



ANÁLISE JURÍDICA Nº 02/2012

**EMENTA: MEMORANDO Nº37/2012.
SOLICITAÇÃO DE ANÁLISE JURÍDICA SOBRE
AS HIPÓTESES DE DIREITO À NOMEAÇÃO EM
CONCURSOS PÚBLICOS.**

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Trata-se de solicitação de análise jurídica feita pela Presidência do Conselho Regional de Serviço Social da 14ª Região – CRESS/RN, por meio de Memorando nº 37/2012, sobre hipóteses de direito à nomeação em concursos públicos.

O teor do Memorando nº 37/2012 ainda destaca que a solicitação visa “atender aqueles e aquelas e que encaminham dúvidas sobre a matéria à assessoria jurídica do CRESS”.

É o breve relato.

2 – CONCURSO PÚBLICO – PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS.

De acordo com Rodrigo Mello da Motta Lima¹, em países como o Brasil, onde há escassos posto de trabalhos e funções dignas de trabalho, os cargos públicos passam a ser alvo de intensa disputa entre os cidadãos.

Contudo, para que o cidadão possa alcançar este objetivo (acesso aos cargos públicos), é preciso passar por todas as etapas do certame público, inclusive a homologação do resultado final das provas, com a elaboração do rol de candidatos classificados, para que possa ser aprovado, e, só então, ter a possibilidade de ser nomeado.

O preenchimento da vaga pública depende do ato de nomeação, seguido pela posse², e, por último, do efetivo exercício. Assim, “a nomeação, como ato de

¹ **Aprovação em concurso público e direito à nomeação.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, nº 106, p. 7-26, dez. 2009.

investidura, se completa com a posse” (LIMA, 2009, p.11). No entanto, a existência do direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público suscita grande discussão relacionada ao direito administrativo e constitucional, sendo, muitas vezes, tema controverso.

Nesse contexto, extrai-se a primeira indagação, qual seja: após a aprovação do candidato em concurso público, este possui direito subjetivo à nomeação?

Para respondermos esta primeira indagação e outras que surgirem como decorrência desta, analisaremos o texto constitucional, para se extrair os parâmetros para o reconhecimento do direito à nomeação.

Como se sabe, o concurso público representa um evoluído procedimento concorrencial para selecionar os melhores candidatos aos cargos públicos, por concretizar princípios consagrados no sistema constitucional vigente, sendo, portanto, um inestimável instrumento moralizador da Administração Pública.

Sobre a importância do concurso público, Canotilho e Moreira (2007, p.661), analisando regra constante da Constituição Portuguesa, lecionam com precisão:

“A regra constitucional do concurso consubstancia um verdadeiro direito a um procedimento justo de recrutamento, vinculado aos princípios constitucionais e legais (igualdade de condições e oportunidades para todos os candidatos, liberdade das candidaturas, divulgação atempada dos métodos e provas de selecção, bem como dos respectivos programas e sistemas de classificação, aplicação de métodos e critérios objectivos de avaliação, neutralidade na composição do júri, direito de recurso). O concurso assente num procedimento justo é também uma forma de recrutamento baseado no mérito, pois o concurso serve para comprovar competências.”³

A sua importância, no direito pátrio, da mesma forma, deve ser sempre destacada, principalmente pelo fato de consagrar o princípio democrático. Entretanto, não se pode dizer, infelizmente, que está isento de falhas.

Pois bem. A abertura de certame público para provimento de cargos públicos, por se tratar de procedimento administrativo formal, deve ocorrer com submissão ao Direito (tendo em vista a nova concepção dada ao princípio da legalidade no Estado democrático de Direito).⁴

2 O enunciado nº 16 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispõe que “funcionário nomeado por concurso público tem direito à posse.”

3 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

4 O Estado Democrático de Direito, segundo conceito de Sundfeld (2009, p.54), “é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos).”

Dessa forma, o Poder Público está proibido de agir contra a ordem jurídica, ou seja, o exercício de suas funções tem fonte e fundamento em uma norma jurídica. Não será possível, por consequência, a realização de certame público sem a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública.

A realização do concurso não possui formalidade específica estabelecida em lei, mas deve respeitar os comandos constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao caso.

A atual Constituição brasileira “constitui a fonte normativa primária do concurso público no Brasil e a principal balizadora dos contornos jurídicos do instituto”⁵. No entanto, o procedimento de seleção carece de uma sistemática legal infraconstitucional, pois a inexistência de regras claras sobre os aspectos procedimentais, prazos, condições legais, dentre outros, proporciona uma situação preocupante, notadamente quanto aos transtornos ocasionados pelo excesso do dever discricionário da Administração Pública, comprometendo a legitimidade, competitividade, isonomia e impessoalidade dos concursos.

