

DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO

* TEREZINHA DO CARMO SCHWENCK

Licenciatura em Ciências pela Universidade Federal de Minas Gerais
Licenciatura em Matemática pela Faculdade de Filosofia Ciências E Letras de Caratinga
Graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce
Especialização em Administração de Empresas E Organizações pela Universidade Federal de Minas Gerais
Especialização em Biologia pela Fundação Comunitária Educacional e Cultural Patrocinio
Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce
Especialização em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ipatinga
Mestrado em Direito Área de Concentração Estado E Cidadania pela Universidade Gama Filho
Atualmente é professora titular da Secretaria Estadual de Educação, PROCURADORA MUNICIPAL da Prefeitura Municipal de Ipatinga e professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo. Atuando principalmente nos seguintes temas: HUMANOS, AMBIENTAIS E DIREITOS

** WESLEY AUGUSTO DIAS RIBEIRO

Graduado em Economia pelo Instituto Cultural Nilton Paiva Ferreira.
Graduado em Administração Modalidade Comércio Exterior pela União de Negócios de Administração. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.
Doutorando em direito publico pela Universidad Del Musel Argentino.
Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Sindical, atuando principalmente nos seguintes temas: contabilidade pública, direito processual civil e direito civil.

*** HUDSON GARCIA DE MENEZES

Graduado em CIÊNCIAS CONTÁBEIS pelo Centro Universitário do Leste de Minas Gerais,
Graduação em DIREITO pela Faculdade de Educação e Ciências de Contagem
Graduação em BACHAREL EM ADMINISTRAÇÃO pelo Centro Universitário do Leste de Minas Gerais.
Atualmente é professor da Faculdade de Direito de Ipatinga, Minas Gerais.
Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito

**** SAILA GORZA BORGES

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar a situação do concurso público no Brasil no que tange ao direito de nomeação dos candidatos aprovados, bem como explicar as hipóteses em que estes candidatos possuem um direito subjetivo à nomeação e não apenas uma mera expectativa de direito. Este tema tem repercussão geral devido a relevância da matéria e principalmente por ser uma questão de interesse social. Outrossim visa expor as situações em que é admitida a recusa motivada da administração em não contratar os candidatos legalmente habilitados no certame cabendo inclusive apreciação pelo Judiciário sobre o mérito administrativo. A pesquisa utilizada foi bibliográfica e qualitativa. Concluiu-se através dos estudos que a questão abordada já encontra amparo dos tribunais e que esta evolução é necessária para a construção de uma sociedade justa e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Concurso público. Expectativa de direito. Direito subjetivo e mérito administrativo.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da evolução do pensamento, na doutrina e na jurisprudência, da nomeação dos candidatos que lograram aprovação em concursos públicos. O tema tem repercussão geral, tendo em vista que a relevância jurídica da matéria está diretamente relacionada ao interesse social, já que uma grande parte da população qualificada participa do procedimento para ingressar no serviço público. O que se discute é se o candidato aprovado em concurso público possui direito subjetivo ou apenas expectativa de direito à nomeação.

A Administração Pública, por muito tempo, deteve o poder absoluto de, segundo critérios de conveniência e oportunidade, nomear os candidatos dentro de suas necessidades e, não raro, os candidatos assistiam ao prazo de validade do concurso expirar sem ocorrer a nomeação. Contudo, esse entendimento foi superado pela consolidação de uma nova posição jurisprudencial, firmada nos princípios administrativos básicos e nos valores morais e éticos da Administração Pública.

A visão que predominava era no sentido de que o candidato aprovado em concurso público possuía mera expectativa de direito à posse do cargo. Entretanto, foram reconhecidas algumas situações em que essa expectativa convola-se em direito subjetivo, líquido e certo à nomeação.

O concurso público é um importante procedimento para a Administração Pública, vez que é o instrumento utilizado por esta para integrar a seus quadros um servidor qualificado para o exercício da função. Por esta razão, este procedimento deve ser realizado com seriedade, seguindo as determinações legais, agindo com lealdade e respeitando a expectativa dos candidatos inscritos.

É certo que existem situações excepcionais que conferem à Administração a necessidade de recusar-se a promover a nomeação do candidato. Essas situações também serão expostas e discutidas adiante.

