of the normative force of the Constitution and its principles magnos, notably the principle of open competition, constitute a public approval, rule,

subjective right to the appointment, which just do not stand in exceptional and duly justified by the government that may even be subject to review by the Judiciary.

Keywords: Approval. Competition. Expectation. Subjective right. Appointment.

1 Introdução

A partir da Constituição Federal de 1988, o concurso público foi erigido à categoria de pressuposto indispensável para acesso a cargos e empregos públicos¹, excepcionadas as hipóteses taxativamente descritas no próprio texto magno.

Estabeleceu-se, ainda, prazo de validade o qual poderá ser de até dois anos, com possibilidade de apenas uma única prorrogação por igual período², determinando-se, outrossim, a prioridade de nomeação do candidato aprovado sobre os novos concursados enquanto válido estiver o primeiro certame³.

Não obstante a festejada inovação promovida pelo legislador constituinte em submeter o acesso a cargos e empregos públicos a processo igualitário e impessoal, a Carta Cidadã, repetindo a omissão do regime constitucional anterior, nada dispôs acerca do intervalo de tempo destinado ao preenchimento de tais cargos/empregos, bem como sobre a natureza e o exercício do direito de nomeação durante a validade do concurso público, perpetuando a inveterada polêmica a respeito da natureza jurídica da aprovação em concurso público, ou seja, se o candidato aprovado seria detentor de mera expectativa de direito ou titular de direito subjetivo à nomeação e posse.

¹Art. 37, inciso II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

²Art. 37, inciso III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.

³IV - 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.

Desta controvérsia instalada no âmbito doutrinário-jurisprudencial, decorreram inúmeras demandas judiciais deflagradas por todo o país onde os candidatos aprovados em concursos públicos, de um lado, pretendiam ver declarado o direito subjetivo à nomeação durante o prazo de validade do certame e, de outro, as administrações públicas, as quais defendiam ser a nomeação um ato de natureza eminentemente discricionária, ou seja, sujeita a um juízo de oportunidade e conveniência.

O presente texto, portanto, objetiva promover uma análise crítica à luz das vertentes doutrinária e jurisprudencial relacionadas ao tema, delimitando as hipóteses em que houve a evolução da noção de expectativa de direito a direito subjetivo de que gozam os candidatos aprovados em concursos públicos, estejam eles dentro ou além das vagas ofertadas no edital, bem como aprovados apenas para cadastro de reserva.

2 Desenvolvimento

2.1 Candidatos aprovados dentro das vagas oferecidas em edital

Inicialmente, é importante esclarecer que o quadro doutrinário-jurisprudencial estabelecido durante o regime constitucional pré-88 era firme no sentido de reconhecer apenas a mera expectativa de direito ao aprovado em concurso público.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS n. 16182/DF, sintetizou fielmente esta concepção, conforme se pode inferir a partir de sua ementa abaixo transcrita:

Funcionário público – O Presidente da República não está obrigado a nomear candidatos aprovados em concurso para vagas existentes. O direito do concursado se verifica se houver preenchimento do cargo sem observância da classificação. Mandado de Segurança indeferido. (STF, RMS n. 16182/DF, Rel. Min. Evandro Lins, DJ 16/03/1967)

Registre-se que a doutrina da época também entendia que a aprovação em concurso público dentro das vagas ofertadas gerava ao candidato a mera expectativa de direito, conforme bem pontuado por Alexandre Mazza (2013,

p. 494) ao afirmar que, “tradicionalmente, a doutrina pátria sempre sustentou que a aprovação em concurso público gera ao candidato somente expectativa de direito, e não direito adquirido à posse no cargo”.

Não destoam a lição do festejado administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 636) para quem “o entendimento clássico era o de que esse fato não gerava o direito à nomeação do candidato aprovado, refletindo mera expectativa de direito”.

Entretanto, mesmo sendo considerada uma mera expectativa de direito, convém registrar que a jurisprudência, seguida pela doutrina, estabeleceu, ainda no regime constitucional anterior, uma hipótese específica em que se estaria cristalizado o direito subjetivo à nomeação que vigora até os dias atuais, qual seja, o preenchimento do cargo com transgressão à ordem classificatória.