Muito embora inexista sistematização legal, o procedimento concorrencial ocorre, geralmente, em duas etapas: a primeira é a fase interna, na qual há o ato de abertura do concurso público, a verificação de previsão orçamentária e formalidades preliminares (existência e quantitativo de vagas, escolha da banca examinadora, entre outros); a segunda etapa é a fase externa, na qual há a divulgação do edital, a fase de inscrição, realização das provas, classificação dos candidatos e, por fim, a homologação do concurso.

Convém ressaltar que, a etapa externa pode se subdividir em outras fases, dependendo da natureza e complexidade do cargo ou emprego objeto do concurso.

Após o resultado e homologação do concurso, confere-se a legitimidade e regularidade do certame, por atender aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública (art. 37, caput, da Lei Maior) e por respeitar o princípio da ampla acessibilidade dos cargos públicos mediante concurso público (art. 37, I e II da CRFB).

A partir do resultado do certame, verifica-se o surgimento da discussão sobre o direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público.

Nesse ponto, é importante destacar, inicialmente, que o texto constitucional não estabelece, de forma expressa, que a Administração Pública seja sempre obrigada a nomear os aprovados em concurso público, muito menos os aprovados

5 MAIA, Marcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.11.

dentro do número de vagas anunciadas, tampouco para as vagas surgidas durante o prazo de validade do certame.

No entanto, a partir da análise do texto constitucional, pode-se extrair possibilidades para a configuração do direito à nomeação.

2.1 POSIÇÃO TRADICIONAL.

No direito pátrio, a doutrina e a jurisprudência intensificam a polêmica da existência ou não do direito à nomeação. Contudo, a posição tradicional defendida é de que existe a mera expectativa de direito à investidura no cargo disputado⁶, já que o provimento de cargos estaria dentro da esfera discricionária da Administração Pública.

A discricionariedade, conforme conceito de Mello,

“é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”⁷

Assim, caberia ao administrador nomear ou não o candidato, pelos critérios de conveniência e oportunidade, durante o prazo de validade do concurso.

Furtado⁸ corrobora a tese ao descrever que, “como regra, institui-se a sistemática de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito”.

Por outro lado, há o fundamento de que ao se exigir da Administração Pública a convocação do candidato, por via judicial, haveria afronta ao Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da CRFB), pois não caberia ao Poder Judiciário invadir seara administrativa (dever discricionário).

6 No mesmo sentido, Simone Cristine Araújo Lopes afirma: “É que a nomeação, essa sim, gera – conforme entendimento doutrinário legal e jurisprudencial – direito subjetivo à posse, enquanto que a simples aprovação no concurso gera mera expectativa de direito à nomeação” (Nomeação do aprovado em concurso público: análise da Súmula 15, do STF. Disponível em: < http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/Sumula%2015%20Nom%20do%20Concursado%20Aprovado%20em%20Conc%20Pub.pdf > Acesso em: 10 set. 2010)

7 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo, Malheiros editores, 2ª ed, 2008, p.48.

8 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.907.

Este entendimento dominante, também foi adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse sentido, seguem as ementas das decisões prolatadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

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.

(RE 421938 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 02-06-2006 PP-00013 EMENT VOL-02235-05 PP-01064)

EMENTA: Concurso público: direito à nomeação: Súmula 15/STF. Firme o entendimento do STF no sentido de que o candidato aprovado em concurso público detém mera expectativa de direito, não direito à nomeação.

(AI 381529 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 03-06-2005 PP-00041 EMENT VOL-02194-03 PP-00567 LEXSTF v. 27, n. 320, 2005, p.74-86)

Em breve resumo, o entendimento tradicional defende que o ato de provimento de cargos estaria dentro da esfera discricionária da Administração Pública. Assim, a conveniência e oportunidade da nomeação incumbem apenas ao administrador público. Então, não há que se falar em dever de nomear os candidatos do certame.

2.2 FLEXIBILIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO TRADICIONAL.

Não obstante existir entendimento tradicional sobre o direito à nomeação, há posicionamentos na jurisprudência pátria em prol do reconhecimento do direito à nomeação em determinadas situações.

Carvalho Filho⁹ sustenta que os tempos atuais estão a reclamar a inversão desse postulado (*mera expectativa de direito*).

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Lumens Juris, 2008.

De forma mais incisiva, Maia e Queiroz¹⁰ criticam a expressão “mera expectativa de direito”, afirmando que

“...não passa de uma terminologia empregada para amenizar a decepção e a frustração dos candidatos aprovados que não são convocados para se investirem nos cargos e que foram aprovados a duras penas. Ou direito é ou não é, não existe um meio direito.”

