

DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DAS VAGAS : O ATUAL POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE

Leandro Souto Maior
Bacharel em Direito

1 Breves comentários sobre Concurso Público

A Constituição de 1988 tornou imperiosa a aprovação prévia em concurso para provimento de quaisquer cargos ou empregos na Administração Direta e Indireta, inclusive para preenchimento de empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Como ensina o Professor Hely Lopes Meireles¹, o concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração para se obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os que atendam aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata.

Desta feita, vê-se o instituto do Concurso Público como um meio moralizador da Administração Pública, haja vista que admitirá servidores consoante previsão constitucional, com espaço igualitário para todos que preencham os requisitos necessários para o cargo, sem favorecimento de amigos e parentes, com a divulgação necessária da abertura do concurso, culminando com a admissão, ao menos em tese, dos melhores qualificados ao cargo de que a Administração necessita.

O prazo de validade do concurso público, conforme artigo 37, inciso III, da Constituição Federal “será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”. Compreende-se por prazo de validade do concurso público o período após a homologação do concurso no qual a Administração Pública poderá nomear ou contratar os aprovados para o provimento ou preenchimento do cargo ou emprego público a que se destinava o referido concurso.

Concurso Público devidamente realizado, candidatos classificados e aprovados, nenhum vício em seu transcorrer culminará com a homologação do concurso. E, nesse momento, se chega à grande celeuma doutrinária e

¹ C.f. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo:Malheiros, 1998

jurisprudencial: Qual o direito dos candidatos classificados e aprovados dentro do número de vagas oferecidas pelo edital do concurso público? Haveria apenas uma mera expectativa de direito ou existiria um Direito Subjetivo à nomeação?

A doutrina e a jurisprudência, hoje, são uníssonas em afirmar que haverá direito subjetivo na ocorrência dos seguintes casos:

1 – Quando ocorrer nomeação de um candidato em detrimento de outro melhor classificado, ou quando ocorrer nomeação, para o mesmo cargo, de pessoa não aprovada em concurso público;

2 – Quando houver candidato aprovado em um concurso público e a Administração Pública promulga edital de novo concurso, para o mesmo cargo efetivo ou emprego público, e realiza nomeação de candidato aprovado no concurso mais recentemente realizado, ignorando o candidato aprovado do concurso anterior que ainda se encontre em seu prazo de validade;

(...);

4 – Quando houver candidato aprovado em concurso público e a Administração Pública, ao invés de nomeá-los, contrata ou mantém contratado funcionários terceirizados, contratados temporários ou requisitados exercendo exatamente a mesma função ou cargo para os quais foi realizado aquele certame;²

O problema urge quando se deseja saber se o simples fato de o candidato ter sido aprovado dentro do número de vagas previstas no edital obrigará ou não a Administração Pública a nomear o referido candidato.

2 Do Direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas referenciadas no edital

Prevaleceu durante anos na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público, mesmo classificado no número de vagas previstas no edital do certame, era titular apenas de expectativa de direito à nomeação.

Na doutrina, existem renomados expoentes que ainda defendem se

2 ROSA, Dênerson Dias. *Aprovação em concurso público, terceira parte*: hipóteses reconhecidas de direito subjetivo à nomeação. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/35546>>. Acesso em: 02 fev. 2010

tratar de mera expectativa de direito, a exemplo de Alexandre de Moraes³ e Celso Ribeiro Bastos⁴, tendo como argumento central uma subordinação do ato de nomear à conveniência e à oportunidade da Administração Pública. Por isso, o ato de provimento originário, em uma visão tradicional, fica à inteira discricção do Poder Público.

Ao longo dos anos, a jurisprudência pátria, quando da interpretação da legislação de regência e da Constituição Federal, também se direcionou no mesmo sentido. Na sessão plenária de 13/12/1963, o Supremo Tribunal Federal produziu, sob a égide da Constituição Federal de 1946, a súmula nº 15 com os seguintes dizeres:

DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO,
O CANDIDATO APROVADO TEM O DIREITO À
NOMEAÇÃO, QUANDO O CARGO FOR PREENCHIDO
SEM OBSERVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO.

Porém, essa interpretação, seja por doutrinadores ou no âmbito dos Tribunais, vem sendo modificada no sentido de afirmar ter o candidato aprovado em concurso público, dentro das vagas propiciadas no edital, direito subjetivo à nomeação.

