

Direito subjetivo à nomeação: evolução jurisprudencial e a importância do princípio da proteção à confiança para o seu reconhecimento

Rafaela Neiva Fernandes

Analista do MPU/Direito. Especialista em Direito Aplicado ao MPU pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Resumo: O presente estudo objetiva apresentar as hipóteses em que se reconhece o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público. Como não há disciplina constitucional e legal específica sobre o assunto, a identificação das hipóteses vem sendo feita ao longo dos anos pelos tribunais superiores brasileiros. Este artigo analisa a evolução jurisprudencial desde os primeiros julgados a respeito do tema até os dias atuais, com ênfase na necessidade de tutela da confiança do cidadão, que cria expectativas legítimas baseadas no edital de concurso público e no corolário dever da Administração Pública de agir com boa-fé, nomeando os aprovados. Conclui-se pela importância do princípio da proteção à confiança para o reconhecimento do direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público.

Palavras-chave: Direito subjetivo à nomeação. Princípio da proteção à confiança. Administração Pública. Candidato. Edital. Jurisprudência.

Abstract: This article presents the assumptions which recognize the subjective right of nomination of the candidate approved in a public contest. As there is no specific constitutional and legal discipline on the subject, identification of assumptions has been made over the years by the Brazilian Superior Courts. This article makes an analysis of the evolution of case law from the first trial on the issue until today, emphasizing the need for protection of citizen's trust, considering that the candidate creates legitimate expectations based on the proclamation, and the corollary obligation of Public

Administration to act in good faith, naming approved. The results confirmed the importance of the principle of protection of confidence for the recognition of the subjective right of nomination.

Keywords: Subjective right of nomination. Principle of protection of confidence. Public Administration. Candidate. Proclamation. Jurisprudence.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações gerais sobre o concurso público. 3 Princípio da proteção à confiança. 4 Direito subjetivo à nomeação. 4.1 Direito subjetivo à nomeação antes da Constituição da República de 1988. 4.2 Direito subjetivo à nomeação depois da Constituição da República de 1988. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição da República de 1988, que reconhece o Estado Democrático de Direito brasileiro, conferiu importante papel ao princípio da isonomia, tanto na esfera pública quanto na esfera privada (DI PIETRO, 2014, p. 607). No Direito Administrativo, a isonomia se manifesta em diversas normas, sendo uma delas é exigência constitucional do concurso público para o ingresso em cargos e empregos públicos, prevista no art. 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que determina expressamente que “*a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos*”.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 634), o concurso possui três postulados fundamentais: princípio da igualdade (isonomia), princípio da moralidade administrativa e princípio da competição. O princípio da isonomia garante que todos os candidatos disputem em igualdade de condições, devendo ser as mesmas regras para todos, contidas no edital e na legislação de regência. Ressalvam-se, obviamente, as regras diferenciadoras para os candidatos com deficiência, os que necessitam de algum tipo de atendimento especial e os que estão abrangidos pelo sistema de cotas. As exceções, contudo, apenas confirmam a regra, pois, como se sabe, o princípio da isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O princípio da moralidade administrativa no concurso público, por sua vez, objetiva evitar que haja qualquer tipo de favorecimento ou perseguição ao candidato, bem como vedar a prática do nepotismo, vedação esta que, inclusive, está contida na Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal (STF)¹.

Por fim, pelo princípio da competição, os candidatos disputam entre si a classificação no certame que lhes garanta uma vaga no quadro de pessoal da Administração Pública.

O concurso público é o procedimento realizado pela Administração Pública para a escolha do melhor candidato apto a ocupar cargo ou emprego público no âmbito de determinado órgão ou entidade. A busca por um cargo ou emprego público vem crescendo vertiginosamente, especialmente em razão da crise econômica e do alto índice de desemprego na iniciativa privada, o que tem feito os concursos públicos se tornarem cada vez mais disputados. Para conquistar a almejada aprovação, o candidato se dedica intensamente aos estudos e abdica de boa parte de seu tempo de descanso e de lazer. Depois de aprovado, contudo, não raras vezes depara com a ausência de nomeação, que gera frustração e sensação de tempo perdido, de esforço não recompensado.

A discussão sobre a existência ou não de direito à nomeação é antiga e tem passado por constante aprimoramento ao longo dos anos. No período anterior à vigência da Constituição da República de 1988, predominava o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público possuía mera expectativa de direito à nomeação. A promulgação da nova Constituição abriu caminho para o surgimento e crescimento, tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial, da posição contrária, isto é, a de que o candi-

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 13*: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 10 jan. 2019.

dato aprovado possui direito subjetivo à nomeação em determinadas hipóteses. Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 615):

Durante muito tempo a jurisprudência adotou, predominantemente, o entendimento de que “não há direito adquirido à nomeação de candidato aprovado em concurso público”. Esse entendimento vem sendo, em boa hora, relativizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Se o Poder Público realiza o concurso, que é um procedimento oneroso, é porque necessita de pessoal para preenchimento dos cargos vagos. Não tem sentido e contraria o princípio da razoabilidade o Poder Público deixar de nomear os candidatos aprovados em consonância com o edital. Menos justificável ainda é a hipótese cogitada no inciso IV do artigo 37 da Constituição, em que a Administração Pública inicia outro concurso público quando existem candidatos habilitados em concurso anterior.

A mudança de entendimento explicitou-se no reconhecimento paulatino de hipóteses de direito subjetivo à nomeação, que foram sendo ampliadas pouco a pouco, até se chegar ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial atual.

O objetivo deste artigo é analisar a mudança no posicionamento e a evolução jurisprudencial a respeito do tema após a promulgação da CRFB/1988 e a consolidação do Estado de Direito no Brasil, com destaque para a importância do princípio da segurança jurídica, na vertente da proteção à confiança, para a consolidação dessa mudança.

Inicialmente, são apresentados aspectos gerais do concurso público. Na sequência, trata-se do princípio da proteção à confiança, com considerações acerca de seu surgimento e aplicação no Direito Administrativo. Posteriormente, realiza-se exame minucioso da jurisprudência dos tribunais superiores, no que diz respeito ao direito subjetivo à nomeação, antes e depois da promulgação da CRFB/1988, com enfoque na tutela da confiança. O método de trabalho adotado foi, especialmente, a análise jurisprudencial, complementada pelo estudo da doutrina.

2 Considerações gerais sobre o concurso público

A regra do concurso público está expressamente prevista no art. 37, II, da CRFB/1988, acima transcrito, sendo a aprovação

em concurso público, portanto, requisito obrigatório para a investidura em cargo ou emprego público, à exceção das hipóteses que serão oportunamente mencionadas.

O jurista José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 632) apresenta o seguinte conceito de concurso público:

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

O concurso público é, portanto, a forma que a Administração Pública utiliza para recrutar os servidores e empregados públicos que irão compor o seu quadro de pessoal. Trata-se de forma isonômica de recrutamento, pois permite a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos exigidos para o cargo ou emprego público.