A discussão sobre o reconhecimento do direito à nomeação há algum tempo tem relativizado a posição tradicional, ao reconhecer hipóteses de direito à nomeação.

São situações que a doutrina e, principalmente, a jurisprudência entendem que é possível afastar a discricionariedade da Administração Pública em nomear ou não os candidatos.

Recentemente, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 598099, entendeu que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas tem direito à nomeação.

Sendo assim, através do texto constitucional, analisaremos estas hipóteses, que são: inobservância da ordem classificatória do certame; contratação precária/temporária de terceiros; candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital; necessidade de preenchimento de vaga pela Administração Pública; e não nomeação relacionada a algum tipo de discriminação.

2.2.1 inobservância da ordem classificatória do certame.

A exigência de respeito à ordem classificatória dos candidatos aprovados, decorre da conjugação dos artigos 37, IV, 93, I e 129, §3º, da Constituição de 1988. Tanto a jurisprudência como a doutrina são pacíficas quanto ao assunto, pois deriva de aplicação conjunta dos princípios da obrigatoriedade do concurso público, impessoalidade, da moralidade e da proibição da quebra da ordem de classificação.

O art. 37, inciso IV, da Constituição de 1988 assegura que, “*durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.*”

Assim, quando existir vagas durante o prazo de validade do concurso público, a Administração Pública está obrigada a nomear os aprovados em concurso anterior com prioridade em relação aos novos concursados.

10 Op. Cit. p.226.

A previsão constitucional, no inciso IV, brilhantemente, reprovava o antigo hábito abusivo da Administração de convocar candidatos para o provimento de cargos, *mesmo havendo ainda candidatos aprovados no concurso anterior* (CARVALHO FILHO, 2008, p.607). Além disso, impede que o gestor público deixe escoar o período mencionado, com o intuito de se esquivar do comando do inciso IV, e em seguida convoque os candidatos aprovados no concurso seguinte, pois tal situação configuraria desvio de poder.

Sobre o tema, Mello (2001, p.258) leciona:

“os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período (art. 37, III), isto é, por tempo igual ao que lhes haja sido originariamente consignado (art. 37, IV). No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV). Como consequência desta prioridade, a Administração só com eles poderá preencher as vagas existentes dentro de seu período de validade, quer já existissem quando da abertura do certame, quer ocorridas depois. É certo, também, que não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra, nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isto seria um desvio de poder. Com efeito, se fosse possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma ‘letra morta’.”

O art. 37, inciso IV, da atual Constituição, é uma das faces do princípio da quebra da ordem de classificação, já que a outra hipótese abarcada por este princípio está nos artigos 93, I e 129, §3º, *in verbis*:

”Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

Art. 129, § 3º - O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.” (grifos acrescidos)

Da simples leitura dos mencionados artigos, percebe-se que são regras específicas para os concursos da magistratura e do ingresso na carreira do Ministério Público, porém, diante de uma interpretação sistemática, não há motivo razoável para deixar de aplicar a proibição da quebra da ordem de classificação dos candidatos aos demais concursos públicos.

De acordo com Maia e Queiroz (2007, p.229), “o princípio em tela, a par de privilegiar os candidatos, em tese, mais bem preparados, visa dar eficácia aos princípios da impessoalidade e moralidade, uma vez que se pauta por critérios eminentemente objetivos e razoáveis.”

A conjugação dos artigos 37, IV, 93, I e 129, §3º, da Constituição de 1988, demonstra que o princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação tem matriz constitucional, sendo, portanto, dever da Administração Pública resguardar o direito do candidato a ter respeitada a sua nomeação de acordo com a classificação no certame.

Vale relembrar, ainda, que o princípio da quebra da ordem de classificação tem como fonte originária a antiga jurisprudência pretoriana, que aprovou, em 13 de dezembro de 1963, e consolidou a matéria no enunciado da Súmula nº 15 do Supremo Tribunal Federal (STF), *in verbis*:

“Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Ainda que sob forte influência da posição tradicional na época de sua edição, a súmula nº 15 do STF previu a inobservância da ordem de classificação do certame como a primeira hipótese de direito subjetivo à nomeação.