2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS BÁSICOS

2.1 Da Administração Pública

A Administração Pública é o instrumento de que dispõe o Estado para a realização de serviços necessários ao atendimento do interesse público. É importante frisar que seu conceito não coincide com o poder executivo, pois não pratica atos de governo, mas sim atos de execução. A expressão Administração Pública pode ser utilizada em diversos sentidos. Para conceituá-la, os doutrinadores se valeram de inúmeros critérios. Segundo Hely Lopes Meirelles (1983, p.83):

[...] pode-se falar de administração pública aludindo-se aos instrumentos de governo, como à gestão mesma dos interesses da coletividade. [...] Subjetivamente, a Administração Pública é o conjunto de órgãos a serviço do Estado agindo in concreto para satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social.

Diógenes Gasparini entende que o melhor conceito para a administração pública se baseia nos seguintes critérios (2004, p.42):

Negativista ou residual que define a administração como toda a atividade estatal, excluídas a legislativa e a jurisdicional; o formal, orgânico ou subjetivo, segundo o qual a administração é um complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas; e por fim, o critério material ou objetivo, que a define como um complexo de atividades concretas e imediatas, desempenhadas pelo Estado sob os termos e condições da lei, visando o atendimento do interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende serem pertinentes para melhor definir a Administração Pública os seguintes critérios (2000, p.54):

Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ele designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa. em sentido objetivo, material ou funcional, ele designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública: o sentido objetivo, segundo o qual a administração consiste na própria atividade administrativa exercida pelo Estado, e o sentido subjetivo, que a define como o conjunto de órgãos de que se vale o estado para atingir os fins desejados.

2.2 Dos princípios básicos da Administração Pública

Para a persecução do interesse coletivo, a administração deve se pautar em condutas estabelecidas em leis e, principalmente, deve se submeter aos princípios básicos previstos na Constituição. É relevante explicar esses princípios, já que eles devem lastrear toda a atividade administrativa.

O atual ordenamento jurídico reconhece que os princípios não são simples orientações, mas normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Os princípios são proposições fundamentais que condicionam todas as estruturas e institutos de uma disciplina, formando sua base teórica, sendo aplicáveis, no caso do Direito Administrativo, acima da lei, informando superiormente toda a atividade legal.

A inobservância a um princípio agride todo o sistema, pois fere seus valores fundamentais. O conceito que melhor traduz a noção de princípios é de Celso Antonio Bandeira de Mello (1996, p.545):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Os princípios básicos que norteiam os atos do poder público estão inseridos no caput do artigo 37 da Constituição Federal. São eles: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade é o princípio matriz do Estado democrático de direito. Este princípio está presente em todos os ramos do direito público e privado. No Direito Administrativo, representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular. Este princípio estabelece os limites da administração, assegurando à coletividade o benefício da certeza jurídica.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (1997, p.58):

[...] as leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.

A legalidade para o direito administrativo deve ser analisada por um enfoque diferente. Enquanto que nas relações de direito privado o particular pode fazer tudo o que a lei não proibir, no direito público a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina. Dessa maneira, a atividade administrativa fica condicionada à observância da norma legal, já que a função administrativa será pautada pela vontade da lei, e não da Administração ou de seus agentes públicos.

Seguindo a ordem, temos o princípio da impessoalidade, que estabelece que o administrador deve pautar suas condutas em critérios objetivos, impedindo discriminações e privilégios, atuando com imparcialidade na defesa do interesse público. A impessoalidade visa assegurar um tratamento igualitário aos administrados, reforçando o princípio da isonomia. Segundo a conceituação de Hely Lopes Meirelles (1990, p. 81):

O princípio da impessoalidade nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

A Administração Pública, ao agir visando a finalidade pública prevista na lei, necessariamente imprime impessoalidade na atuação, evitando tomar decisões baseadas em preferências pessoais ou sentimento de perseguição.

O princípio da moralidade exige que o administrador atue em conformidade com os princípios éticos, agindo com boa-fé e honestidade no desempenho de suas atribuições. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (1991, p. 111):

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque o próprio objeto resulta imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito a dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das Instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável a existência digna. Não é preciso para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma.

O princípio da publicidade pode ser definido como a divulgação oficial dos atos administrativos. Abrange toda a atuação estatal, garantindo aos administrados livre acesso às informações de seus interesses e de transparência na atuação administrativa. Além desse objetivo principal, a publicidade também representa condição de eficácia para os atos administrativos. Conforme preceitua Hely Lopes Meirelles (2010, p.96):

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.