Por isso, ainda que possa conter falhas, é a melhor forma até hoje encontrada para selecionar candidatos que desejam trabalhar na Administração Pública, uma vez que utiliza o sistema do mérito para escolher os candidatos mais bem preparados, em igualdade de condições na disputa, evitando favoritismos ou apadrinhamentos. Para Diogenes Gasparini (2007 *apud* CARVALHO, 2010), o concurso público seria a melhor forma de seleção de pessoal se comparado a outras formas já utilizadas ao longo da história,

na medida em que não constitui um sistema meramente aleatório como o sorteio; não trata o cargo público como objeto mercantil ou de sucessão hereditária, como o arrendamento, a compra e venda e a herança; não adota como critério de escolha do agente público a valoração puramente discricionária e de natureza eminentemente político-econômica, como a livre nomeação e a eleição. (GASPARINI, 2007, p. 6 *apud* CARVALHO, 2010, p. 112).

Ressalta-se, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 610), que a expressão “concurso público”, contida no dispositivo cons-

titucional, significa que o procedimento do concurso possui abrangência em relação a todos os eventuais interessados, não mais se admitindo os chamados concursos internos, muito comuns antigamente, nos quais somente concorriam candidatos já pertencentes ao quadro de pessoal da Administração Pública. Atualmente, portanto, são vedados institutos como a transposição (ou ascensão), a transferência e a readmissão. Se o servidor é ocupante de determinada carreira do serviço público, não pode ser transferido para carreira diversa sem que tenha sido aprovado no concurso da nova carreira almejada. Nesse sentido, o enunciado de Súmula n. 685² do STF:

é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo não ser possível restringir injustificadamente a participação de candidato em concurso público, a exemplo das súmulas 684³ e 686⁴, que determinam, respectivamente, que “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público” e que “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

Enfim, o recrutamento de servidores para trabalhar na Administração Pública deve ser feito, em regra, por meio de concurso público, excetuados os casos previstos na própria CRFB/1988: funções de confiança (embora não haja concurso para as funções de confiança

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 685*. Diário de Justiça, Brasília, 9 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=685.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 684*. Diário de Justiça, Brasília, 9 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=684.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 686*. Diário de Justiça, Brasília, 9 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=686.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

em si, elas só podem ser preenchidas por ocupantes de cargo efetivo, e que, portanto, prestaram concurso para o cargo) e cargos em comissão (art. 37, II e V), contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX), nomeação de membros dos tribunais (arts. 73, § 2º, 94, 101, 104, parágrafo único, II, 107, 111-A, 115, I, 119, II, 120, III, e 123) e aproveitamento no serviço público de ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 638).

Os cargos em comissão, embora sejam de livre nomeação e exoneração, devem ser preenchidos, em parte, por servidores de carreira, em um percentual mínimo previsto em lei (art. 37, V, CRFB/1988).

O prazo de validade do concurso público é de até dois anos, prorrogável uma vez por igual período, nos termos do art. 37, III, da CRFB/1988. A expressão “igual período” significa que a prorrogação, caso ocorra, deve ser equivalente ao período inicialmente previsto para a validade do concurso, ou seja, se a validade do concurso é de um ano, ele pode ser prorrogado uma única vez por mais um ano; se é de dois anos, pode ser prorrogado uma única vez por dois anos, por exemplo.

A Administração não é obrigada a prorrogar o concurso, mas, caso queira, deve fazê-lo antes do vencimento do prazo de validade. A prorrogação realizada posteriormente é ilegal, devendo ser desfeita. O fim do prazo de validade gera a caducidade do concurso.

Dentro do prazo de validade, o candidato aprovado possui prioridade na convocação em relação a novos concursados, aprovados em concurso realizado posteriormente. É o que determina o art. 37, IV, da CRFB/1988: 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.

Salienta-se que o direito de preferência somente abrange o candidato efetivamente aprovado no certame, ou seja, aquele que foi aprovado em todas as fases. Se o candidato foi aprovado em uma fase do concurso, mas não passou para a etapa subsequente, porque

estava fora do número de classificados que passariam para a fase posterior, não possui direito a precedência na convocação. Nesse sentido, o julgamento proferido pelo STF no RMS 23.547/DF⁵.

Em suma, nada impede que, durante o prazo de validade de um concurso público, outro seja realizado, com posterior aprovação dos respectivos candidatos. Contudo, o que não se permite é que os candidatos aprovados nesse segundo concurso sejam convocados com precedência em relação aos candidatos aprovados no primeiro concurso durante o prazo de validade dele, tema que será aprofundado adiante, quando se fizer referência ao direito à nomeação em casos de preterição na ordem de classificação.

3 Princípio da proteção à confiança

A nomeação de candidato aprovado em concurso público deve estar em consonância com o postulado da segurança jurídica. Não é possível conceber a existência de um Estado de Direito sem o corolário da segurança jurídica, sendo esta um subprincípio daquele.

O princípio da segurança jurídica possui hierarquia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro e se divide em dois aspectos, o objetivo e o subjetivo. No aspecto objetivo, a segurança jurídica é revelada nos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, expressamente previstos no art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O aspecto subjetivo, por sua vez, materializa-se no princípio da proteção à confiança, que tutela a fidúcia que o cidadão deposita na atuação estatal.

Proteger a confiança que o particular, de boa-fé, colocou na atuação estatal é uma forma de equilibrar os poderes da Administração

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso de Mandado de Segurança 23.547/DF*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Diário de Justiça, Brasília, 5 dez. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116020>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Pública com os direitos individuais dos cidadãos e de garantir maior segurança e estabilidade às relações jurídicas travadas com o Poder Público.

Almiro do Couto e Silva (2005, p. 7-8), em obra precursora sobre a proteção à confiança no Brasil, explicita a origem desse princípio, que surgiu na Alemanha, por construção da jurisprudência. Consolidou-se a partir da segunda metade do século XX, principalmente após decisão judicial proferida pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 14 de novembro 1956. O caso se referia à viúva de um funcionário público, que mudou seu endereço de Berlim Oriental para Berlim Ocidental sob a promessa estatal de recebimento de pensão. A viúva recebeu o benefício por um ano, período após o qual a pensão foi cortada por motivo de ilegalidade na sua concessão. O Superior Tribunal Administrativo de Berlim entendeu que, embora houvesse ilegalidade na concessão do benefício, no caso deveria prevalecer a proteção da confiança em detrimento da legalidade. A decisão foi mantida pelo Tribunal Administrativo Federal em acórdão datado de 15 de outubro de 1957. As duas decisões abriram caminho para que diversas outras fossem proferidas no mesmo sentido.

Posteriormente, a Lei de Processo Administrativo alemã, editada em 1976, previu a aplicação do princípio da proteção à confiança. Ainda na década de 1970, o Tribunal Federal Constitucional alemão reconheceu o valor constitucional do princípio.

Paralelamente, entre 1957 e 1978, o princípio ganhou forma e se consolidou na União Europeia, onde é conhecido como princípio da proteção à confiança legítima, passando a fundamentar decisões da Corte de Justiça das Comunidades Europeias como “regra superior de Direito” e “princípio fundamental do direito comunitário” (CALMES, 2001, p. 24 *apud* SILVA, 2005, p. 7-8).