A jurisprudência firmada no âmbito dos Tribunais Superiores (STJ, TST e STF) e no Conselho Nacional de Justiça vem consolidando o novo entendimento, afirmando que os aprovados possuem o direito à nomeação durante o prazo de validade do concurso. Isto é, o número de vagas disponibilizadas pelo edital terá que ser ocupado pelos concursados aprovados, ainda que tenha ocorrido a expiração do prazo de validade do concurso público. Há direito subjetivo deles à nomeação ao cargo público que foi exposto à disputa, conforme se verificará nos itens seguintes.

2.1 Da Consolidação de Posicionamento nos Tribunais Superiores e no Conselho Nacional de Justiça

No Supremo Tribunal Federal há, ainda, enormes divergências entre os atuais ministros. Um precedente importante junto ao referido tribunal ocorreu em 1996, no julgamento do RE 192.568/PI⁵, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se reconheceu o direito subjetivo que tem o candidato aprovado dentro das vagas do edital em ser nomeado.

3 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 332.

4 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 192568/PI. Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.04.1996.

Nova decisão do colegiado nesse sentido só recentemente pode ser encontrada, com o julgamento da RE 227480, conforme ementário que segue:

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.

2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.

3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.⁶

O julgamento acima mencionado ocorreu com a composição atual da 1ª Turma do STF e prevaleceu o entendimento, por 3 votos a 2, do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados no concurso público dentro das vagas. O “placar” indica, como já ressaltado, que o assunto ainda é polêmico dentre os ministros da Corte Maior, contudo, diante das fundamentações e discussões ocorridas em seu julgamento, crê-se que prevalecerá o referido posicionamento.

O Conselho Nacional de Justiça, órgão controlador da atuação administrativa e financeira da Administração, já pacificou o entendimento em torno de que o candidato aprovado dentro do número de vagas é detentor, não de mera expectativa de direito, mas de “direito inteiro”, ou seja, de direito subjetivo à nomeação. Nesses termos, recente julgamento cuja ementa se segue:

EMENTA: concurso público. candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. ausência de

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 227480/RJ. Rel. p/ o Acórdão Min. Carmen Lucia, DJU de 21.08.2009.

nomeação. direito subjetivo à nomeação. necessidade de servidores. convênios entre prefeitura e tribunal. cessão temporária de servidores sem ônus ao tribunal. contratos reda - regime especial de direito administrativo.⁷

Na Justiça do Trabalho, em recente e inédita manifestação, o Tribunal Superior do Trabalho tomou para si o entendimento mais moderno e decidiu no sentido de que a convocação de candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas em edital é dever da Administração, haja vista ter o candidato o direito subjetivo à nomeação, conforme se averigua na ementa seguinte:

AÇÃO CAUTELAR EM RECURSO DE REVISTA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DA CONTRATAÇÃO IMEDIATA DETERMINADA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS. Hipótese em que a Autora promoveu concurso público, oferecendo no edital duas vagas para o emprego de engenheiro, abstendo-se de preenchê-las integralmente. A jurisprudência mais moderna das Cortes Superiores pátrias inclina-se a considerar que convocação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital é ato que escapa à esfera discricionária do Administrador, de modo a reputar que o aspirante ao emprego, nessa situação, tem o direito subjetivo de ser contratado. Logo, num juízo de cognição sumária, próprio ao exame dessa espécie de ação, não se vislumbra a probabilidade de que o direito à suspensão da determinação de contratação em antecipação de tutela nos autos principais realmente exista. Ausente, pois, o fumus boni iuris, a medida cautelar não pode ser deferida. Pretensão cautelar improcedente.⁸

O Superior Tribunal de Justiça é o tribunal onde se encontra o maior número de julgados favoráveis aos candidatos, já tendo pacificado

7 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Plenário. *PP 200810000019865*. Cons. Joaquim Falcão, DJU de 13.02.2009.

8 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. *AC - 206200/2009-000-00-00*. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT de 18.09.2009.

o entendimento em torno da matéria. Após ampla consulta nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, foi possível verificar o julgado que deu início à reviravolta na jurisprudência desse tribunal, tornando-se um verdadeiro *leading case*. Trata-se do ROMS nº 15.034/RS, de relatoria do Ministro Felix Fischer. O referido julgado conta com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ATO VINCULADO. Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF. Recurso provido.⁹

Tratou-se de Recurso Ordinário em sede de Mandado de Segurança em que o impetrante havia sido aprovado em concurso público, com previsão de 05 (cinco) vagas, exatamente em 5º lugar. O ministro relator, bem como toda a 5ª Turma, inovando a jurisprudência daquele tribunal considerou que a administração fica vinculada ao que estabeleceu no edital do certame, motivo pelo qual a nomeação fugiria do campo da discricionariedade para o campo da vinculação.