Finalizando o rol dos princípios, temos o princípio da eficiência, que exige que o administrador exerça suas atividades com presteza e perfeição, visando a plena satisfação do interesse público. São valores encarecidos pelo princípio da eficiência

a economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional.

A atuação eficiente do Estado garante aos usuários do serviço público uma prestação com qualidade e rapidez. Segundo Hely Lopes Meirelles (1998, p. 93):

O dever de eficiência se impõe a todo o agente público, o qual está condicionado a realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, não apenas com legalidade, mas também com a exigência de se obter resultados positivos e satisfatórios para os serviços públicos em prol das necessidades da comunidade e de seus membros.

No entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.118) adverte que o princípio da eficiência “não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”. O administrador não pode usar a eficiência como pretexto para se esquivar da lei. Este princípio deve sempre estar submetido ao princípio da legalidade.

Importante destacar que os princípios do Direito Administrativo não se esgotam no plano constitucional. Existem ainda diversos princípios administrativos previstos na legislação infraconstitucional e que não podem ser considerados menos importantes do que os princípios diretamente mencionados no texto maior. Porém, tendo em vista o objetivo deste projeto, estes outros princípios não serão analisados.

3 DO CONCURSO COMO FORMA DE PREENCHIMENTO DOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS E DO DIREITO A NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO

3.1 Da exigência de concurso para o preenchimento dos cargos públicos

Como forma de garantir a aplicação dos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência, a acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas são asseguradas a todos que tenham interesse em ingressar no serviço público,

desde que preencham os requisitos estabelecidos na lei e no edital para provimento dos cargos.

Concurso público é o procedimento administrativo instaurado para selecionar os candidatos mais aptos ao exercício de cargos e empregos públicos garantindo uma administração mais eficiente. O artigo 37, II, da Constituição Federal estabelece que:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 2013).

A referida norma constitucional determina a obrigatoriedade de realização de concurso público como condição prévia ao provimento de cargos e empregos públicos, salvo as exceções instituídas pelo próprio texto. O que a lei pretende ao instituir essas condições é assegurar uma Administração democratizada, uma vez que possibilita o ingresso de qualquer interessado no serviço público, garantindo dessa forma a aplicabilidade dos princípios da isonomia e impessoalidade.

Por outro giro, o referido dispositivo, ao instituir o concurso público, também pretende obter uma Administração com serviço produtivo e de qualidade. Esta é uma imposição do princípio da eficiência.

Importante ressaltar que a regra da acessibilidade e do concurso visa garantir a todos iguais oportunidades, não se admitindo distinções entre brasileiros natos e naturalizados, salvo as exceções instituídas pelo próprio texto, nem mesmo distinções em razão da idade ou sexo, exceto aquelas cuja natureza do cargo o exigir.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente por lei, pode o administrador estabelecer critérios discriminatórios em concurso público. Verifica-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA EM CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE LEI PARA A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS DE ADMISSÃO A CARGOS PÚBLICOS. I - Decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento por entender

que não é possível a estipulação de altura mínima como critério para admissão a cargo público, sem que haja o devido amparo legal. II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. III - Agravo regimental improvido. (STF - AI-AgR: 534560 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/06/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: 25-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02244-17 PP-03565).

Vários estudiosos expressaram seus pontos de vista em relação ao concurso público e estabeleceram uma ligação deste com os princípios administrativos. Na visão de Hely Lopes Meirelles (1990, p. 370):

O concurso público é o meio técnico posto à disposição da administração para obter-se a 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 os requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.89) entende que “o concurso público é o instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos”.

No mesmo sentido o professor Alexandre Mazza destaca (2013, p.40):

Concurso é o procedimento administrativo instaurado pelo Poder Público para selecionar os candidatos mais aptos ao exercício de cargos e empregos públicos. A realização do concurso público é um imperativo dos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e legalidade, entre outros, minimizando os riscos de contratações baseadas em preferência pessoais ou interesses ilegítimos.

Como visto, a realização de concurso público constitui a forma mais eficiente e legítima para a seleção de profissionais para ingressar nas atividades públicas e representa, ainda, uma subordinação aos princípios administrativos.