Este raciocínio, inclusive, fora sumulado pela Corte Excelsa a qual, em seu verbete n. 15, fixou que “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Portanto, à exceção da hipótese contemplada pela Súmula 15 do STF, em todas as demais situações estaria configurada a mera expectativa de direito ao candidato aprovado, em consequência, ficando ao talante da administração, no uso de seu poder discricionário, proceder ou não à nomeação, ainda que dentro das vagas ofertadas no edital inaugural do certame.

Após o advento da constituição democrática de 88, este cenário começou a ser modificado, isto é, tanto doutrina, como jurisprudência passaram a destacar situações concretas, além da inobservância da ordem classificatória, que confeririam direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público.

Estas situações concretas foram, aos poucos, sendo delineadas, podendo-se resumir nas seguintes hipóteses: nomeação de candidato não aprovado em concurso público; preenchimento da vaga em observância da classificação de candidato aprovado (Súmula 15-STF); ou se, indeferido o pedido de prorrogação do prazo de validade do concurso por decisão desfundamentada, fosse reaberto, em seguida, novo concurso para o preenchimento das vagas oferecidas no concurso exatamente anterior.

A propósito, veja-se a ementa do julgamento do Recurso Extraordinário sob n. 192568, da qual se deduz a evolução (positiva) da jurisprudência do STF quanto à ampliação das situações caracterizadoras de direito subjetivo à nomeação:

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias” (Celso Antonio Bandeira de Mello, “Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta”, página 56). (STF, RE n. 192568/PI, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13/09/1996)

Dessa forma, aos candidatos aprovados dentro das vagas oferecidas no edital do concurso era resguardado o direito subjetivo à nomeação e posse não apenas em casos de transgressão da ordem classificatória, mas também nas situações acima elencadas.

Não parou por aí. Lentamente, a concepção de mera expectativa de direito era ainda mais relativizada para admitir que a aprovação dentro das vagas ofertadas pelo edital configuraria, em qualquer hipótese, direito subjetivo à nomeação e posse.

Várias são as decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a natureza de direito subjetivo à nomeação de candidato

aprovado em concurso público, colhendo-se, a título de exemplo, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO CONFIGURADO. 1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato da Governadora do Estado e do Secretário de Estado da Saúde Pública, consubstanciado na omissão quanto à nomeação da impetrante para o cargo de Enfermeira do quadro eletivo da Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Norte. 2. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que candidatos aprovados em posição classificatória compatível com vagas previstas em edital possuem direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do concurso. Precedentes do STJ. 3. In casu, o edital previu 259 vagas para o cargo de enfermeiro da região metropolitana da SESAP, e a recorrente logrou a 132ª posição no certame. Também há comprovação de que a Administração Pública realizou contratações temporárias para o mesmo cargo a que concorreu a impetrante, isso antes de expirado o prazo de validade do certame. 4. Desse modo, por entender violado o direito líquido e certo da autora, merece ser acolhido o *mandamus*. 5. Agravo Regimental não provido. (STJ, 2 Turma, AgRg nos EDcl no RMS 39131 / RN, Min. Herman Benjamin, DJ 08/05/2013)

O Supremo Tribunal Federal⁴, entretanto, ainda é, de maneira geral, refratário à concepção do direito subjetivo à nomeação, em decorrência da

⁴RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Concurso Público. Nomeação. Ordem de classificação. Observância. Preterição. Inexistência. Aplicação da súmula 15. *A aprovação em concurso público não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito surgirá se houver o preenchimento de vaga sem observância de ordem classificatória.* 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Servidor Público. Provimento derivado. Aproveitamento de servidores de outro órgão à disposição dos TRF nos termos da Lei nº 7227/89. Possibilidade. Precedentes. A jurisprudência fixada a partir da ADI nº 231, DJ de 13.11.92, de que o ingresso nas carreiras públicas se dá mediante prévio concurso público, não alcança situações fáticas ocorridas anteriormente ao seu julgamento, mormente em período cujo entendimento sobre o tema não era pacífico nesta Corte. 3. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. RE 306938 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 18/09/2007)

simples aprovação dentro do número de vagas ofertadas no edital, a despeito da franca evolução de seu entendimento para ampliar as hipóteses em que a nomeação se faz impreterível.