A partir do julgamento do ROMS nº 15.034/RS, diversos outros julgados seguiram seu entendimento. A seguir, uma lista de julgados, em ordem cronológica de julgamento (desconsiderando-se eventuais julgamentos de embargos de declaração), que serviram de base para esta obra, bem como para a consolidação do posicionamento do STJ sobre a matéria:

- RMS nº 15.945/MG - DJ 20/02/2006 – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Medina;
- RMS nº 19.922/AL – DJ 11/12/2006 – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Medina;
- RMS nº 19.216/RO – DJ 09/04/2007 - 6ª Turma – Rel. Min.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. ROMS nº 15.034/RS. Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 29.03.2004.

Paulo Medina;

- RMS nº 19.635/MT – DJ 26/11/2007 – 6ª Turma – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura;
- RMS nº 20.718/SP – DJ 03/03/2008 – 6ª Turma – Rel. Paulo Medina;
- RMS nº 15.420/PR – DJ 19/05/2008 – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Gallotti;
- RMS nº 25.957/MS – DJ 23/06/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho;
- RMS nº 26.630/MS – DJ 23/06/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho;
- AgRg no RMS nº 21.165/MG – DJ 01/07/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Laurita Vaz;
- RMS nº 19.478/SP – DJ 25/08/2008 – 6ª Turma – Rel. Min. Nilson Naves;
- RMS nº 22.597/MG – DJ 25/08/2008 – 6ª Turma – Rel. Min. Jane Silva (Des. Convocada);
- RMS nº 19.467/SP – DJ 06/10/2008 – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Gallotti;
- RMS nº 26.507/RJ – DJ 20/10/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho;
- RMS nº 26.426/AL – DJ 19/12/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Laurita Vaz;
- MS nº 10.381/DF – DJ 24/04/2009 – 3ª Seção – Rel. Min. Nilson Naves;
- RMS nº 27.311/AM – DJ 08/09/2009 – 5ª Turma – Rel. Min. Jorge Mussi.

Nessa longa pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, no Conselho Nacional de Justiça e no Tribunal Superior do Trabalho foi possível detectar a existência de diversas fundamentações em comum para que houvesse a mudança de posicionamento, assegurando ao candidato aprovado dentro das vagas do certame o direito subjetivo à nomeação.

3 Dos fundamentos para a mudança jurisprudencial e a consolidação do posicionamento

Vários fundamentos puderam ser encontrados quando da análise

dos julgados de nossos Tribunais Superiores. Os principais deles são: o princípio da moralidade, o princípio da dignidade humana e a vinculação recíproca dos administrados e administradores ao veiculado no edital.

3.1 Princípio da moralidade

O Princípio da moralidade torna jurídica a exigência de um desempenho ético dos agentes da Administração Pública. A denominada “moral administrativa” diverge da “moral comum” exatamente por ser jurídica e por ser possível a invalidação dos atos administrativos praticados sem a observância desse princípio.

Um ato contrário à moral administrativa não está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de legitimidade, isto é, um ato contrário à moral administrativa é nulo, e não meramente inoportuno ou inconveniente. Ato contrário à moral administrativa não deve ser revogado, e sim declarado nulo, e, por se tratar de controle de legalidade ou legitimidade, este pode ser efetuado pela Administração e, também, pelo Poder Judiciário (desde que provocado)¹⁰.

Importa unicamente o que se extrai do ordenamento jurídico acerca da conduta compatível com a moralidade administrativa. E é nesse panorama que entra o Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça, em duas oportunidades, RMS 19.216/RO e RMS 26.507/RJ, já referenciados, utilizou-se deste princípio para assegurar aos candidatos aprovados dentro das vagas disponibilizadas no certame o direito líquido e certo à nomeação.

Permitir à Administração abrir concurso público sem que tivesse a obrigação de chamar os aprovados dentro das vagas, feriria frontalmente o princípio da moralidade administrativa. Nesses termos, o Judiciário, quando provocado, deve se valer desse princípio para impedir impropriedades e garantir o império da moralidade administrativa para a sociedade, bem como para a própria Administração.

3.2 Princípio da Dignidade Humana

A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Brasileiro (art. 1º, III da Constituição Federal), constitui-se no “valor constitucional supremo” em torno do qual gravitam os direitos fundamentais.¹¹

10 C.f. ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 144.

11 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 248.

Da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como um dos baldrames da República Federativa do Brasil derivam dois comandos distintos: por um lado, nasce uma positivação para o Estado empenhar todos os esforços que se requer para que se promovam os caminhos que propiciem, a todos os cidadãos, o acesso aos valores, bens e utilidades mister a uma vida digna; por outro, a cominação de observância e proteção no sentido de impedir qualquer tipo de violação, seja pelo próprio Estado, seja por terceiros, à dignidade da pessoa humana.