3.2 Da expectativa de direito à nomeação

A palavra expectativa tem origem no latim *expectare*, esperar, que significa esperança fundada em supostos receios, probabilidades e promessas. Paulo Dourado de Gusmão afirma que: “a expectativa de direito é um direito em formação,

caracterizando-se pela possibilidade de se tornar um direito. Na expectativa há circunstâncias que fazem crer ser admissível o nascimento de um direito se ocorrerem determinadas situações”.

O candidato aprovado em concurso público, em regra, não goza de direito à nomeação, mas possui uma expectativa que pode vir a se consumir através de uma seqüência de atos que resultará na convolação desta em um direito subjetivo.

A posição que prevalecia na jurisprudência era no sentido de que o candidato possuía mera expectativa de direito e sua nomeação ficava a critério da Administração. Tal expectativa de direito somente se transformaria em verdadeiro direito à posse na hipótese de preterição de ordem classificatória, conforme o teor da Súmula nº 15 do Supremo Tribunal Federal (1963): “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Nas demais situações, a nomeação constituía-se em ato discricionário da administração. É o entendimento que se extrai da orientação do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Concurso público: direito à nomeação: Súmula 15-STF. Firmou-se o entendimento do STF no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, torna-se detentor de mera expectativa de direito, não de direito à nomeação: precedentes. O termo dos períodos de suspensão das nomeações na esfera da Administração Federal, ainda quando determinado por decretos editados no prazo de validade do concurso, não implica, por si só na prorrogação desse mesmo prazo de validade pelo tempo correspondente à suspensão. (STF - RE: 421938 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 09/05/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-06-2006 PP-00013 EMENT VOL-02235-05 PP-01064).

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. NOMEAÇÃO. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NEGATIVA. INOCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. I - Não há negativa de prestação jurisdicional quando o e. Tribunal de origem examina e decide fundamentadamente a questão jurídica que lhe foi posta. II - Na hipótese, o e. Tribunal a quo concluiu que

"é incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito à nomeação pela Administração, a qual não tem obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do certame, além do que o recorrente não provou que houve desrespeito à ordem classificatória". Tal raciocínio expõe a tese jurídica adotada pelo e. Tribunal de origem, descaracterizando a alegada omissão. III - Não se presta à demonstração de divergência de interpretação jurisprudencial (art. 105. III, 'c', CF), acórdão paradigma proferido em recurso ordinário em mandado de segurança, visto que nesta sede é possível maior âmbito de cognição, como o revolvimento à prova pré-constituída e o exame da legislação local e constitucional. Precedentes do STJ. Agravo regimental desprovido. (STJ, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10/04/2007, T5 - QUINTA TURMA).

Todavia, esse posicionamento está ultrapassado, uma vez que os tribunais superiores reconhecem atualmente a existência do direito subjetivo dos candidatos dentro das situações que serão expostas adiante.

3.3 Do direito subjetivo à nomeação

O direito subjetivo corresponde à capacidade de agir atribuída pela ordem jurídica a uma pessoa na defesa de seus interesses. Segundo José Cretela Júnior (1995, p.77), o direito subjetivo é: "a faculdade ou possibilidade que tem uma pessoa de fazer prevalecer em juízo a sua vontade, consubstanciada num interesse."

Em outras palavras, o direito subjetivo pode ser definido como a possibilidade que o homem tem de agir na defesa de seu interesse, intimando alguém a realizar determinada conduta. Este direito se projeta na relação jurídica concreta em que determinada situação confere a um sujeito a faculdade de exigir seu direito.

Conforme destacado no capítulo anterior, a doutrina pátria e a jurisprudência sustentavam a idéia de que a aprovação em concurso público garantia ao candidato apenas uma expectativa de direito. Entretanto, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o RMS 20.718 do Estado de São Paulo, firmou o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas anunciadas no edital possui direito líquido e certo à nomeação. Informa a ementa:

Ementa: ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO. 1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. 2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes. 3. Recurso ordinário provido. (Processo : RMS 20718 / SP - Relator (a): Ministro PAULO MEDINA (1121) - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 04/12/2007).

Os ministros entendem que o instrumento convocatório, uma vez veiculado, apresentando o número de cargos vagos e o interesse de provê-los, vincula a administração, devendo esta convocar os candidatos aprovados no limite das vagas anunciadas no edital.