Mas é importante registrar que, no julgamento do RE 598.099/MS, cuja relatoria coube ao Min. Gilmar Ferreira Mendes, restou assentado que “A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo”, de sorte que “as disposições contidas no Edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os cargos com os candidatos aprovados no limite das vagas previstas”.

Esta orientação fora construída a partir do reconhecimento do direito à nomeação como garantia fundamental, ao lado de outros valores magnos, tais como publicidade, isonomia, transparência, visando conferir força normativa, desta feita, irrestrita efetividade ao princípio do concurso público, consoante assinalou o Relator do Acórdão ao afirmar que

“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”. (STF, RE 598.099, Min. Rel. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 03/10/2011)

Contudo, o STF, malgrado sacramentar o direito subjetivo à nomeação, fez questão de frisar, ainda no julgamento do mesmo recurso, não se tratar de

direito irrestrito, exercitável em quaisquer hipóteses, delineando, assim, circunstâncias – excepcionalíssimas – nas quais, mesmo havendo vagas em aberto, a Administração Pública estaria legitimada a recusar seu provimento, já que, como bem ponderou, em seu voto, sua Excelência, Min. Gilmar Mendes:

“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.” (STF, RE 598.099, Min. Rel. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 03/10/2011)

2.2 Candidatos aprovados além do número de vagas ofertadas em edital

O entendimento da doutrina e jurisprudência também não fora diverso em relação aos candidatos aprovados além das vagas disponibilizadas no edital do concurso público, atribuindo a estes, de igual maneira, a detenção de uma mera expectativa de direito.

O julgado do STJ, a seguir transcrito, bem ilustra o referido entendimento:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO PARA CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. 1. Os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, nos termos do RE 598.099/MS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, 1 Turma, AgRg no RMS 38892 / AC, Min. Rel. Benedito Gonçalves, DJ 19/04/2013)

Dessarte, ao candidato classificado fora das vagas disponibilizadas vigorava a regra geral de que detém mera expectativa de nomeação nas hipóteses em que as vagas já estivessem ocupadas pelos aprovados ou ainda em relação aos cargos e empregos públicos que eclodissem durante o prazo de validade do certame.

Esse entendimento, contudo, também fora aperfeiçoado para convolar a expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação quando houvesse

desistência dos aprovados nomeados dentro das vagas ofertadas, justamente porque ali persiste a obrigação da administração pública em prover as vagas remanescentes.

No julgamento do ARE 711925 no AgR-AgR/PB, o Supremo Tribunal Federal, sufragou esta posição:

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ANÁLISE DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS E DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM O SEGUIMENTO DO APELO EXTREMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 454 DO STF. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF). 2. As cláusulas contratuais ou editalícias e a verificação de suas validades encerram reexame de norma infraconstitucional, insuscetível de discussão via recurso extraordinário, incidindo, *in casu*, o óbice da súmula 454 do STF, *verbis*: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário. Precedentes: RE 599.127-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Dje de 04/03/11, e AI 829.036-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 24/03/11. 3. A verificação de violação ao princípio da legalidade, quando a sua aferição pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais, revela ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária. Precedentes: AI n. 629.342-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 07.05.2010, e RE n. 561.980-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 08.04.2011. 4. A Súmula 279/STF dispõe *verbis*: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 5. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 6. *In casu*, o acórdão recorrido

assentou: “Mandado de Segurança. Concurso Público para assistente social. Candidata classificada além do número de vagas inicialmente oferecidas. Desistência de candidata aprovada. Abertura de vacância entre as vagas oferecidas. Direito subjetivo à nomeação da impetrante classificada imediatamente após o número de vagas oferecidas. Necessidade de preenchimento das vagas demonstradas pela Administração. Perda da discricionariedade do ato de nomeação. Concessão da segurança.”
7. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, ARE 711925 no AgR-AgR/PB, rel. Min. Luiz Fux, DJ, 06/05/2013)