Foi nesse diapasão que se utilizou o já mencionado *leading case* do STJ, RMS 15.034/RS, de arguições do Ministro Marco Aurélio, do STF, quando da resolução do RMS 23.657/DF¹², considerações essas que valem a pena trazer à baila:

A República Federativa do Brasil, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tem como um dos fundamentos, a dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Na realização de um concurso público, que muito tem a ver com esse direito natural do homem, as normas de regência fazem-se direcionadas ao equilíbrio da relação jurídica candidato-Estado. É essa a premissa a nortear a definição de possíveis conflitos surgidos na angustiante caminhada no sentido de alcançar-se, mediante ocupação do cargo público, a almejada segurança jurídica. Pois bem, o Recorrente acorreu ao chamamento da Administração Pública para participar do concurso destinado ao preenchimento de cargos de Fiscal do Trabalho. Fê-lo, certamente, após sopesar as balizas objetivas do certame, as possibilidades de, ante ao número de vagas, vir a lograr êxito. Desnecessário é dizer das limitações, na vida gregária decorrentes do engajamento em um concurso. Considerado o grau maior ou menor de dificuldades, o candidato dedica-se, de corpo e alma, às provas, impondo limitações à convivência com terceiros e, quase sempre, desligando-se de atividade econômico-financeira para melhor aplicar-se nessa verdadeira *via crucis*. Uma certa expectativa é formada, e o mínimo que se pode desejar é a ausência de mudança de enfoques, de surpresas que acabem por afastar as premissas primeiras e que vieram a estimular o candidato a inscrever-se.

As dificuldades enfrentadas quando da feitura de qualquer concurso

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RMS 23.657-8/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.11.2001.

exacerbam-se quanto maior a escolaridade exigida. Os candidatos, almejando a melhoria, quer sob o ângulo profissional, quer sob o econômico, quase sempre se dedicam com exclusividade aos estudos, especialmente quando em jogo cargos de difícil acesso. Desligam-se das atividades que viabilizam o próprio sustento, passando a depender dos familiares, cuja convivência, ainda que de forma momentânea, sacrificam, em face da eleição de um objetivo maior. Noites maldormidas, cursos e livros. Por outro lado, confia nos parâmetros constantes das normas regedoras do concurso, procedimento que é antecedido da análise das chances havidas.

Vendo a chance de disputar uma oportunidade, em plena condição igualitária com os demais indivíduos da sociedade, o cidadão verdadeiramente abdica de momentos de lazer, de convívio familiar, investe em livros, cursos, treinamentos e demais materiais pedagógicos, com o objetivo de auferir a formação intelectual (e às vezes física) para lograr aprovação e bem servir ao público.

Pelo acima delineado, vê-se que os candidatos aprovados dentro do número de vagas editalícias têm, sim, direito subjetivo à nomeação, sob pena de vilipêndio do princípio da dignidade humana.

3. 3 Da Vinculação Recíproca (Administrador e Administrado)

No atinente ao concurso público, cumpre observar em que momento a Administração Pública é obrigada a se decidir pela oportunidade e conveniência objetivas do provimento pelo qual se dá a realização do concurso e quais as obrigações e direitos daí nascidos.

Em artigo publicado, Noel Antônio Tavares de Jesus descreve em minúcias os cuidados que deve ter a Administração Pública antes da realização de um concurso público:

A realização de concurso público pressupõe o cumprimento de diversas etapas prévias à publicação do edital. É preciso apurar, em processo administrativo devidamente instruído, o preenchimento dos seguintes requisitos materiais e formais: (a) a existência de vagas devidamente instituídas por lei; (b) a real necessidade de novos servidores para dar conta da demanda de serviços; (c) demonstrativo de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que iniciar a execução e nos dois seguintes (art. 16, I, da LRF);

(d) demonstração da origem dos recursos para o custeio (art. 17, § 1º, da LRF); (e) comprovação de que a despesa a ser criada não afetará as metas de resultado fiscal previstas no Anexo de Metas Fiscais (art. 17, § 2º, da LRF), indicando a forma de compensação dos efeitos financeiros nos exercícios seguintes; (f) comprovação de compatibilidade com a LDO e de adequação orçamentário-financeira (dotação na LOA e disponibilidade financeira); (g) declaração do ordenador da despesa sobre adequação orçamentária e financeira à LOA (art. 16, I, LRF) e de compatibilidade com o PPA e da LDO (art. 16, II); (h) autorização específica na LDO (art. 169, § 1º, II, CF/88 e art. 118 da CE/SC); e (i) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (art. 169, § 1º, I, CF/88 e art. 118 da CE/SC)¹³.