Assim, aquele candidato habilitado em concurso público que era detentor de uma mera expectativa de direito, por força da consolidação de um novo posicionamento, passa a ter direito subjetivo, líquido e certo à nomeação. Esta mudança de postura configura uma submissão aos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé.

Em relação ao tema discutido, o ministro Gilmar Mendes fez suas considerações no julgamento do Recurso Especial 751295:

Quando a administração torna público um edital de concurso convocando todos os cidadãos a participarem da 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". (STF - RE: 751295 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 18/06/2013, Data de Publicação: DJe-122 DIVULG 25/06/2013 PUBLIC 26/06/2013).

A jurisprudência majoritária dos tribunais brasileiros também reconhece o direito subjetivo à nomeação nas situações em que o prazo de validade do concurso ainda

não expirou, e a Administração não realizou a nomeação dos candidatos aprovados, suprimindo as suas necessidades por meio de vínculos precários, tais como contratação temporária e convênio com outros entes. Nesse sentido, segue a orientação jurisprudencial:

Ementa: Concurso público: terceirização da vaga: preterição de candidatos aprovados: direito à nomeação: uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso.2. Recurso extraordinário: não se presta para o reexame das provas e fatos em que se fundamentou o acórdão recorrido: incidência da Súmula 279 (AI 440.895-AgR/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma).

Ressalta-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado de relatoria da Ministra Eliana Calmon, adotou um entendimento de que a Administração, ao nomear candidatos aprovados fora do número de vagas, mas nem todos os candidatos assumem o cargo em razão de desistência, os candidatos subsequêntes terão direitos à nomeação, de forma proporcional aos candidatos desistentes. Veja a ementa:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE VAGAS, AINDA QUE EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL, CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES. 1. A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas. 2. 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. Hipótese em que o Governador do Distrito Federal, mediante decreto, convocou os candidatos do cadastro de reserva para o preenchimento de 37 novas vagas do cargo de Analista de Administração Pública - Arquivista, gerando para os candidatos subsequentes direito subjetivo à nomeação para as vagas não ocupadas por motivo de desistência. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 19/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA).

A Administração pública deve proceder com lealdade e lisura, realizando suas atividades com previsibilidade, de modo a assegurar certa estabilidade nas suas relações jurídicas.

A Administração não pode ter um comportamento contraditório, que é o princípio da vedação do “*venire contra factum proprium*”, manifestando a necessidade de prover um certo número de cargos, criando uma expectativa nos candidatos e, posteriormente, frustrando essa expectativa ao não realizar a nomeação. Tal atitude fere o princípio da confiança legítima.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça firmou o entendimento de reconhecer o direito subjetivo à nomeação aos candidatos aprovados fora do número de vagas quando o órgão público manifesta, por ato inequívoco, a necessidade de preenchimento de novas vagas.

Para o ministro Marco Aurélio,

O Estado não pode brincar com cidadão. O concurso público não é o responsável pelas mazelas do Brasil, ao contrário, busca-se com o concurso público a lisura, o afastamento do apadrinhamento, do benefício, considerado o engajamento deste ou daquele cidadão e o enfoque igualitário, dando-se as mesmas condições àqueles que se disponham a disputar um cargo. Feito o concurso, a administração pública não pode cruzar os braços e tripudiar o cidadão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

O novo entendimento jurisprudencial é uma expressão dos princípios da segurança jurídica, moralidade e eficiência, que legitimam o Estado democrático de direito e constroem uma Administração pública democrática, dando significado moral e ético às condutas dos administradores.

4 DAS JUSTIFICATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PARA A NÃO NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO

4.1 Orçamento e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Apesar de reconhecido o direito adquirido à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, foi apontada ainda a existência de situações nas quais esse

direito encontra-se mitigado, garantindo-se a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores.

A Administração pública pode utilizar algumas justificativas para não realizar a nomeação de candidatos legalmente habilitados em concurso público, desde que o faça motivadamente. O que se pretende é evitar a recusa imotivada da administração, ferindo a moralidade administrativa. Nesse sentido, a Ministra Cármen Lúcia orienta: "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" (RE n. 227.480-7/RJ, rela. Mina. Cármen Lúcia, DJ de 20-8-2009).