Abaixo segue decisão da Suprema Corte, reconhecendo a possibilidade de direito à nomeação quando houver desrespeito à ordem de classificação, observe:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 15-STF. I. - A aprovação em concurso público não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. **Esse direito surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso, se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado (Súmula 15-STF) ou se, indeferido pedido de prorrogação do prazo do concurso, em decisão desmotivada, for reaberto, em seguida, novo concurso para preenchimento de vagas oferecida no concurso anterior cuja prorrogação fora indeferida em decisão desmotivada. II. - Precedentes do STF: MS 16.182/DF,**

Ministro Evandro Lins (RTJ 40/02); MS 21.870/DF, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 19.12.94; RE 192.568/PI, Ministro Marco Aurélio, "DJ" de 13.9.96; RE 273.605/SP, Ministro Néri da Silveira, "DJ" de 28.6.02. III. - Negativa de seguimento ao RE. Agravo não provido.
(RE 419013 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 01/06/2004, DJ 25-06-2004 PP-00059 EMENT VOL-02157-08 PP-01539)
(grifos acrescidos)

Em um breve resumo: o Princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação exige a rígida observância da classificação dos candidatos aprovados no certame e direito de precedência na convocação sobre os novos concursados, durante o prazo de validade do concurso. Se houver desrespeito a essa regra, o candidato terá direito subjetivo à nomeação.

2.2.2 Contratação precária/temporária de terceiros.

Outra possibilidade para o reconhecimento do direito à nomeação ocorre quando um terceiro é contratado de forma precária e venha a ocupar um cargo vago¹¹, durante o prazo de validade do concurso público, com candidatos aprovados para tal cargo.

Nessa situação, se o terceiro contratado não está amparado pelas exceções constitucionais ao princípio da obrigatoriedade do concurso público, haverá violação direta ao inciso II, do art. 37, da Lei Magna, surgindo, portanto, direito à nomeação do candidato preterido e devidamente aprovado em concurso público.

A situação sob análise já foi objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), respectivamente:

EMENTA: 1. 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 440895 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 20-10-2006 PP-00055 EMENT VOL-02252-05 PP-00920 RNDJ v. 6, n. 84, 2006, p. 57-58)

¹¹ Deve existir cargo vago, conforme a jurisprudência do STJ.

EMENTA: - 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.

(RE 273605, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 23/04/2002, DJ 28-06-2002 PP-00143 EMENT VOL-02075-07 PP-01493)

É de se notar que, a contratação de terceiros, durante o prazo de validade do concurso público, revela a necessidade e conveniência do provimento do cargo. Contudo, a jurisprudência esclarece que deve ser comprovada a existência cargos de provimento efetivo desocupados, para que haja o direito subjetivo à nomeação.

Nesse sentido, o STJ assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL AGROPECUÁRIO FEDERAL. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRETERIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O fato de ter-se encerrado o prazo de validade antes da impetração do *mandamus* não enseja falta de interesse processual quando o impetrante, dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, não questiona as provas do concurso público, mas atos diretamente relacionados à nomeação de aprovados, ocorridos enquanto válido o certame.

2. Não é a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação. Impõe-se que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados.

3. **Se a Administração preencheu as vagas existentes de cargos de provimento efetivo de acordo com a ordem classificatória do concurso público e, além disso, contratou terceiros de forma temporária, presume-se que há excepcional interesse público a demandar essa**

conduta, razão por que não se pode entender tenha atuado de forma ilegal ou mediante abuso de poder.

4. Segurança denegada.

(STJ - MANDADO DE SEGURANÇA Nº 13.823 - DF - 2008/0203011-7 - RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA) – grifos acrescentados.

É importante destacar, ainda, que a Lei nº 4.717/65, ao dispor sobre a ação popular, considera nulo *o ato de admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais*¹².

Assim, por meio da ação popular, pode-se pleitear a nulidade do ato de admissão de terceiro, por ser este considerado lesivo ao patrimônio público.

Percebe-se, portanto, que, o candidato aprovado em concurso público para cargo indevidamente ocupado por terceiro terá direito subjetivo de anular o ato de admissão irregular e requerer sua convocação.

2.2.3 Candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital.

Tradicionalmente, os candidatos aprovados possuíam apenas mera expectativa de direito à nomeação, já que o ato de provimento dos cargos estaria dentro da esfera discricionária da Administração Pública.

Dessa forma, pelos critérios de conveniência e oportunidade, caberia a Administração Pública proceder ou não a convocação dos concursados durante o prazo de validade do certame.

Entretanto, esse entendimento foi relativizado pela jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), que se posicionaram favoravelmente ao direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número das vagas previstas no edital.

O novo entendimento jurisprudencial defende que a Administração Pública pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e demonstrar interesse de provê-los (subentendido pela realização do concurso público), assim estaria obrigada a realizar a convocação dos candidatos no número previsto no edital.