No Brasil, Almiro do Couto e Silva (2005, p. 14-15) aponta três importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, que seriam “as primeiras da nossa mais alta Corte de Justiça a reconhecer a segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, como princípio constitucional”. Trata-se dos acórdãos Pet 2.900 QO/

RS⁶, MS 24.268/MG⁷ e MS 22.357/DF⁸, todos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Por sua vez, no tocante à previsão legal do princípio da proteção à confiança no direito pátrio, pode-se afirmar que as leis n. 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), n. 9.868/1999 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade) e n. 9.882/1999 (Lei da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental), embora não tenham feito referência explícita à proteção da confiança, utilizaram o vocábulo “segurança jurídica” na acepção subjetiva do princípio. É dizer, referiram-se à segurança jurídica na vertente da proteção da confiança.

Além disso, o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, ao tratar das disposições gerais acerca dos processos nos tribunais, menciona expressamente o princípio no § 4º do art. 927:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da *proteção da confiança* e da isonomia. (Grifo nosso).

-
- 6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Questão de Ordem na Petição 2.900/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 1 ago. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86525>. Acesso em: 10 jan. 2019.
 - 7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.268/MG*. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 17 set. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 10 jan. 2019.
 - 8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 22.357/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 5 nov. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85726>. Acesso em: 10 jan. 2019.

A previsão é bastante significativa e demonstra a expressividade que a tutela da confiança vem ganhando no ordenamento jurídico brasileiro.

Referido princípio tutela, portanto, a confiança legítima depositada pelo cidadão na atuação da Administração Pública, a qual deve ser apta a gerar sensação de estabilidade jurídica, deve ser protegida em face de mudanças abusivas no agir estatal.

No campo dos concursos públicos, o princípio vem sendo aplicado para garantir o direito à nomeação de candidatos aprovados, que acreditaram na postura da Administração ao lançar edital, demonstrando a necessidade de preencher cargos vagos em seu quadro de pessoal, além de se comportarem conforme essa crença, dedicando-se arduamente aos estudos. Tutela-se a expectativa legítima dessas pessoas, não podendo o ente público, injustificadamente, esquivar-se de nomear os aprovados.

4 Direito subjetivo à nomeação

Como explicitado alhures, o concurso público é o procedimento realizado para a seleção das pessoas que comporão o quadro de pessoal da Administração, ocupando cargos e empregos públicos. Ao final do procedimento, divulga-se a lista dos aprovados, que podem ser nomeados desde a homologação do certame até o fim do seu prazo de validade.

Surge, nesse contexto, o questionamento acerca da existência, ou não, de um direito à nomeação do candidato aprovado, especialmente considerando a fidúcia do particular na atuação administrativa e o corolário dever de boa-fé do ente público. A matéria foi alvo de muita discussão ao longo dos anos, a ponto de a jurisprudência dos tribunais superiores, a qual inicialmente não admitia a existência de um direito subjetivo à nomeação, mas tão somente de uma expectativa de direito, ir evoluindo, para, hoje, reconhecer a sua existência em algumas hipóteses.

4.1 Direito subjetivo à nomeação antes da Constituição da República de 1988

O entendimento clássico predominante nessa matéria, antes da promulgação da Constituição da República de 1988, era o de que o candidato aprovado em concurso público possuía mera expectativa de direito, tendo a Administração Pública discricionariedade para decidir quanto à sua nomeação. Citam-se, como exemplos, os seguintes julgados do STF: RMS 4.643⁹, MS 18.571¹⁰ e RE 116.044-6¹¹. Da última decisão mencionada, destaca-se o seguinte excerto da ementa:

Concurso público. A aprovação em concurso não gera direito absoluto à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. *In casu*, não demonstraram os impetrantes do mandado de segurança que até o dia final da validade do concurso (quatro anos) tenha ocorrido o preenchimento de vagas sem observância da classificação dos candidatos aprovados. Assim sendo, aplica-se a regra de § 3º, do art. 97, da Constituição da República.

Nesse mesmo sentido também se posicionava a doutrina, a exemplo de Hely Lopes Meirelles (1966, p. 365):

Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo disputado.

Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança 4643/SP*. Relator: Min. Henrique d'Ávila, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 22 out. 1959. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=105332>. Acesso em: 10 jan. 2019.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 18.571/DF*. Relator: Min. Adalício Nogueira, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 9 maio 1969. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84595>. Acesso em: 10 jan. 2019.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 116.044-6/AM*. Relator: Min. Djaci Falcão. Diário de Justiça, Brasília, 9 dez. 1988. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206085>. Acesso em: 10 jan. 2019.

a Administração se disponha a prover o cargo, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discricção do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato, que não o vencedor do concurso.

Apenas se admitia, então, o direito à nomeação em caso de preterição na ordem de classificação.

Ilustrativa de tal entendimento é a lição de Francisco Mauro Dias e Theophilo Antonio Miguel Filho que, embora tenha sido publicada no ano de 2002 – após a CRFB/1988, portanto –, reflete o posicionamento clássico a respeito da matéria:

Tanto aos aprovados classificados quanto aos aprovados não classificados reconhece-se direito subjetivo tão-somente à estrita observância da ordem classificatória para que se proceda à nomeação, porque a este direito corresponde o dever jurídico da Administração Pública em manter imaculado o Princípio Constitucional da Impessoalidade e Moralidade, insculpidos no *caput* do artigo 37 da Carta Magna.

Possuem mera expectativa de direito à nomeação, segundo a análise meritória da conveniência e oportunidade da prática do ato. Lesão apta a ensejar tutela jurisdicional só surgirá se e quando for inobservada a ordem de classificação. (DIAS; MIGUEL FILHO, 2002, p. 180-181).

O raciocínio que subjaz a essa linha interpretativa é o de que, quando a Administração preenche o cargo em desrespeito à ordem de classificação, seja porque nomeia candidato aprovado em posição inferior, seja porque o preenche com indivíduo não aprovado em concurso, seja porque nomeia candidato aprovado em concurso posterior, durante o prazo de validade de certame anterior, surge para o candidato aprovado o direito a ser nomeado. Ao preterir o candidato, a Administração demonstra publicamente a necessidade de ocupar o cargo vago, o que faz desaparecer sua margem de conveniência e oportunidade, e surgir, paralelamente, o direito à nomeação do candidato preterido.

Segundo esse entendimento, em relação à nomeação de candidatos de concurso posterior, nota-se que os candidatos aprovados

no primeiro certame possuem precedência não só em relação às vagas ofertadas no edital, mas também em relação às demais vagas que surgirem durante o prazo de validade do concurso. Na hipótese, o direito decorre diretamente do art. 37, IV, da CRFB/1988, que assim dispõe:

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.

Além da previsão constitucional, o reconhecimento do direito à nomeação em caso de preterição foi sedimentado no enunciado n. 15 da Súmula do STF¹², aprovada em 13 de dezembro de 1963: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito a nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Contudo, não ocorre preterição caso a nomeação do candidato seja feita por determinação judicial, conforme decidiu o STF em julgados posteriores à Constituição da República de 1988: Ag. Rg. no AI 373.054-8¹³, RMS 23.227¹⁴ e RMS 23.056¹⁵.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 15*. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=15.NUME.%20NAO%20FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 373.054-8/SP*. Relator: Min. Ellen Gracie. Diário de Justiça, Brasília, 27 set. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305657>. Acesso em: 10 jan. 2019.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 23.227/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 18 jun. 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115961>. Acesso em: 10 jan. 2019.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 23.056/DF*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Diário de Justiça, Brasília, 12 mar. 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115932>. Acesso em: 10 jan. 2019.