A Administração pública tem baseado seus argumentos na questão orçamentária, alegando que não há como prover os cargos vagos por ausência de recursos. Porém, essa justificativa é afastada em razão da exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital, conforme estabelecido no art. 169, § 1º, I e II, da Constituição Federal (2013):

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Conforme estabelece a norma transcrita a criação de cargos, bem como a admissão e contratação de pessoal, somente poderão ser executadas se houver prévia dotação orçamentária suficientes para atender às projeções de despesa de pessoal, além de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Dessa forma, essa justificativa não tem sido amparada pelos tribunais. Esse, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça conforme recente julgado a seguir transcrito:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO.

1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação.
 2. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória. Precedentes.
 3. A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar.
 4. Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF).
 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança. (RMS Nº 27.311-AM, Rel. Min. Jorge Mussi, d.j. 04.08.2009)
- 2.2. Existindo direito subjetivo à nomeação, por interpretação da norma constitucional pelo STF, não pode ser ele eliminado à guisa de alegação de aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, mormente em não havendo, pelo ato de nomeação, desequilíbrio nas finanças do Município."(TJSC, ACMS n. , de Anita Garibaldi, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 25.08.2009) (grifo nosso).

O Ministro Gilmar Mendes (2013), no julgamento do recurso extraordinário 598.099, orienta:

Destaque-se que as vagas previstas em edital já pressupõem a existência de cargos e a previsão na Lei Orçamentária, razão pela qual a simples alegação de indisponibilidade financeira, desacompanhada de elementos concretos, tampouco retira a obrigação da administração de nomear os candidatos aprovados.

Dessa forma, o argumento utilizado pela Administração Pública de que não é possível prover os cargos por ausência de recursos financeiros, não prospera, pois a alegação é conflitante com a Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal, que determina uma série de medidas a serem seguidas pelo administrador ao dar início às solenidades que antecedem a realização de um concurso público.

4.2 Situações excepcionais

Determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública em prover os cargos vagos. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, tais

situações devem apresentar as seguintes características: superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade.

Nas palavras do Ministro: “Superveniência: eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação de edital do certame público”. Entende-se pela leitura deste trecho que o fato que gerou a necessidade da Administração se recusar a realizar a nomeação do candidato legalmente habilitado no certame deve obrigatoriamente ser posterior à publicação do edital.

Assim, durante a realização dos procedimentos necessários para a realização do concurso, a Administração não conhecia nenhuma situação que tornaria impossível promover a nomeação.

Imprevisibilidade - a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias à época da publicação do edital. Ou seja, qualquer circunstância capaz de alterar os padrões de normalidade, que sejam imprevisíveis e inalteráveis.

Gravidade – os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; Crises econômicas de grandes proporções; Guerras; Fenômenos naturais que causem calamidade pública ou comoção interna. O trecho transcrito é auto-explicativo, porém cumpre ressaltar que a gravidade aqui analisada são as situações que fogem excessivamente da normalidade, deixando a Administração sem opções de como reagir, e não simples fatores que prejudicam ou dificultam a realização da nomeação.

Necessidade – a administração somente pode adotar tal medida quando não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. Dessa forma, entende-se que a Administração deve esgotar suas possibilidades antes de adotar a medida mais gravosa.

O sistema de jurisdição única adotado pelo Brasil confere ao Judiciário a atribuição de exercer o controle de legalidade sobre os atos praticados pela Administração

Pública. Entretanto, este controle está adstrito à conformidade do ato com a norma legal, não cabendo ao Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo.

Neste sentido, José Cretella Júnior (1995, p.266) afirma que a apreciação do mérito administrativo cabe apenas ao administrador:

Aspecto algum do mérito admite revisão pelo Judiciário. Ao contrário, repele-a. O Judiciário tem campo próprio para locomover-se, não invadindo terreno privativo da Administração. Se alguma fração de mérito, por menor que fosse, se entrelaçasse, confundindo-se com a legalidade, estas duas entidades perderiam sua razão de ser, ou a noção de legalidade, nos setores comuns, sobrepujaria a noção de mérito [...].

Surpreende, por isso, que credenciado julgador tenha, embora dando ao mérito sentido exato, afirmado: Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo da legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça CRETELA (1995, p.266).