Em igual diapasão, trilhou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, à guisa exemplificativa, o julgamento do RMS 33865/MS, cuja decisão se encontra assim ementada:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MAIS BEM POSICIONADO APÓS EXPIRAÇÃO DO CONCURSO. NOMEAÇÃO E POSSE. DIREITO SUBJETIVO. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Insurge-se o impetrante contra aresto que denegou segurança impetrada em face de ato omissivo do Governador do Estado do Mato Grosso do Sul consubstanciado na ausência de sua nomeação para o cargo de Gestor de Atividade Educacional após ser devidamente aprovado em concurso público, apesar de classificado dentro do número de vagas, consideradas as desistências de candidatos melhor classificados (*sic*). 2. *Esta Corte consolidou jurisprudência no sentido de que a desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas.* 3. No entanto, conforme atesta o Tribunal de origem, a desistência do concurso por um dos aprovados só foi protocolada à instância administrativa após expiração do concurso, ou seja, quando já estava vencido o prazo para a nomeação dos aprovados no certame. 4. O entendimento desta Corte é no sentido de que a desistência de candidato aprovado deve se dar no período de validade ou prorrogação do concurso, a fim de demonstrar o direito à nomeação do classificado subsequente. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ, 2 Turma, RMS 33865 / MS, Relator Min. Maurício Campell, DJ 06/09/2011)

Portanto, observa-se uma franca evolução na jurisprudência do STF e STJ, mitigando a rígida compreensão de expectativa de direito para conferir direito subjetivo à nomeação não apenas aos aprovados dentre o número das vagas inicialmente ofertadas no edital, mas também para os candidatos aprovados além destas, desde que demonstrado o interesse da Administração Pública através do surgimento de novas vagas, seja em virtude da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento.

Destaque-se que a demonstração do interesse inequívoco da Administração Pública não se limita apenas às situações de criação de novos cargos, ou mesmo vacância derivada de exoneração, demissão etc.

A óbvia disposição da Administração em prover seus cargos também estará incontestavelmente caracterizada quando, paralelamente à criação de novos cargos ou à vacância de cargos existentes, houver o exercício precário, por comissão, terceirização ou contratação temporária, das funções inerentes aos referidos cargos efetivos vagos para os quais haja candidatos aprovados em concurso público.

Este é o entendimento agasalhado no Supremo Tribunal Federal, conforme pode inferir-se da ementa do julgamento do AI 788628 AgR/GO:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS A SEREM PREENCHIDOS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE PESSOAL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA CONFIGURAÇÃO DA SITUAÇÃO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E DE CLÁUSULAS DE EDITAL. SÚMULAS 279 E 454 DO STF. ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO DE QUE HOUVE PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. DIREITO À NOMEAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I – Para dissentir do acórdão recorrido quanto ao entendimento de que existem cargos vagos a serem preenchidos, bem como de que houve a contratação de servidores comissionados e temporários pela Administração, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos e das cláusulas do edital do certame, o que atrai a incidência das Súmulas 279 e 454 do STF, e seria imprescindível

a análise de norma infraconstitucional local (Lei Estadual 15.745/2006), o que inviabiliza o extraordinário, a teor da Súmula 280 do STF. II – *O STF possui orientação no sentido de que a contratação em caráter precário, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual foi promovido concurso público, implica em (sic) preterição de candidato habilitado, quando ainda subsiste a plena vigência do referido concurso, o que viola o direito do concorrente aprovado à respectiva nomeação. Precedentes.* III - Agravo regimental improvido. (STF, AI 788628 AgR/GO, rel. Min. Ricardo Lewandowisk, DJ 08.11.2012)

Em igual diapasão, vem reiteradamente decidindo nossa Corte Especial, consoante pode verificar-se na decisão a seguir reproduzida:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA O CARGO DE PROFESSOR. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXISTÊNCIA DE PROCESSO SELETIVO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no Edital tem mera expectativa de direito. Tal expectativa se convola em direito nos casos em que, durante a vigência do concurso, mesmo havendo a criação de novas vagas ou a vacância do respectivo cargo em número que alcance a classificação do candidato, a Administração Pública promove a contratação temporária de servidores para exercer a função inerente àqueles cargos. No caso dos autos, entretanto, embora tenha havido a realização, no prazo de vigência do concurso, de processo seletivo para contratação temporária de professores, o impetrante não comprovou a existência de cargos vagos de provimento efetivo em número suficiente alcançá-lo na lista de classificação, de modo que a simples existência de contratação precária e emergencial não gera direito à nomeação. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 33514 / MA, Rel. Min. Ari Pagendler, DJ 08.05.213)