Sobre a não convocação dos concursados aprovados dentro número de vagas previsto no edital, é preciosa a lição doutrinária:

“Por outro lado, definido o certame, a omissão de autoridade em prover cargos vagos ofende não só ao princípio da

¹² Art.4º, inciso I, da Lei nº 4.717/65.

legalidade, eis que não efetiva as nomeações quando está obrigada a fazê-lo, mas também ao da **eficiência**, quando não cumpre eficientemente o papel lhe imposto pela ordem jurídica. Outros princípios implícitos também são agredidos: (i) o da **lealdade** (a Administração não está sendo leal com os candidatos); (ii) o da **boa-fé** (os candidatos agindo de boa-fé, pagando os emolumentos, inscreveram-se no concurso, venceram as suas etapas, desvincularam-se de compromissos e obrigações, ficando alguns em precária situação por acreditarem na Administração); (iii) o da **segurança das relações jurídicas** (a omissão da Administração Pública traz descréditos para o princípio da segurança das relações jurídicas na medida em que, desacreditando os concursos públicos, traz insegurança e incerteza, caracterizadora de uma Administração de surpresas); (iiii) e o da **razoabilidade** (o objeto conducente do concurso é o preenchimento das vagas existentes).¹³ (grifos acrescentados)

Conforme se depreende da citação acima, a omissão da Administração, ao deixar de nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, representa afronta, principalmente, aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade, previsto no *caput*, do art. 37, da Lei Magna.

Nesse sentido, Dias¹⁴ assevera:

“Com acerto, essa nova corrente jurisprudencial advoga no sentido de que a não nomeação de candidatos aprovados encontra-se em desacordo com os princípios administrativos previstos na Constituição, notadamente o da moralidade e o da impessoalidade, reconhecendo, por conseguinte, a ilegalidade do ato omissivo do agente público que não procede à referida nomeação. Defende ainda que o Poder Público, ao abrir um concurso público, destinando verbas em grande escala para a sua realização, deve fazê-lo fundado em razões sérias, principalmente na premente necessidade de provimento dos cargos a que se destina o certame.”

E ainda acrescenta:

“Evocando os princípios da moralidade administrativa e da finalidade, sustenta essa corrente haver o dever jurídico da

13 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O concurso público e o processo administrativo**. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). Concurso público e constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

14 DIAS, Fábio Henrique Alves. **Concurso público: uma vinculação recíproca. O direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1844, 19 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11514>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

Administração de nomear os candidatos aprovados dentro do número das vagas publicadas no edital, resultando, caso contrário, em ofensa aos princípios em exame, haja vista que o não aproveitamento desses candidatos importará em elevados gastos à máquina estatal, com a celebração de outro certame ou a contratação de pessoal que se fizer necessária, não sendo lícito à Administração, portanto, deixar exaurir o prazo legal de validade do concurso sem proceder às respectivas nomeações dos candidatos habilitados. Desse modo, se aberto concurso para preenchimento de determinado número de vagas, é porque, em verdade, o interesse público assim o demanda, motivo pelo que justificam as verbas, o pessoal e o tempo empregados na realização do concurso.

Dessa forma, observa essa corrente que a Administração Pública, ao publicar edital divulgador da necessidade de preenchimento de determinado número de vagas, obriga-se para com todos os particulares que depositaram no Estado a confiança de ver cumpridas as normas editalícias assumidas pelo ente que promoveu o certame, estabelecendo verdadeira relação jurídica com tantos quantos ocorrerem ao edital.”

Conforme se infere do texto acima, há uma grande ponderação acerca do princípio da vinculação ao edital. Como se sabe, “*o edital é a lei do concurso*”, vinculando tanto a Administração quanto o administrado (candidato) ao cumprimento de seus efeitos.

Dessa forma, o gestor público ao estabelecer o quantitativo de vagas ofertadas, vincula a Administração Pública a proceder à convocação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, durante o prazo de validade.

Antes da realização do certame público, a Administração realiza pesquisa interna sobre a necessidade real de serviço, quantitativo de vagas e o impacto orçamentário da realização do certame e das futuras contratações (art. 169, § 1º, I e II, CRFB). Caso opte pela realização do certame com um número específico de vagas, há a *presunção relativa* de necessidade de preenchimento dos cargos vagos, pois não seria razoável a realização de concurso público, que é um procedimento custoso, havendo ou não contratação, sem que haja a nomeação dos candidatos aprovados¹⁵. Tal hipótese ofenderia o princípio da razoabilidade.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha, sobre o tema, enfatiza:

15 O Ministro Marco Aurélio em decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº 192.568, asseverou que “o princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento de vagas existentes.”

“Não se há de imaginar, no limiar do século XXI, que a Administração Pública pode praticar atos absolutamente despojados de vínculo, inclusive jurídicos, com a sociedade e com os seus membros que acorreram a uma convocação pública.