É possível encontrar acórdãos isolados, anteriores à CRFB/1988, no sentido de que também haveria direito subjetivo à nomeação quando lei ou regulamento previssem tal direito, inclusive com prazo para provimento. É o caso do julgamento pelo STF dos Embargos à Apelação Cível n. 7.387¹⁶, de relatoria do ministro Orozimbo Nonato:

Exausto o prazo de validade do concurso, não pode o concorrente alegar direito adquirido ao fito de reclamar a nomeação, pois que apenas lhe assiste, no caso, uma *spes iuri*, ainda na fórmula da antiga Introdução do Código Civil, *a não ser que aquele direito encontre nascente em texto de lei* ou no caso de preterição ilegal, quando, no prazo de validade do concurso, ocorre nomeação indébita. (Grifo nosso).

No mesmo sentido, o julgamento do RE 64.798¹⁷:

A discricção do Poder Executivo no prover dos cargos administrativos existe, salvo quando a lei ou regulamento marcam prazo para o provimento. Direito líquido e certo à nomeação.

No entanto, anos mais tarde, já na vigência da CRFB/1988, o STF proferiu decisão no sentido de ser inconstitucional dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que criava direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas e fixava prazo de cento e oitenta dias para a nomeação. Entendeu a Suprema Corte que a previsão contrariava o princípio da separação dos poderes e o art. 61, § 1º, II, c, da CRFB/1988, que prevê a iniciativa privativa do presidente da República para leis que disponham sobre o provimento de cargos dos servidores

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos à Apelação Cível 7.387/PE*. Relator: Min. Orozimbo Nonato, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 7 nov. 1944. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31037>. Acesso em: 10 jan. 2019.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). *Recurso Extraordinário 64.798/GO*. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Diário de Justiça, Brasília, 23 ago. 1968. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=161579>. Acesso em: 10 jan. 2019.

públicos. O entendimento foi externado nos seguintes julgamentos: RE 229.450¹⁸, RE 191.089¹⁹ e ADI 2.931²⁰. Transcreve-se, por ora, excerto da ementa do RE 191.089:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 229.450, Relator Ministro Maurício Corrêa, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 77, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que cria direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas do edital do certame, e impõe a nomeação no prazo de cento e oitenta dias, por inobservância do princípio da reserva da iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, c). Recursos conhecidos e providos.

4.2 Direito subjetivo à nomeação depois da Constituição da República de 1988

Com o advento da Constituição de 1988, doutrina e jurisprudência passaram paulatinamente a reconhecer o direito subjetivo à nomeação do candidato.

A consolidação do Estado Democrático de Direito e do postulado da segurança jurídica exigia a mudança de posicionamento; afinal, quando a Administração organiza um concurso público, faz surgir no candidato interessado em participar do certame a confiança de que aquele ente, órgão ou entidade pública necessita de servidores para compor o seu quadro de pessoal.

Diante disso, o candidato se prepara, reúne esforços e se dedica aos estudos até alcançar a aprovação almejada. Não é razoável, e gera inse-

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 229.450/RJ*. Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 30 ago. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252992>. Acesso em: 10 jan. 2019.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 191.089/RJ*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Diário de Justiça, Brasília, 28 abr. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=231990>. Acesso em: 10 jan. 2019.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.931*. Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 29 set. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266957>. Acesso em: 10 jan. 2019. O julgamento dessa ADI será abordado em momento posterior.

gurança jurídica, imaginar que, ao final do concurso, a Administração Pública não nomeie nenhum dos candidatos aprovados. Até porque, além do empenho dedicado pelo candidato, o Poder Público despendeu recursos financeiros e mão de obra para a realização do certame e não faria sentido todo esse gasto se não tivesse a intenção de nomear os aprovados, o que feriria, claramente, o princípio da eficiência, entre outros princípios.

A nova ordem constitucional gerou reflexos nos tribunais superiores. Na década de 1990, ainda se encontravam muitas decisões reafirmando o entendimento jurisprudencial clássico, a exemplo dos seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, tribunal criado pela CRFB/1988: RMS 1.174/SP²¹, RMS 4.125/SP²², RMS 1.854/RS²³, REsp 93.428/BA²⁴, RMS 10.009/MG²⁵ e RMS 9.635/RJ²⁶. Cita-se a ementa do acórdão proferido no RMS 1.174:

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 1.174/SP*. Relator: Min. José de Jesus Filho. Diário de Justiça, Brasília, 25 maio 1992. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100144568&dt_publicacao=25-05-1992&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 4.125/SP*. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário de Justiça, Brasília, 31 out. 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400051980&dt_publicacao=31-10-1994&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 1.854/RS*. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Diário de Justiça, Brasília, 19 dez. 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200161979&dt_publicacao=19-12-1994&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial 93.428/BA*. Relator: Min. Vicente Leal. Diário de Justiça, Brasília, 21 out. 1996. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600231745&dt_publicacao=21-10-1996&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 10.009/MG*. Relator: Min. Vicente Leal. Diário de Justiça, Brasília, 9 nov. 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800555560&dt_publicacao=09-11-1998&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 9.635/RJ*. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário de Justiça, Brasília, 29 mar. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/>

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. A aprovação e classificação em concurso público confere ao candidato apenas expectativa de direito à nomeação. Recurso desprovido.

No entanto, com o passar do tempo, o STJ passou a proferir decisões reconhecendo o direito à nomeação de candidatos, a exemplo das seguintes: RMS 15.034/RS²⁷, RMS 15.945/MG²⁸, RMS 26.507/RJ²⁹, RMS 27.311/AM³⁰ e Ag. R.g. no RMS 30.308/MS³¹. Todos esses julgados reconhecem o direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital.

Transcreve-se trecho da ementa do RMS 27.311/AM, que destaca a ocorrência de lesão ao princípio da segurança jurídica

mediado/?num_registro=199800248404&dt_publicacao=29-03-1999&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

- 27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 15.034/RS*. Relator: Min. Felix Fischer. Diário de Justiça, Brasília, 29 mar. 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=456412&num_registro=200200755227&data=20040329&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 15.945/MG*. Relator: Min. Paulo Medina. Diário de Justiça, Brasília, 20 fev. 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=553583&num_registro=200300285333&data=20060220&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 26.507/RJ*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 out. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=819590&num_registro=200800529911&data=20081020&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 27.311/AM*. Relator: Min. Jorge Mussi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 8 set. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=899689&num_registro=200801519642&data=20090908&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 30.308/MS*. Relator: Min. Felix Fischer. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 mar. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=945877&num_registro=200901651533&data=20100315&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

na hipótese em que a Administração deixa transcorrer o prazo de validade do concurso sem proceder à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas:

1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação. [...]. 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.* (Grifo nosso).