Ocorre que esse pensamento no sentido de vedar ao Judiciário a apreciação do mérito administrativo é obsoleto. Recentemente, a doutrina e jurisprudência discorrem sobre a possibilidade de análise jurisdicional do mérito administrativo. O STJ vem ampliando o campo de atuação do Judiciário, como se observa na decisão em que foi relatora a Min. Eliana Calmon:

RECURSO ESPECIAL Nº 429.570 - GO (2002/0046110-8) RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
RECORRIDO: MUNICÍPIO DE GOIÂNIA PROCURADOR: ALEXANDRE MEIRELLES E OUTROS EMENTA
ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.

A ampliação da atuação jurisdicional em relação ao mérito administrativo não representa uma afronta ao princípio da separação dos poderes, tampouco configura uma substituição ao administrador público. Ocorre que o controle jurisdicional é amplo, ultrapassa o âmbito da legalidade. Ainda que o ato praticado pela Administração seja discricionário, o Judiciário tem o poder de analisar o juízo de conveniência e oportunidade frente aos princípios constitucionais.

No caso em testilha, a análise jurisdicional será realizada sob os critérios apontados pelo Ministro Gilmar Mendes. Ocorre que o Judiciário deverá, por conseguinte, invadir o mérito administrativo, já que as características apontadas, por serem muito genéricas, dão margem a uma atuação dotada de subjetividade por parte do administrador. Dessa forma, não é correto permitir que o princípio da independência dos poderes seja usado como desculpa para amparar as irregularidades cometidas pela Administração Pública.

5 CONCLUSÃO

Durante muito tempo, predominou o pensamento de que o candidato aprovado em concurso público possuía uma mera expectativa de direito à nomeação. Neste contexto, a forma de preenchimento dos cargos vagos fazia parte do círculo de discricionariedade do administrador. Era reconhecido aos candidatos apenas o direito de não serem preteridos de acordo com a ordem de classificação no concurso.

Atualmente, está superada a antiga tese de existência de mera expectativa de direito à nomeação dos candidatos legalmente habilitados em concurso público, que passaram a ser reconhecidos como titulares de direito subjetivo sempre que se enquadrarem dentro do número de vagas anunciadas no edital.

Foi reconhecido ainda o direito à posse do cargo quando a administração realizar contratações precárias no decorrer do prazo de validade do certame, havendo candidatos aprovados, aptos a serem investidos nos cargos existentes.

Conforme recente entendimento do Conselho Nacional de Justiça, o candidato também tem direito subjetivo à nomeação mesmo que seja aprovado fora do número de vagas, quando a Administração manifestar, por ato inequívoco, a necessidade de provimento dos demais cargos. Ou ainda quando houver desistência dos candidatos convocados. Neste caso, os candidatos subsequêntes terão direito à nomeação.

É importante lembrar que há exceções à obrigatoriedade de nomeação. Essas exceções ocorrem quando surge um fato superveniente, imprevisível, grave que gera a necessidade de recusa da Administração em prover os cargos vagos. Estas situações, porém, devem ser motivadas e estão sujeitas a controle de legalidade pelo judiciário. Este controle poderá inclusive versar sobre o mérito administrativo.

A evolução jurisprudencial sobre o tema concurso público representa um avanço do raciocínio jurídico, bem como uma submissão aos princípios expressos no texto maior. O recente entendimento tem o condão de limitar a discricionariedade administrativa em face do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público. Dessa forma, ocorre a ampliação do direito individual frente ao Leviatã, garantindo a confiança nas atividades prestadas pelo Estado, o que é fundamental para a construção de uma sociedade justa e para fortalecer o Estado democrático de direito, que é consagrado pela Constituição Federal.

REFERENCIAS

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 20413 SP**. Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10/04/2007, T5 - QUINTA TURMA. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+20413+SP>. Acesso em 30 set. 2013.

_____. **REsp 429570 – GO**. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 11 nov 2003, publicado no D.J em: 22 mar. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=441598&sReg=200200461108&sData=20040322&formato=PDF>. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AI-AgR: 534560 DF**, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/06/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: 25-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02244-17 PP-03565. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760176/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-534560-df>>. Acesso em 30 set. 2013.

_____. **RE - 421938 DF**, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 09/05/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-06-2006 PP-00013 EMENTA VOL-02235-05 PP-01064). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14732584/agregno-recurso-extraordinario-re-421938-df>>. Acesso em 30 set. 2013.

_____. **Súmula nº 15, de 13 de dezembro de 1963**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0015.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: 2Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22/12/2010. São Paulo; Malheiros, 2010.