A discricionariedade da Administração Pública ocorre quando da preparação do edital do concurso público, já que, neste momento, será possível, com base na oportunidade e conveniência, determinar para quais cargos e para quantas vagas se destinará o certame. Após a publicação dessa verdadeira convocação à sociedade, a Administração Pública fica vinculada aos seus termos, tal como os interessados em participar do concurso. Da realização de um concurso público nascem direitos e deveres para Administração e administrados participantes, caso contrário, ou seja, se não houvesse essa vinculação da Administração ao edital, não se estaria diante de uma Administração responsável nem de Direito.

Nesses termos, temos que a Administração fica adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação foge do campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. A partir da veiculação pelo instrumento convocatório da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e a posse, que seriam, à 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.

Por oportuno, vale registrar, acerca do tema, preciosa lição doutrinária da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, *in verbis*:

13 JESUS, Noel Antonio Tavares de. O direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados e os limites de despesas com pessoal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2273, 21 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13545>>. Acesso em: 25 fev. 2010.

(...) se nada houver entre a decisão de estabelecer-se o concurso e a sua realização e homologação, há, parece, o dever da Administração Pública de prover os cargos postos em disputa, ou seja, dar seqüência à sua deliberação encetada pelo processo concursivo. O mais seria aceitar a Administração Pública irresponsável, quando o que se exige, até mesmo do administrado, é consequência e seriedade no trato da coisa pública e, mesmo, na aspiração de participar de sua gestão na qualidade de servidor.¹⁴

Como bem asseverou a 6ª Turma do STJ quando do ementário do julgamento do RMS nº 19.478/SP, já referenciado, “o concurso representa uma promessa do Estado, mas uma promessa que o obriga – o Estado se obriga ao aproveitamento de acordo com o nº de vagas”. É ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado.

O Poder Público pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o prazo de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limites das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória.

4 Dos efeitos da consolidação do posicionamento jurisprudencial

4.1 Nas Administrações Públicas

A consolidação do posicionamento da jurisprudência no sentido de assegurar ao candidato aprovado em concurso público, dentro das vagas, sua nomeação, acarretou diversas consequências no mundo jurídico e social.

A jurisprudência veio mostrar aos administradores que não se pode brincar com os administrados prometendo vagas para, após sua aprovação, “surrupia-las”.

Concurso Público, como bem explicado no item 2.3.1, exige diversas atividades prévias como forma de evitar prejuízos à Administração e ao administrado. O Judiciário vem mostrando aos administradores a

14 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 224.

necessidade de se fazer tais exercícios prévios, visto que a Administração fica vinculada ao que disponibiliza no edital. O que se esperava que acontecesse com a Administração Pública seria uma maior conscientização dos administradores com um cuidado maior quando da realização de um concurso público. Entretanto, não é que isso que vem se verificando.

No Brasil, existe a fama de se ter jeito para tudo. É o famoso “jeitinho brasileiro”. Frequentemente a Administração Pública tem publicado os editais de concurso público prevendo apenas o chamado “cadastro de reserva”. Um concurso público prevendo apenas o cadastro de reserva serviria, em tese, para uma Administração Pública que não deseja perder tempo e, em havendo a necessidade de servidor, já teria cidadãos aptos a serem nomeados. Mas não é isso que se verifica na prática. A verdade é que o Poder Público, ao elaborar concursos apenas com cadastro de reserva, em sua grande maioria, tem por escopo se esquivar do direito subjetivo dos candidatos aprovados em concurso público dentro das vagas em serem nomeados. A Administração, reconhecendo implicitamente que não segue as etapas prévias de um concurso público, não disponibiliza vagas determinadas como forma de “furtar” direitos dos candidatos.

Infelizmente, os “concurseiros”, como são chamados os administrados que almejam ser servidores públicos, têm de enfrentar, não só os inúmeros percalços e dificuldades, já suficientes, para obter êxito em provas de concurso público, como também as malícias e devaneios de uma Administração Pública desorganizada, na maioria das vezes.

4.2 No Poder Legislativo

No plano legislativo, o que se vê é uma tentativa dos legisladores em positivar, expressamente, a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores. Tramitam nas casas legislativas dois Projetos de Leis que trazem em seu interior benfeitorias aos “concurseiros”, tendo como justificativa, em grande parte, os julgados aqui discutidos.