O STJ passou também a proferir decisões no sentido de reconhecer o direito à nomeação nos casos em que a Administração promove contratação precária de pessoal para exercer as atividades próprias do cargo para o qual existem aprovados em concurso público. Tomem-se, como exemplos, as seguintes decisões: RMS 16.489/PR³², RMS 18.338/MS³³, RMS 13.719/TO³⁴, REsp 237.712/RS³⁵ e REsp 154.584/RN³⁶.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 16.489/PR*. Relator: Min. Og Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 nov. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=833076&num_registro=200300935141&data=20081110&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 18.338/MS*. Relator: Min. Felix Fischer. Diário de Justiça, Brasília, 29 nov. 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=509255&num_registro=200400609729&data=20041129&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 13.719/TO*. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Diário de Justiça, Brasília, 26 abr. 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=420607&num_registro=200101187456&data=20040426&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial 237.712/RS*. Relator: Min. Vicente Leal. Diário de Justiça, Brasília, 15 maio 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199901017106&dt_publicacao=15-05-2000&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial 154.584/RN*. Relator: Min. Gilson Dipp. Diário de Justiça, Brasília, 7 fev. 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também adotou, nos primeiros anos que se sucederam à nova ordem constitucional, o posicionamento clássico em alguns julgados, tais como MS 21.870/DF³⁷ e Ag. Reg. no RE 421.938/DF³⁸. Paralelamente, contudo, em outras decisões, ampliou, aos poucos, as hipóteses em que reconhece o direito subjetivo à nomeação. Manteve a redação da Súmula n. 15, já mencionada, e, ao longo dos anos, evoluiu para o reconhecimento de outras hipóteses.

Passou a admitir tal direito nos casos em que existe recusa arbitrária da Administração em realizar a nomeação para cargos cuja necessidade de provimento resta comprovada, nomeando apenas parte dos aprovados e deixando escoar o prazo de validade do concurso para viabilizar a nomeação de candidatos em concurso posterior. No caso concreto, enfrentado pelo STF, o certame previa o preenchimento das vagas existentes e das que surgissem no prazo de validade do concurso. A Administração nomeou apenas parte dos aprovados e indeferiu, arbitrariamente, a prorrogação do concurso. A decisão foi proferida no julgamento do RE 192.568/PI³⁹. Veja-se elucidativo trecho da ementa:

O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge

registro=199700808394&dt_publicacao=07-02-2000&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 21.870/DF*. Relator: Min. Carlos Velloso Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 19 dez. 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85628>. Acesso em: 10 jan. 2019.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 421.938/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça, Brasília, 2 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=342261>. Acesso em: 10 jan. 2019.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 192.568/PI*. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 13 set. 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232841>. Acesso em: 10 jan. 2019.

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).

O STF também passou a reconhecer o direito à nomeação nos casos em que a Administração se recusa a chamar os candidatos aprovados em concurso, mas, ao mesmo tempo, promove contratação de pessoal a título precário para exercer as funções inerentes ao cargo cujas vagas foram disponibilizadas no concurso. Julgamento, nesse sentido, foi proferido no RE 273.605/SP⁴⁰:

Recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. [...]. 2. Acórdão que negou provimento à apelação, assentando a inexistência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso para provimento de cargo de Professor Assistente. 3. Criação de dois cargos de Professor Assistente no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, quando se encontrava em pleno curso o tempo de eficácia do concurso público. Ocorrência de contratação de professores e renovação de contrato. 4. Precedente da Turma no RE 192.569-PI, em que se assegurou a nomeação de concursados, eis que existentes vagas e necessidade de pessoal. 5. Constituição, art. 37, IV. Prequestionamento verificado. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 273.605/SP*. Relator: Min. Néri da Silveira. Diário de Justiça, Brasília, 28 jun. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259529>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Outra importante decisão da Suprema Corte é a referente ao RMS 23.657/DF⁴¹, na qual foi reconhecido o direito à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas do edital:

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - VAGAS - PREENCHIMENTO. O anúncio de vagas no edital de concurso gera o direito subjetivo dos candidatos classificados à passagem para a fase subsequente e, alfim, dos aprovados, à nomeação. Precedente: Recurso Extraordinário n. 192.568-0/PI, Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de setembro de 1996.

Florivaldo Dutra de Araújo (2010, p. 90) ressalta, todavia, a particularidade do julgamento em questão, à época em que ocorrido:

Contudo, o caso julgado nesse processo guarda uma particularidade. É que as normas editalícias previam um Curso de Formação como segunda fase do certame, ao qual teriam acesso os candidatos classificados nas posições correspondentes ao dobro do número de vagas previstas. Mas também se previa que os candidatos aprovados na primeira fase poderiam participar da segunda fase para fins de provimento não só das vagas já fixadas, mas daquelas estabelecidas em outros editais que viessem a ser publicados. Com base nisso, aberto novo concurso e negado o direito de continuidade na disputa dos candidatos aprovados na primeira etapa do certame anterior, ambas as Turmas do STF entenderam que esses candidatos tiveram ferido seu direito de precedência e determinaram que ele fosse observado.

Em relação à previsão de direito à nomeação em lei ou regulamento, como já mencionado, o STF chegou a proferir decisões admitindo a existência do direito nesses casos. Posteriormente, no entanto, passou a entender de forma diversa, a exemplo do julgamento do RE 229.450, no qual houve declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 77, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que previa o direito à nomeação, no prazo máximo de cento e oitenta dias, do candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 23.657/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 9 nov. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116031>. Acesso em: 10 jan. 2019.

O mesmo entendimento se repetiu no julgamento do RE 191.089/RJ, supramencionado, e foi confirmado na ADI 2.931, em que o STF declarou inconstitucional o referido art. 77, VII.

A Suprema Corte entendeu, por maioria de votos, que a previsão do direito à nomeação na Constituição do Estado do Rio de Janeiro violava o princípio da separação de poderes, pois, nos termos do art. 61, § 1º, inciso II, alínea c, da CRFB/1988, é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo a lei que dispunha sobre servidores públicos, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.

Além disso, consignou-se no julgamento que, muito embora o candidato aprovado em concurso tenha o direito à nomeação, segundo a ordem de classificação, dentro do prazo de validade do edital, e tenha, ainda, o direito de preferência em relação aos aprovados em concurso posterior, desde que não escoado o prazo de validade do primeiro, a Administração possui discricionariedade para realizar a nomeação, dentro desses parâmetros. Em outras palavras, o Poder Público dispõe de conveniência e oportunidade para decidir o momento em que irá convocar o candidato, dentro do prazo de validade do certame, que está expressamente previsto na CRFB/1988, sendo inconstitucional a previsão em lei ou constituição estadual de um prazo para nomeação.

No julgamento do RE 227.480/RJ⁴², o STF entendeu existir direito subjetivo à nomeação no caso em que a Administração deixou escoar o prazo de validade do concurso sem nomear os aprovados e, passados apenas quinze dias do fim do prazo de validade, realizou concurso interno para preenchimento, por ascensão funcional, das vagas existentes. Veja-se excerto da ementa do acórdão:

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 227.480/RJ*. Relatora para o acórdão: ministra Cármen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601216>. Acesso em: 10 jan. 2019.