Não seria uma Administração de Direito (que é a que corresponde e que há de existir no Estado de Direito) nem seria uma Administração responsável, pois na concepção segundo a qual de seu comportamento não lhe adviria qualquer dever está-se a afirmar que ela poderia praticar atos e vincular administrados a seus intentos, mudar de opinião após o atendimento por eles dos comandos editados com todos os ônus que a eles correspondam, e não ter de responder por isso.”¹⁶

E mais:

“Quer-se dizer que a Administração pode deliberar sobre o provimento e, posteriormente, decidir que 'não era bem isso o que ela desejava e considerava social e administrativamente necessário e melhor?'

(...)

(...) o direito da sociedade, que se sobrepõe ao direito ou ao interesse do particular, é que determina a não-prevalência deste quando aquele sobrevier.

Todavia, há de haver a superveniência de fatores determinantes da mudança de rumos administrativos para o atendimento do interesse público, pois, se nada houver entre a decisão de estabelecer-se o concurso e a sua realização e homologação, há, parece, o dever da Administração Pública de prover os cargos postos em disputa, ou seja, dar seqüência à sua deliberação encetada pelo processo concursivo.”

Entende-se, pela nova tese, que a convocação dos candidatos aprovados dentro do número das vagas deve ser a regra, pois a necessidade já foi demonstrada quando do lançamento do concurso com previsão de vagas, porém, caso não haja a convocação, será necessária a motivação, pois é possível haver mudança na necessidade do serviço por parte da Administração pautada em motivo de interesse público superveniente, por exemplo: a ultrapassagem dos limites de gasto com pessoal (CF, art. 169; Lei Complementar 101/2000, art. 19).

Caio Tácito leciona sobre a necessidade de verificação do motivo do ato administrativo, como forma de concretizar o controle jurisdicional da discricionariedade:

16 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

“Se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito, como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo.”¹⁷

Corroborando o entendimento supra, Justen Filho (2005, p.592) leciona:

“Se promoveu concurso público, homologando o resultado, o Estado apenas pode deixar de promover a contratação mediante motivação satisfatória. Essa motivação não pode restringir-se à invocação da titularidade de uma competência discricionária.”¹⁸

É notório que, a concepção da discricionariedade como fator impeditivo à nomeação, defendida pelo entendimento tradicional, não se sustenta mais em face do processo de constitucionalização do direito administrativo brasileiro.

Como se sabe, a atual Constituição de 1988 é composta por vários subsistemas, dentre os quais está incluso o subsistema constitucional da Administração Pública (em especial, o art. 37), que concede a base jurídica e constitucional da atividade administrativa¹⁹.

No Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CRFB), a atividade estatal está subordinada ao princípio da juridicidade²⁰. Por este princípio, o Estado está proibido de agir contra a ordem jurídica e, principalmente, que todo poder por ele exercido terá sua fonte e fundamento em uma norma jurídica.

Então, a discricionariedade, como afirma França, “enquanto processo decisório, não se faz sem parâmetros normativos. É preciso antes identificá-los para viabilizar sua análise sob uma ótica jurídica”²¹.

Dessa forma, a discricionariedade brota do próprio ordenamento jurídico. Não se confunde, pois, com arbitrariedade, que agride a ordem jurídica.

Deve-se, portanto, defender a discricionariedade legítima, nos termos em que Freitas assinala:

17 TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p.60.

18 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 592.

19 FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p.53.

20 Ou princípio submissão do Estado à ordem jurídica, como prefere Sundfeld. Traduz limite à autoridade, visando controlar o exercício do poder político e proteger seus destinatários, de modo a realizar o equilíbrio entre autoridade e liberdade. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2009.

21 Idem, p.47.

“É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, **motivação**, imparcialidade e **respeito à moralidade**, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.”²² (grifos acrescidos)

A Administração Pública tem o dever de emanar escolhas legítimas, bem como favorecer o controle das motivações, quanto aos aspectos pertinentes à compatibilização do ato discricionário com a ordem jurídica, especialmente quanto aos princípios.

Amparado nessa concepção, “os princípios constitucionais e os direitos fundamentais passam a vincular o exercício discricionário da Administração Pública”.²³

Ante tais considerações, podemos balizar o dever discricionário da Administração Pública quanto ao concurso público, da seguinte forma:

- a) há discricionariedade quanto à realização ou não do concurso público;
- b) se há a opção da realização de certame, e este for realizado com número específico de vagas (poderia ser realizado na modalidade de cadastro de reserva), a Administração Pública passa a ter efetuado a sua escolha discricionária (concurso com quantitativo de vagas pressupõe necessidade de serviço);
- c) ao concretizar sua escolha, o ato discricionário passa a ser vinculado, assim há necessidade de preenchimento das vagas, durante o prazo de validade do concurso;
- d) o momento da nomeação se dará de forma discricionária, mas não haverá discricionariedade quanto à nomeação ou não, salvo caso de interesse público superveniente devidamente motivado;

Em relação aos itens “b” e “c”, Mello ensina:

22 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2009, p. 22.