Relevante consignar que o exercício precário, mediante comissão, terceirização ou contratação temporária, por si só não é capaz de gerar o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado além das vagas inicialmente ofertadas.

É imprescindível a demonstração de que, há época dos exercícios precários, havia vaga para o cargo efetivo devidamente criada ou ainda em aberto em número suficiente a alcançar o candidato aprovado na lista de classificação do concurso. Do contrário, continua este gozando de uma mera expectativa de direito.

2.3 Candidatos aprovados para formação de cadastro de reserva

A evolução do entendimento jurisprudencial, ampliando as situações em que estaria configurado direito subjetivo aos aprovados em concurso público, motivou vários órgãos “a publicar editais de concursos públicos sem indicar o número de vagas a serem preenchidas, sendo estabelecido que o concurso teria o simples objetivo de formar cadastro de reserva.” (Lucas Furtado, 2013, p. 939), propiciando um juízo de conveniência e oportunidade para nomear os candidatos quando melhor lhe aprouvesse.

Todavia, no julgamento do RMS n. 24.119/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os aprovados para cadastro de reserva terão sua expectativa de direito convertida em direito subjetivo à nomeação acaso se implementem os pressupostos legais veiculados para o ato.

Merece destaque o trecho da fundamentação, através do qual o relator do Acórdão, min. Ministro Maurício Corrêa, estabelece:

Tem-se claro que o candidato que faz parte do denominado ‘cadastro de reserva’ não tem o direito adquirido de ser nomeado. Ele detém, na verdade, mera expectativa de direito, consistente na possibilidade de vir a ser aproveitado, caso se verifiquem as condições legais veiculadas para o ato – existência de vagas, concurso tempestivo e disponibilidade orçamentária -, bem como os requisitos de ordem discricionária – efetiva necessidade de preenchimento das vagas e avaliação quanto à eficiência do concurso, consideradas as exigências contemporâneas dos cargos respectivos. O direito que tais candidatos tem, realmente oponível contra a Administração, é o de não serem, durante o período de validade do concurso, preteridos na ordem de classificação do mesmo ou de concurso posterior, nada mais. (STF, RMS n. 24.119/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14/06/2002)

Assim, como bem ilustrado por Lucas Furtado, ao analisar o retrocitado precedente da Corte Suprema:

[...] passa a ser irrelevante se o concurso teve o propósito de aprovar candidatos para determinado número de vagas ou para a formação de cadastro. Em qualquer hipótese, verificadas as circunstâncias que justifiquem a necessidade de pessoal por parte do órgão, que seria exemplo a publicação de edital para novo concurso, os aprovados têm direito à nomeação.” (2013, p. 940)

2.4 Síntese dos atuais posicionamentos relacionados ao tema

Após a análise evolutiva das concepções doutrinário-jurisprudenciais pertinentes, é possível resumir os vigentes posicionamentos sobre o tema nas afirmações seguintes:

- A expiração do prazo de validade de concurso público, com a abertura imediata de novo concurso para a mesma finalidade sem a convocação dos candidatos aprovados no primeiro ou ainda convocação parcial, gera o direito subjetivo à nomeação dos remanescentes às vagas ofertadas no edital primitivo, por expressa transgressão ao disposto no artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal, conforme preconizado na Súmula 15 do STF;

- A aprovação de candidato, dentro do número de vagas ofertados inicialmente no edital de abertura do concurso público, gera, *a priori*, direito subjetivo à sua nomeação;

- A aprovação de candidato, além do número de vagas ofertadas inicialmente no edital de abertura do concurso público, não gera, em princípio, direito subjetivo à nomeação, mas apenas mera expectativa de direito;