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.

Interessante destacar o seguinte trecho do voto do ministro Carlos Ayres Britto, que aponta a importância da proteção da confiança do cidadão, e do candidato, no caso em análise:

Em suma, se é verdade que os candidatos aprovados em concurso público, em se tratando de conveniência e oportunidade da nomeação, estão sujeitos à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro é que essa discricionariedade é de ser exercida legitimamente. Ora, os candidatos não podem ficar reféns de conduta que, deliberadamente, deixa escoar o prazo de validade do concurso para, em seguida, prover os cargos mediante nomeação de novos concursados ou, o que é muito pior, por meio de inconstitucional provimento derivado. O exercício do poder discricionário da Administração Pública se funda também na lealdade, esta como um dos conteúdos do princípio da moralidade. *Lealdade, como proteção da confiança do administrado, portanto.* (Grifo nosso).

Emblemática foi a decisão tomada em sede de Repercussão Geral, tema 161, em que o STF fixou o entendimento de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação. É dizer, se o edital do concurso público prevê um determinado número de vagas, a Administração está obrigada a nomear, durante o prazo de validade do concurso, todos os candidatos aprovados dentro desse número. O momento da nomeação pode ser definido pela Administração, desde que seja dentro do prazo de validade do certame.

Afinal, se o próprio ente público expressou publicamente que necessita, no mínimo, do número de servidores equivalente às vagas do edital, não pode deixar de nomeá-los, sob pena de violação aos princípios da proteção à confiança, razoabilidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, entre outros. A publicação do

edital com o número de vagas gera um dever de nomeação para a Administração Pública, que, por sua vez, faz surgir o correlato direito à nomeação do candidato.

Trata-se do julgamento proferido no RE 598.099/MS⁴³, em 10 de agosto 2011, do qual se extrai o seguinte trecho da ementa do acórdão:

I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. [...] II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. [...] Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

Interessante notar que, no julgado, a Suprema Corte destaca a importância do princípio da proteção à confiança para o embasamento da tese do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas do edital. Quando a Administração Pública lança um edital de concurso público com um determinado número de vagas, demonstra publicamente a necessidade do provimento daqueles cargos, e cria no candidato

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 598.099/MS*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 3 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628215>. Acesso em: 10 jan. 2019.

que se inscreve no certame a expectativa de que tais vagas serão preenchidas. O candidato deposita sua confiança no comportamento racional e estável do Poder Público.

Assim, a Administração tem o dever de agir de boa-fé e seguir as regras do edital, nomeando os aprovados dentro do número de vagas por ela ofertadas, em observância ao princípio da segurança jurídica, na vertente da proteção à confiança. A incidência do princípio da proteção à confiança garante a existência de direito subjetivo à nomeação, impondo limites ao agir estatal arbitrário. Ao mesmo tempo, a garantia do direito à nomeação se coaduna com a regra constitucional do concurso público e com os princípios da publicidade, isonomia, transparência e impessoalidade.

A recusa à nomeação somente se justifica em situação excepcional, que seja superveniente, imprevisível, grave e em que a ausência de nomeação seja realmente necessária. A superveniência significa que o fato impeditivo da nomeação deve ser posterior à publicação do edital. A imprevisibilidade evidencia que o fato deve ser extraordinário e que não poderia ter sido previsto à época da publicação do edital. A gravidade, por sua vez, indica que o fato deve ser extremamente penoso, a ponto de implicar onerosidade excessiva, dificuldade ou impossibilidade de se realizar a nomeação. Por fim, a necessidade denota que a medida de não nomear os aprovados deve ser indispensável, por não haver outra forma menos gravosa de solucionar o fato excepcional e imprevisível. O julgado ressalta, ainda, que a decisão de não nomear os aprovados dentro do número de vagas do edital deve ser sempre motivada, e pode ser alvo de controle pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, encontra-se decisão relativamente recente, agora do STJ, no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas não terá direito subjetivo à nomeação se o edital previr que essas vagas serão preenchidas conforme disponibilidade orçamentária:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO. ART. 37, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRATAÇÃO TEMPO-

RÁRIA. LEI ESTADUAL N. 500/74. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO, TENDO EM VISTA EXPRESSA PREVISÃO NO EDITAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE PREENCHIMENTO DE NÚMERO INFERIOR OU SUPERIOR ÀS VAGAS COLOCADAS EM CERTAME.

Por sua vez, o candidato aprovado fora do número de vagas, em princípio, não possui direito à nomeação. Nesse sentido, o trecho do voto do relator ministro Mauro Campbell Marques, do STJ, no julgamento do Ag. Rg. nos EDcl nos EDcl no Ag 1.398.319/ES⁴⁴:

A orientação jurisprudencial desta Corte Superior reconhece a existência de direito líquido e certo à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. Por outro lado, eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública.

E, na mesma linha, as seguintes decisões do STJ: RMS 33.875/MT⁴⁵ e Ag. Rg. no REsp 1.234.880/RS⁴⁶.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 1.398.319/ES*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 9 mar. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1126708&num_registro=201100269604&data=20120309&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 33.875/MT*. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 jun. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1156164&num_registro=201100369268&data=20120622&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1.234.880/RS*. Relator: Min. Humberto Martins. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1098688&num_registro=201100244901&data=20111027&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

Contudo, no julgamento do RE 581.113/SC⁴⁷, o STF decidiu que a Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação.

Assim:

Na hipótese de haver novas vagas, prestes a serem preenchidas, e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso.

No caso concreto, houve a criação de novos cargos antes do escoamento do prazo de validade do concurso e, além disso, a Administração optou por não prorrogar o certame. Interessante notar a particularidade da situação, pois, à época, o presidente do Tribunal Superior Eleitoral pleiteou a aprovação da lei que criaria os novos cargos e, quando isso ocorreu, havia concurso público vigente, o qual não foi aproveitado para o preenchimento dos cargos vagos previstos para o ano de 2004. A intenção do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, ao não prorrogar o concurso, era manter no órgão os servidores requisitados, alegando que eles possuíam mais experiência e se tratava de ano eleitoral e, posteriormente, seria aberto novo concurso para o preenchimento daquelas vagas. Nesse julgado, o STF reconheceu o direito à nomeação dos candidatos em relação às vagas que surgiram durante o prazo de validade do concurso.

Encontra-se, ainda, decisão do STJ no sentido de que, embora surjam novas vagas dentro do prazo de validade do concurso, o

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 581.113/SC*. Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623580>. Acesso em: 10 jan. 2019.

candidato aprovado fora do número de vagas inicialmente previstas permanece sem direito a nomeação em caso de indisponibilidade orçamentária, conforme julgamento do RMS 37.700/RO⁴⁸:

CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DAS NOMEAÇÕES. COMPROVAÇÃO.