23 VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **O controle da discricionariedade administrativa no Contexto da constitucionalização do direito brasileiro: Uma leitura desde a hermenêutica filosófica**. Monografia, 2010. Disponível em: <www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/julieta.pdf> Acesso em: 14 nov. 2012.

“O Estado tem competência discricionária quanto ao instante oportuno para preencher os cargos. Contudo, quando de algum modo revela já ter efetuado sua escolha discricionária, exaure tal poder, concretizando-o. E, ao concretizá-lo, passa-se do campo discricionário para o campo vinculado.”²⁴

Nas vias judiciais, a Administração Pública também se baseia em que haveria afronta ao princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da CRFB), no caso de o Poder Judiciário intervir, na apreciação de conflitos envolvendo concurso público, na esfera discricionária do administrador.

Contudo, apesar de a Administração Pública possuir certa margem de liberdade na elaboração de normas destinadas à realização de concursos públicos, devem elas, como qualquer outro ato administrativo, estar em conformidade com a Constituição Federal e toda a legislação infraconstitucional que norteiam a atividade pública. Daí é que se torna possível a intervenção do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CRFB)²⁵ em causas que digam respeito aos concursos públicos toda vez que for observada eventual violação dos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da vinculação ao edital.²⁶

Percebe-se que, sem embargo do entendimento tradicional, é perfeitamente possível reconhecer o direito à nomeação quando o candidato é nomeado dentro do número de vagas previsto no edital.

2.2.4 Necessidade de preenchimento de vaga pela Administração Pública.

E se o candidato estiver fora do quantitativo de vagas? A jurisprudência entende que há mera expectativa de direito, mas que, em certas situações, poderia se convolar em direito subjetivo à nomeação, quando, por exemplo, houver a quebra da ordem classificatória (artigos 37, IV, 93, I, 129, §3º da CRFB), contratação precária (art. 37, II, da Lei Magna) e necessidade de contratação pela Administração.

Esta última hipótese é entendida, pela jurisprudência do STJ²⁷ como ato vinculado, justamente porque há manifestação inequívoca da Administração Pública,

24 **Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta.** Revista dos Tribunais, 2. ed., 1990, p.76.

25 “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

26 Ver RMS 18.560/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 30.04.2007)

27 Cf. RMS 11.553/SP e RMS 15.602/PR.

em que se constata necessidade de preenchimento da vaga, revelando sua escolha discricionária.

Essa hipótese ocorre comumente quando a Administração convoca candidato e este desiste ou é desclassificado, então o direito à nomeação passa a existir para o concursado seguinte na ordem de classificação, pois há ato inequívoco da Administração Pública necessitando de preenchimento do cargo vago.

Nesta situação, a não convocação necessita, também, de motivação por parte do Poder Público, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, da mesma forma em que poderá acontecer no caso de edital com quantitativo de vagas.

Sendo assim, a não nomeação do candidato imediatamente posterior configura ofensa aos princípios da legalidade, da quebra da ordem de classificação, da razoabilidade e da moralidade administrativa.

2.2.5 Não nomeação relacionada a algum tipo de discriminação.

A última hipótese de direito à nomeação é a não nomeação relacionada a algum tipo de discriminação. Muito embora seja hipótese de difícil comprovação, é uma possibilidade ao surgimento do direito à nomeação, conforme a jurisprudência pátria.

Corroborando a assertiva acima, Lima (2009, p.24) esclarece que “*se trata de situação menos comum e de difícil comprovação, na qual o candidato também passa a ter direito à nomeação, quando resta demonstrado que a não nomeação está relacionada a algum tipo de discriminação, como, por exemplo, em função da opção sexual ou religiosa*”.

Nesse espeque, o texto divulgado no informativo do STF de nº 440, no julgamento do MS nº 24.660/74, a Min. Cármen Lúcia concluiu no sentido de existir direito à nomeação, em caso concreto, de candidata aprovada em concurso público, mas que não havia sido nomeada pelo simples fato de ter sido classificada em último lugar, *in verbis*:

“O Tribunal retomou julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato omissivo do Procurador-Geral da República e da Procuradora-Geral da Justiça Militar, consistente na negativa de nomeação da impetrante, aprovada em concurso público para o cargo de promotor da Justiça Militar, não obstante a existência de dois cargos vagos – (...) Considerou, por fim, que essa autoridade teria incorrido em ilegalidade, haja vista a ofensa ao princípio da

impessoalidade, eis que não se dera a nomeação por questões pessoais, bem como agido com abuso de poder, porquanto deixara de cumprir, pelo personalismo e não por necessidade ou conveniência do serviço público, a atribuição que lhe fora conferida.” (MS 24.660, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-9-2006, Plenário, Informativo 440)