- Se, entretanto, no decorrer do prazo de validade do concurso, houver a criação de vagas por lei ou, ainda, vacância decorrente de exoneração voluntária, demissão, aposentadoria, remoção, permuta ou falecimento, restará configurado o direito subjetivo do candidato aprovado no concurso público fora das vagas inicialmente ofertadas, desde que as vagas surgidas atinjam a classificação alcançada pelo candidato;

- De igual modo, a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo

para o qual promovera o concurso público, configura desvio de finalidade, caracterizando burla à exigência constitucional do concurso público, gerando, este comportamento da autoridade administrativa, direito à nomeação para o candidato aprovado fora do número de vagas previsto em edital, desde que, entretanto, haja comprovação da existência de vagas em aberto ou criação destas em número compatível com sua classificação no certame.

A aprovação de candidato em concurso público para cadastro de reserva também gera, de regra, mera expectativa de direito, o qual poderá se converter em direito subjetivo, acaso implementados os requisitos legais veiculados para o ato.

Por fim, em todas as hipóteses já elencadas nas quais se configure o direito subjetivo à nomeação, deixará este de subsistir apenas e quando caracterizadas situações excepcionais devidamente justificadas pelo Poder Público, as quais serão passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário.

3 Conclusão

Face o exposto, conclui-se que, se por um lado há uma omissão normativa constitucional a respeito da obrigação da Administração Pública em nomear os candidatos aprovados em concurso público dentro das vagas ofertadas, tampouco fora delas, por outro, é necessário dar efetividade à exigência constitucional do concurso público, a qual representa verdadeiro avanço da democracia brasileira, de sorte que o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação assume contornos de verdadeira e inafastável garantia fundamental, imposição de balizas à atuação do Poder Público, no sentido de impelir o fiel atendimento das normas que norteiam os certames.

Assim, revela-se imperioso o reconhecimento da natureza jurídica da aprovação em concurso público como direito subjetivo à nomeação nas hipóteses em que a Administração demonstre a inequívoca intenção de prover cargos, seja este propósito manifestado através da disponibilização expressa de vagas em edital, seja evidenciado através de outros comportamentos administrativos (criação de cargos por lei, vacância, ocupação de cargos vagos através de exercício precário etc.), cedendo apenas diante de hipóteses excepcionais devidamente justificadas pelo Poder Público e, mesmo assim, sujeita à sindicabilidade do Poder Judiciário.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 maio 2013.

_____. STF. *Agravo de instrumento n.º 788628/GO*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28788628%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/av6h5c2>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

_____. _____. *Agravo regimental em recurso extraordinário n.º 711925/PB*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28711925%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k2lkuhz>>. Acesso em: 23 maio 2013.

_____. _____. *Agravo regimental em recurso extraordinário n.º 306938/RS*. Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28306938%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cegnfmn>>. Acesso em: 23 maio 2013.

_____. _____. *Recurso extraordinário n.º 192568/PI*. Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28192568%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bnpscsh9>>. Acesso em: 14 maio 2013.

_____. _____. *Recurso extraordinário n.º 598.099*. Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28598099%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d6j2xdo>>. Acesso em: 23 maio 2013.

_____. _____. *Recurso em mandado de segurança n.º 16182/DF*. Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2816182%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kuljy32>>. Acesso em: 14 maio 2013.

_____. _____. *Recurso em mandado de segurança n.º 24.119/DF. Acórdão*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2824119%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d54x223>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

_____. _____. *Súmula 15*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula001100>>. Acesso em: 14 maio 2013.

_____. STJ. *Agravo de instrumento nos embargos de declaração no recurso em mandado de segurança n.º 39131/RN*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=RMS+39131+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 24 maio 2013.

_____. _____. *Agravo de instrumento no recurso em mandado de segurança n.º 38892/AC*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=RMS+38892&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 03 jun. 2013.

_____. _____. *Agravo regimental no recurso em mandado de segurança n.º 33514/MA*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=RMS+33514+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 03 jun. 2013.

_____. _____. *Recurso em mandado de segurança n.º 33865/MS*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=RMS+33865+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 23 maio 2013.

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