Outrossim, o STJ já decidiu pela existência de direito à nomeação quando o edital oferece, juntamente com as vagas expressamente previstas, outras vagas que surgirem dentro do prazo de validade do concurso. A esse respeito, menciona-se a decisão proferida pelo STJ no MS 18.881⁴⁹:

4. *In casu*, a impetrante foi classificada na 81^a posição para o cargo de Administrador da Advocacia-Geral da União, cujo Edital previu originária e expressamente a existência de 49 vagas, acrescidas dos cargos que vagarem durante o período de validade do concurso público; diante da existência de 45 cargos vagos, além daqueles 49 referidos, impõe-se reconhecer o direito líquido e certo da impetrante à nomeação e posse no cargo para o qual foi devidamente habilitada dentro do número de vagas oferecidas pela Administração.

Ressalta-se que o STF proferiu recente decisão sobre a questão do candidato aprovado fora do número de vagas do edital, no julgamento do RE 837.311/PI – Repercussão Geral, ocorrido em 9 de dezembro de 2015, que será apresentado de forma mais detalhada adiante.

48 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 37.700/RO*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 abr. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221590&num_registro=201200829442&data=20130410&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança 18.881*. Relator: Min. Napoleão Maia Filho. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 5 dez. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25898145&num_registro=201201553453&data=20121205&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

Caso o edital não preveja um número determinado de vagas, entende-se que, ao menos, o candidato aprovado em primeiro lugar possui direito à nomeação. Até porque, como mencionado alhures, somente faz sentido a Administração promover um concurso público se tiver a intenção de nomear os aprovados, a menos que haja situação excepcional devidamente justificada para a ausência de nomeação. Nesse sentido, a decisão do STJ no AgRg no RMS 33.426⁵⁰:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA O QUADRO DE CARREIRA DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CANDIDATA APROVADA EM PRIMEIRO LUGAR. DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELO STF NO JULGAMENTO DO RE 598.099/MS. AGRAVO IMPROVIDO, ACOMPANHANDO O RELATOR.

Na esteira do entendimento que vem sendo adotado pela Suprema Corte, no ano de 2014, a 2ª Turma do STF proferiu decisão conferindo o direito à nomeação ao candidato quando a Administração Pública se utiliza da terceirização para contratar mão de obra que deveria ser preenchida pelos aprovados em concurso público vigente. Trata-se do segundo julgamento no AgRg no RE com Agravo 774.137/BA⁵¹. Na situação fática, a Administração contratou escritório de advocacia terceirizado, quando deveria ter nomeado os aprovados em concurso para o cargo de advogado, ocorrência que ainda é bastante comum na atualidade.

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 33.426*. Rel. para o acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 ago. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1045589&num_registro=201002176950&data=20110830&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Segundo Julgamento no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 774.137/BA*. Relator: Min. Teori Zavascki. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7065463>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Segundo o STF, a terceirização nesses casos é ilícita, e a hipótese equivale à preterição na ordem de classificação, ensejando o direito à nomeação do candidato. Veja-se o seguinte trecho da ementa do acórdão:

3. Conforme orientação pacífica desta Corte, a ocupação precária por terceirização para desempenho de atribuições idênticas às de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, ensejando o direito à nomeação (ARE 776.070-AgR, rel. min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, *DJe* de 22.3.2011; ARE 649.046-AgR, rel. min. LUIZ FUX, Primeira Turma, *DJe* de 13.9.2012). 4. Agravo regimental desprovido.

Em seu voto, o ministro relator Teori Zavascki, citando o precedente do AgRg no AI 776.070/MA⁵², aponta a ocorrência de desvio de finalidade no ato administrativo que se utiliza da terceirização para contratação precária de mão de obra, que deveria ser preenchida com a nomeação dos candidatos aprovados em concurso:

É pacífico nesta Corte o entendimento de que “a ocupação precária, por comissão, terceirização ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inc. IV, da Constituição Federal” (ARE 776.070-AgR, rel. min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, *DJe* de 22.3.2011).

Também terá direito à nomeação o candidato que, embora tenha sido aprovado fora do número de vagas previstas no edital, passa a se enquadrar dentro do número de vagas em decorrência da desistência

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 776.070/MA*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 mar. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620820>. Acesso em: 10 jan. 2019.

de candidato que havia sido classificado dentro das vagas. Veja-se, por exemplo, a decisão proferida pelo STF no ARE 866.016 AgR/PI⁵³:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Candidata aprovada, inicialmente, fora do número de vagas do edital. Desistência de candidato mais bem classificado, passando aquela a figurar dentro do número de vagas previsto no edital. Direito à nomeação. Precedentes.

Decisão semelhante foi proferida no ARE 661.760 AgR/PB⁵⁴.

Nos julgamentos do RE 643.674⁵⁵ e do ARE 675.202 AgR/PB⁵⁶, o STF decidiu que o direito à nomeação

também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior.

No mesmo sentido decidiu a primeira turma do STJ⁵⁷ (BRASIL, 2015), em 18 de agosto 2015:

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 866.016/PI*. Relator: Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 9 jun. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8643042>. Acesso em: 10 jan. 2019.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 661.760/PB*. Relator: Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 out. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4775952>. Acesso em: 10 jan. 2019.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 643.674/AL*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 28 ago. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4388204>. Acesso em: 10 jan. 2019.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 675.202/PB*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 ago. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4366534>. Acesso em: 10 jan. 2019.

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 48.266-TO*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/>

1. A desistência de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital do certame resulta em direito do próximo classificado à convocação para a posse ou para a próxima fase do concurso, conforme o caso.

Constata-se, do exposto, que entendem os tribunais superiores, acertadamente, que, ao prever determinado número de vagas no edital, a Administração demonstra a necessidade e o interesse no seu provimento. Consequentemente, essas vagas devem ser preenchidas, de forma que, se houver desistência do candidato aprovado dentro do número de vagas, surgirá para o candidato aprovado fora do número de vagas, em classificação imediatamente posterior, o direito à nomeação.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, a recentíssima decisão proferida pelo STF, em sede de Repercussão Geral, nos autos do RE 837.311/PI⁵⁸, julgado em nove de dezembro de 2015, Informativos 803⁵⁹ e 811⁶⁰. No julgamento, a Suprema Corte ressaltou que

o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não geraria, automaticamente, um direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, nem mesmo que novo concurso fosse aberto durante a validade do primeiro.

A Administração Pública possui discricionariedade para avaliar a conveniência e oportunidade de prover as vagas que surgirem durante o prazo de validade do concurso.

revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1428736&num_registro=201501026800&data=20150827&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 837.311/PI*. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 abr. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965>. Acesso em: 10 jan. 2019.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 803*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo803.htm#ConcConcpúblico:direito subjeto à nomeação e surgimento de vagas - 1](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo803.htm#ConcConcpúblico:direito%20subjeto%20%C3%A0%20nomea%C3%A7%C3%A3o%20e%20surgimento%20de%20vagas%20-%201). Acesso em: 10 jan. 2019.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 811*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo811.htm#ConcConcpúblico:direito subjeto à nomeação e surgimento de vagas - 4](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo811.htm#ConcConcpúblico:direito%20subjeto%20%C3%A0%20nomea%C3%A7%C3%A3o%20e%20surgimento%20de%20vagas%20-%204). Acesso em: 10 jan. 2019.