No julgamento do RE nº 192.568-PI, segundo Furtado (2007, p.908), o STF teria reconhecido a existência de discriminação em relação a determinado candidato aprovado ser homossexual. O autor ainda relata o caso, da seguinte forma:

“No presente caso, não teria ocorrido a nomeação para o cargo de juiz de direito adjunto – segundo informações extra-autos – em razão de determinado candidato aprovado ser homossexual, o mencionado Tribunal de Justiça teria promovido nomeações até o candidato imediatamente anterior àquele objeto da discriminação, não obstante houvesse cargos vagos e interesse do Tribunal em nomear novos candidatos – a ponto de já estar sendo preparado novo edital de concurso a ser publicado tão logo o prazo do concurso anterior expirasse -, nenhum novo candidato foi convocado. Diante desse contexto, em que restou evidente a discriminação, a questão foi levada ao STF em recurso extraordinário ao qual foi dado provimento para obrigar o Tribunal a nomear todos os candidatos dentro das vagas existentes. Quer se trata de situação real, ou meramente hipotética, o caso acima serve para ilustrar omissão abusiva por parte da Administração Pública. Diante desse desvio de finalidade por omissão, não obstante não tenha ocorrido preterição dos candidatos, a nomeação passa a ser a solução para a correção da ilegalidade, conforme aponta este precedente do STF.”

Abaixo segue ementa da decisão do RE nº 192.568-PI, *in verbis*:

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. "Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência 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 subseqüentes. 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). (RE 192568, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 23/04/1996, DJ 13-09-1996 PP-33241 EMENT VOL-01841-04 PP-00662)

No entanto, é preciso esclarecer que a mera discriminação não é capaz de ensejar a nomeação, vez que é preciso comprovar certos requisitos, tais quais: necessidade de serviço, cargo vago, existência de recursos orçamentários, discriminação ou critério de *discrímen* ilegal e não nomeação sem motivação, quando o candidato se classifica dentro do número de vagas previsto no edital.

Caso haja a motivação, deve-se realizar a verificação da legitimidade do ato, segundo a teoria dos motivos determinantes²⁸.

Deve-se advertir, ainda, quanto ao comando constitucional inserido no art. 39, § 3º, da CRFB, *in verbis*:

“§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”

A norma em destaque assegura que a lei pode admitir critérios de discriminação para a admissão dos candidatos aprovados, em virtude da exigência da natureza e complexidade do cargo. Nessa situação, restaria descaracterizado o direito à nomeação ao candidato que, por exemplo, foi desclassificado, por não atender os requisitos legais do cargo público.

Contudo, se a discriminação for incompatível com os valores prestigiados pela Constituição, haverá afronta aos princípios da isonomia e impessoalidade. Além disso, configuraria ato de improbidade administrativa, de acordo com o art. 11, V, da Lei nº 8.429/1992, *in verbis*:

28 "Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, **ficam** vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido". MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros editores, 23ª ed., 1999.

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

V - frustrar a licitude de concurso público;”

Sobre o assunto, Pazzaglini Filho²⁹ afirma, corretamente, que a indevida discriminação entre os candidatos por idade³⁰, raça, sexo, religião e a adoção de critérios subjetivos de julgamentos são situações alcançadas pelo sentido da expressão “frustrar a licitude de concurso público”.

De outro modo, se houver ato que justifique a não nomeação do candidato discriminado e posteriormente se verifique que a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao caso, a Lei nº 4.717/65 em seu artigo 2º, alínea “d”, considera este ato nulo, por inexistência de motivos.

Em arremate, a Constituição de 1988 proíbe o desrespeito a obrigatoriedade e licitude dos concursos públicos, estabelecendo em seu art. 37, §2º, a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável³¹.

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante de tais considerações, submeto a presente análise jurídica à apreciação do Conselho Pleno do CRESS/RN, sugerindo que, se aprovado, seja disponibilizado cópia para download no site do Conselho, para divulgação do estudo aos profissionais interessados.

Natal/RN, 17/12/2012.

Lawrence Praxedes Mariz
Advogado do CRESS/RN – OAB/RN 8311

29 FILHO, Marino Pazzaglini. **Lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo, Atlas, 2002.

30 Nesse ponto, o autor trata da discriminação da idade em situações em que seu uso é indevido, ou seja, há casos em que é possível a utilização deste critério (o tema não é pacífico na doutrina brasileira).

31 § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.