O primeiro deles é o Projeto de Lei do Senado nº 122/08, de autoria do Senador Marconi Perillo. O referido projeto busca alterar o artigo 12 da Lei Federal nº 8.112/90, que trata regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Segue o texto do referido projeto de lei:

**DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM
CONCURSO PÚBLICO DENTRO DAS VAGAS : O ATUAL
POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE**

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 12 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990,

passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 12.**.....

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização, incluindo o quantitativo de vagas a serem obrigatoriamente preenchidas no decorrer do prazo de validade do certame e o cronograma detalhado das nomeações planejadas, serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

.....
§ 3º Observado o cronograma fixado na forma do § 1º, os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital têm direito à nomeação. (NR)”

Tal projeto de lei determinaria, basicamente, o estabelecimento de cronograma de nomeação nos editais de concursos públicos, bem como asseguraria, expressamente, a nomeação dos candidatos aprovados de acordo com o mencionado cronograma.

Caminha bem o Legislativo com esse projeto, sendo merecedor de aplausos. Contudo, tal medida moralizadora vem tardiamente, bem como sem previsão de votação pelo plenário da respectiva casa.

Já outra Proposta de Lei, a de nº 369/08, também do Senado, de autoria do Senador Expedito Júnior, veda a realização de concurso público exclusivamente para a formação de cadastro de reserva, conforme se vê no texto abaixo:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O edital de cada concurso público de provas ou de provas e títulos no âmbito da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá deixar de prever a especificação do número de cargos a serem providos.

Parágrafo único. A formação de cadastro de reserva nos concursos de que trata o caput deste artigo somente será permitida para candidatos aprovados em número excedente ao de cargos a serem providos.

Tal proposta surgiu justamente pelo que já se discutiu no item 3.1, ou seja, a Administração Pública, frequente e comumente, realizando concursos públicos sem a previsão de vagas, disponibilizando apenas o

“cadastro de reserva”. Iniciativa louvável do Senador Expedito Júnior, o qual detectou o abuso das Administrações Públicas desse verdadeiro “artifício”. Vale a pena, inclusive, verificar trechos da justificativa do presente Projeto, o qual se coaduna com o que já foi aqui esposto, criticando o concurso público com previsão apenas de cadastro de reserva, bem como detectando a tendência na proliferação desse tipo de concurso em face da consolidação da jurisprudência em garantir o direito à nomeação dos aprovados em concurso público dentro das vagas:

Pensamos que tais concursos podem constituir, muitas vezes, um verdadeiro atentado aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, ludibriando os candidatos, ao criar-lhes falsas expectativas de nomeação. Nessas situações, o certame finda por beneficiar apenas a chamada “indústria dos concursos”.

(...)

Ora, as mesmas razões que presidiram a decisão da Corte Suprema no RE nº 227.480 são válidas quanto aos concursos para a formação de cadastro de reserva. Podemos até supor que, a partir da recente decisão do STF, aumente o número de concursos com tais características, exatamente para se fugir ao dever de nomear reconhecido pelo Tribunal.

Mais um projeto de lei que, empurrado pela jurisprudência dominante, procura dignificar o instituto do Concurso Público, entretanto, como centenas de outros projetos úteis à sociedade, este também se encontra travado no Senado Federal, dentre burocracias e interesses políticos.

4.3 No Poder Judiciário

Já no Poder Judiciário, algumas consequências se avistam em decorrência da consolidação da jurisprudência do sentido já inúmeras vezes mencionado.

A primeira delas é a consolidação da jurisprudência via Súmula. No Superior Tribunal de Justiça, isso está bem próximo de ocorrer em decorrência dos inúmeros julgados já acontecidos, inclusive com julgamento da 3ª Seção.

Já no Supremo Tribunal Federal, o trâmite é um pouco diferente, visto que não há tantos julgados favoráveis assim e, some-se a isso, o fato de que há divergência entre os ministros que lá estão. Há, no Supremo Tribunal, o Recurso Extraordinário nº 598.099 versando sobre a matéria tratada

neste trabalho cuja repercussão geral já fora reconhecida e se encontra, atualmente, concluso ao Ministro Gilmar Mendes desde 01/10/2009. O Superior Tribunal de Justiça já vem aplicando o artigo 543-B do Código de Processo Civil, bem como o artigo 328-A do Regimento Interno do STF, sobrestando os Recursos Extraordinários que versem sobre a matéria em decorrência do R.E. já mencionado. Assim, se depreende que, dentro em breve, com o julgamento do RE nº 598.099, haverá um ponto final sobre qualquer controvérsia judicial no tocante ao direito subjetivo do candidato aprovado dentro das vagas de um concurso público em ser nomeado.