Contudo, como bem ressaltou a decisão, isso não significa, de forma alguma, que o administrador é livre para fazer o que bem entender, de forma irresponsável e desarrazoada. Ao contrário, a discricionariedade administrativa deve ser pautada por certas premissas, devendo basear-se nos direitos fundamentais e nos princípios da boa-fé, eficiência, impessoalidade, moralidade e proteção da confiança, que são corolários do Estado de Direito. Veja-se que a proteção à confiança foi, mais uma vez, invocada pela Suprema Corte para delimitar a atuação administrativa no que tange à nomeação em concurso público. Além disso, surgindo novas vagas durante o prazo de validade do concurso, a Administração não pode, simplesmente, deixar escoar tal prazo com o intuito de realizar concurso posterior para o preenchimento dessas vagas. A ausência de nomeação dos aprovados no certame anterior deve ser devidamente motivada.

Assim, o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso não gera automaticamente o direito à nomeação, mas tal direito passará a existir quando a Administração Pública demonstrar, inequivocamente, a necessidade do preenchimento de tais vagas e, não obstante, deixar escoar o prazo de validade de forma injustificada, com o objetivo de nomear os aprovados em certame posterior.

No informativo 811, o STF fixou a seguinte tese:

Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e c) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

Esse julgamento, assim como outros recentemente realizados pelo STF, demonstra a preocupação da Suprema Corte em fixar teses de Repercussão Geral sobre o direito à nomeação, o que auxilia, sobremaneira, na minimização das controvérsias a respeito do tema.

Interessante reflexão é pensar o direito à nomeação sob a perspectiva da grave crise econômica vivenciada pelo Brasil na atua-

lidade. Não raro, tem-se presenciado casos em que os candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital não estão sendo nomeados por falta de disponibilidade orçamentária. Se o prazo de validade desses concursos expirar sem a nomeação dos aprovados dentro do número de vagas, a solução da questão pode ser pensada a partir dos parâmetros fixados no julgamento do RE 598.099, no sentido de que situações excepcionais podem justificar a ausência de nomeação. Mas, para tanto, a circunstância impeditiva deve ser superveniente à publicação do edital, imprevisível, grave a ponto de implicar onerosidade excessiva ou até mesmo impossibilidade de nomeação, e a decisão de não nomear deve ser extremamente necessária, isto é, só deve ser tomada quando não houver outro meio menos gravoso. Tal raciocínio harmoniza-se com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois da Administração também não se pode exigir o impossível. Ademais, salienta-se a exigência de fundamentação da decisão.

5 Conclusão

O Estado de Direito confere direitos e impõe deveres tanto para a Administração Pública quanto para os cidadãos, de forma que a relação entre Estado e particular possui limites pautados em diversas premissas, entre elas a boa-fé e a tutela da confiança.

Exemplo disso é o estudo jurisprudencial efetuado neste artigo, que demonstra a substancial mudança no entendimento clássico de que o candidato aprovado em concurso público não possui direito subjetivo à nomeação. O antigo pensamento dava abertura ao cometimento de diversos abusos por parte da Administração Pública, de forma que a atual posição majoritária, em constante evolução e aprimoramento, se coaduna com as diretrizes do Estado de Direito e com a proteção da confiança.

Atualmente, portanto, pode-se dizer que, na esteira da jurisprudência dos tribunais superiores, haverá direito subjetivo à nomeação nas seguintes hipóteses: a) quando houver preterição na ordem de classificação; b) quando houver recusa arbitrária em nomear, ao demonstrar, de forma inequívoca, a necessidade do provimento do

cargo; c) quando houver contratação de pessoal a título precário para exercer as atividades inerentes ao cargo para o qual há candidatos aprovados em concurso; d) quando a Administração deixa escoar o prazo de validade do concurso sem nomear os aprovados, de forma injustificada, e, logo depois, realiza novo certame; e) quando houver candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital; f) quando houver contratação por terceirização ilícita para burlar realização de concurso; g) quando o candidato aprovado dentro do número de vagas apresentar desistência, o próximo candidato na ordem de classificação, aprovado fora do número de vagas, terá direito à nomeação; h) quando no edital não estiver previsto número de vagas, ao menos o candidato aprovado em primeiro lugar terá direito à nomeação.

Dito de outra forma, as hipóteses de direito à nomeação são, em suma, as fixadas na tese de Repercussão Geral do julgamento do RE 837.311/PI, quais sejam: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas previsto no edital; b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e c) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração.

Por outro lado, não haverá direito à nomeação: a) para o candidato aprovado fora do número de vagas, em princípio; b) mesmo com existência de previsão legal de prazo para a nomeação, o que não garante tal direito, conforme decidido na ADI 2.931, na qual o STF entendeu ser inconstitucional a imposição de prazo, tendo o ente público discricionariedade para convocar o candidato dentro do período de validade do concurso; c) quando a nomeação de candidato é feita por determinação judicial, pois nessa hipótese não se pode dizer que houve preterição na ordem de classificação.

Não obstante, o candidato nomeado em decorrência de medida liminar ou de qualquer outra decisão judicial de natureza precária não pode alegar a teoria do fato consumado nem o princípio da proteção à confiança para a sua manutenção no cargo, uma vez que, desde o princípio, sabia da precariedade da medida

judicial. Uma vez revogada a liminar, a situação retorna ao *status quo ante*. Assim decidiu recentemente o plenário do STF, em sede de Repercussão Geral, no RE 608.482/RN⁶¹ – Informativo 753.

Essa decisão é um exemplo de que, embora a proteção da confiança esteja sendo utilizada para embasar as diversas hipóteses de direito subjetivo à nomeação, ela não pode ser empregada como manobra jurídica pelo candidato que deseja, a qualquer custo, ter garantida a sua permanência em cargo público, quando a nomeação se deu de forma precária. A proteção à confiança é instrumento de tutela do cidadão em face dos arbítrios da Administração Pública, mas não pode ser utilizada como meio de perpetuação de ilegalidades, sob pena de se ver frustrado o direito legítimo à nomeação dos outros candidatos.

Conclui-se, portanto, que o princípio da proteção à confiança está diretamente relacionado ao avanço no reconhecimento das hipóteses de direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público. O entendimento jurisprudencial majoritário sobre o tema, balizado na tutela da confiança, fortalece o Estado Democrático de Direito e contribui para a consolidação do dever de boa-fé nas relações jurídicas, tanto entre particulares quanto entre Estado e cidadãos.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concurso público e direito à nomeação: nem tanto ao mar, nem tanto à terra. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVIII (Edição Especial), v. 28, p. 86-100, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso em Mandado de Segurança 35.211/SP. Relator: Min. Mauro Campbell

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 608.482/RN*. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Marques. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 09 abr. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1220536&num_registro=201101784185&data=20130409&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Aspectos relevantes do concurso público. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVIII (Edição Especial), v. 28, p. 101-148, 2010.

DIAS, Francisco Mauro; MIGUEL FILHO, Theophilo Antonio. Aprovação em concurso público e direito subjetivo à nomeação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 177-182, abr./jun. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1966.

MELO, Cristina Andrade. Direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas: análise da evolução jurisprudencial desde o Enunciado n. 15 da Súmula do STF. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1-2, p. 53-63, jan./dez. 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/1999). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, p. 1-48, abr./maio/jun. 2005.