Uma segunda consequência da consolidação da jurisprudência seria exatamente o aprimoramento desse posicionamento. E qual seria o aprimoramento? Consistiria, basicamente, no reconhecimento do direito subjetivo do candidato aprovado fora das vagas previstas no edital, contudo, em face de renúncias ou exonerações, seria elevado o número de vagas previstas. Explica-se melhor com um exemplo: O edital prevê a existência de 20 vagas; o candidato ficou na 25ª posição; dos 20 primeiros, nomeados, apenas 10 tomam posse; nesse caso, o candidato da 25ª posição seria elevado a 15ª, estando assim dentro das vagas e, conseqüentemente, teria direito subjetivo à nomeação.

E por que isso ocorre? Porque a Administração Pública fica vinculada ao que disponibilizou no edital, ou seja, se há 20 cargos vagos, e se realiza concurso público a fim de preenchê-los, deve seguir a ordem de aprovação até que tal preenchimento se faça por completo.

Com efeito, quando o poder público divulga um edital informando que se encontra vago um número específico de cargos públicos e convoca os seus cidadãos a se inscreverem no processo seletivo, para que concorram a tais vagas e mais as que se abrirem durante o prazo de validade do certame, por certo está a afirmar a necessidade de que tais cargos sejam preenchidos.¹⁵

Trata-se da aplicação, aos concursos públicos, da chamada teoria dos motivos determinantes, a qual “funda-se na consideração de que os atos administrativos quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos para todos os efeitos jurídicos”¹⁶

Contudo, se a despeito de tal possibilidade, a Administração opta por tornar pública a necessidade de preencher um número predefinido de vagas, esta circunstância passa a compor a motivação do ato administrativo, gerando na sociedade uma justa expectativa de que aquela realmente será a conduta a ser adotada.

15 C.f. SANTANA, op. cit. Nota 10.

16 MEIRELLES, op. cit. Nota 2.

Nesses termos há dois julgados no Superior Tribunal de Justiça abraçando esta evolução, conforme se vê nos ementários abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGA ANUNCIADA NO EDITAL E NÃO PREENCHIDA. ATO VINCULADO. TRIBUNAL PLENO. SESSÃO ADMINISTRATIVA. INTERESSE NO PREENCHIMENTO DAS VAGAS EXISTENTES. NOMEAÇÃO DA RECORRENTE, PRÓXIMA DA LISTA CLASSIFICATÓRIA A SER CONVOCADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em tema de concurso público, é cediço que o Edital é lei entre as partes, estabelecendo regras às quais estão vinculados tanto a Administração quanto os candidatos.

2. Veiculado no instrumento convocatório o quantitativo de cargos vagos a serem disputados no certame, bem como restando evidenciado, posteriormente, o interesse no preenchimento das vagas existentes, ante manifestação do Tribunal Pleno da Corte de origem, em sessão administrativa, importa em lesão a direito líquido e certo a omissão em se nomear candidato aprovado, próximo na lista classificatória.

3. É o que ocorre no caso dos autos, em que a Recorrente restou enquadrada dentro das vagas originalmente ofertadas em face de uma renúncia à nomeação e de uma exoneração. Contudo, expirou-se o prazo de validade do concurso, tendo sido preenchidas apenas 3 (três), das 4 (quatro) vagas anunciadas no edital. Resta, evidenciado, portanto, a violação ao direito subjetivo da Impetrante à nomeação.

4. Recurso conhecido e provido.¹⁷

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. NOMEAÇÃO. NÚMERO CERTO DE VAGAS. PREVISÃO. EDITAL. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Em conformidade com a jurisprudência que vem se firmando na 3ª Seção do STJ, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação, e, não mera expectativa de direito.

2. Consoante precedentes da 5ª e 6ª Turmas do STJ, a partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RMS nº 26.426/AL. Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 19.12.2008.

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.

4. Recurso ordinário conhecido e provido, para conceder a ordem apenas para determinar ao Estado de Minas Gerais que preencha o número de vagas previstas no Edital.¹⁸

Como já esclarecido, os julgados acima tratam de mais um passo à frente que dá o Superior Tribunal de Justiça; contudo, a matéria tratada ainda precisa amadurecer nos Tribunais Superiores para uma maior consolidação, haja vista existir julgados contrários no próprio STJ.

5 Considerações Finais

Não há dúvidas sobre o importantíssimo papel desempenhado pelo Concurso Público junto às Administrações. Sua ocorrência serve como importante instrumento moralizador e, ainda que tenha seus defeitos, continua sendo o melhor meio de se averiguar qual indivíduo é o mais apto ao exercício do cargo/emprego público. Trata-se de verdadeira garantia constitucional e, como tal, deve ser interpretada em conformidade com todo o conteúdo da Constituição Republicana.

A regra, contudo, deveria ser o da programação do órgão promovedor do concurso público com a nomeação de todos que se encontram aprovados dentro das vagas disponibilizadas no edital. Esclareceu-se, exaustivamente, que há diversas fases e tarefas pretéritas à promoção de um concurso. Se todas elas fossem observadas como deveriam, a credibilidade do Poder Público junto aos administrados aumentaria única e exclusivamente por estarem fazendo o que a lei e o ordenamento jurídico como um todo, em uma interpretação sistemática, ordenam.

Infelizmente, continuará sendo incumbência dos magistrados de todos os graus jurisdicionais, a empreitada de garantir o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados como forma de evitar injustiças graves e vilipêndios constitucionais, haja vista a morosidade do Poder Legislativo no trâmite de Projeto de Leis que trariam de maneira expressa e clara o referido direito, bem como o fato de os administradores se

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RMS nº 22.597/MG, Rel. Min. Jane Silva (Convocada), DJU de 25.08.2008.

empenharem mais em vislumbrar maneiras de burlar a lei do que em cumpri-las de maneira eficaz.

Vale ressaltar, por fim, que esta exposição nada mais é do que resultado da fé de que a justiça e a Constituição Federal devem imperar ao máximo nas relações jurídicas entre Administração e administrado. O Poder Judiciário é capaz de trazer essa realidade com a prestação da tutela jurisdicional somando-se ao Poder Legislativo que, se superar a sua morosidade habitual e os escândalos lá existentes, poderia diminuir a imaginação dos administradores moralizando a Administração Pública e dignificando os administrados que tanto se dedicam aos concursos públicos.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

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

_____. Conselho Nacional de Justiça. Plenário. *PP 200810000019865*. Cons. Joaquim Falcão, DJU de 13.02.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. *RMS nº 10.381/DF*. Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 24.04.2009.

_____. _____. 5ª Turma. *AgRg no RMS nº 21.165/MG*. Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 01.07.2008.

_____. _____. 5ª Turma. *RMS nº 22.597/MG*. Rel. Min. Jane Silva (Convocada), DJU de 25.08.2008.

_____. _____. 5ª Turma. *RMS nº 25.957/MS*. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 23.06.2008.

_____. _____. 5ª Turma. *RMS nº 26.426/AL*. Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 19.12.2008.

_____. _____. 5ª Turma. *ROMS nº 15.034/RS*. Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 29.03.2004.

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 20.718/SP*. Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 03.03.2008.

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 15.945/MG*. Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 20.02.2006.

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 19.922/AL*. Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 11.12.2006.

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 19.216/RO*. Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 09.04.2007.

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 19.635/MT*. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJU de 26.11.2007.

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 15.420/PR*. Rel. Min. Paulo Galotti, DJU de 19.05.2008.

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 26.630/MS*. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 23.06.2008.

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 19.478/SP*. Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 25.08.2008.

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 19.467/SP*. Rel. Min. Paulo Galotti, DJU de 06.10.2008.

_____. _____. 5ª Turma. *RMS nº 26.507/RJ*. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 20.10.2008

_____. _____. 6ª Turma. *RMS nº 27.311/AM*. Rel. Min. Jorge Mussi, DJU de 08.09.2009.

_____. _____. 6ª Turma. *ROMS nº 10.877/MG.*. Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJU de 10.03.2003.

_____. _____. 1ª Turma. *RE 227480/RJ*. Rel. p/ o Acórdão Min. Carmen Lúcia, DJU de 21.08.2009.

_____. _____. 1ª Turma. *RE 421938 AgR/DF*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 09.05.2006.

_____. _____. 2ª Turma. *RE 192568/PI*. Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.04.1996.

_____. _____. 2ª Turma. *RMS 23.657-8/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.11.2001.

_____. _____. Tribunal Pleno. *ADI nº 2.931-2*. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJU de 29.09.2006.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. *AC - 206200/2009-*

000-00-00, Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT de 18.09.2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo:Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999

ROSA, Dêneron Dias. *Aprovação em concurso público, terceira parte: hipóteses reconhecidas de direito subjetivo à nomeação*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/35546>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

SANTANA, Ricardo Marcelino. Comentários à Súmula 15 do STF: uma necessária atualização interpretativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1426, 28 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9937>>. Acesso em: 22 fev. 2010.