

**A MERA EXPECTATIVA E O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO: ENTRE A
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O DESVIRTUAMENTO DO
PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO**

**THE MERE EXPECTATION AND THE SUBJECTIVE RIGHT TO NOMINATION:
BETWEEN THE ADMINISTRATIVE DISCRETION AND THE DEPRECIATION OF
THE PRINCIPLE OF PUBLIC TENDER**

Natália Paulino Bonnomi¹

RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo demonstrar os efeitos gerados pela aprovação de candidato em concurso público. Durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que o candidato aprovado possuía somente mera expectativa à nomeação, ficando sua convocação a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública. O Poder Judiciário tem tido uma forte atuação no sentido de reformular tal posicionamento, admitindo a existência de um direito subjetivo à nomeação diante do caso concreto. O acesso ao serviço público é um direito fundamental do cidadão, constitucionalmente garantido, cabendo ao Poder Público zelar para que o concurso público seja realizado em observância às normas norteadoras do instituto. Este trabalho, portanto, pretende analisar as situações em que o candidato aprovado em concurso público está submetido à discricionariedade da Administração e quando este tem direito a ser nomeado.

PALAVRAS-CHAVE: Mera expectativa à nomeação; Direito subjetivo à nomeação; Discricionariedade administrativa; Princípio do concurso público.

ABSTRACT

The main objective of this article is to demonstrate the effects of the approval of candidate in public tender. For a long time, the jurisprudential position according to which the approved candidate had only mere expectation to nomination prevailed, and his convocation depended on the judgment of opportunity and convenience of Public Administration. The Judiciary has had a strong performance to reformulate this position, admitting the existence of a subjective right to nomination before the case. The access to public service is a fundamental right of the citizen, assured by the Constitution, so the Government must ensure that the public tender is in accordance with the principles and rules guiding the institute. Therefore, this article intends to analyze the situations in which the candidate approved in a public tender is submitted to the administrative discretion and when he has the right to be nominated.

KEYWORDS: Mere expectation to nomination; Subjective right to nomination; Administrative discretion; Principle of public tender.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Introdução

O concurso público é a via de acesso constitucionalmente garantida ao serviço público. Por isso, seu procedimento deve estar pautado nos princípios e regras norteadores do Direito Administrativo. O Poder Público tem, portanto, o dever de conferir ao concurso público o caráter de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, assim como de outras características que regem a relação entre a Administração Pública e o administrado.

No entanto, a realidade do serviço público brasileiro tem sido distante desse ideal previsto na Constituição Federal de 1988. Os cargos, empregos e funções públicos têm servido, muitas vezes, aos interesses dos agentes políticos, e não ao interesse público de preenchê-los de acordo com critérios objetivos, impessoais e prévios.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário está assoberbado de demandas de candidatos em concursos públicos que pleiteiam sua nomeação sob a alegação de que a Administração Pública, ao não convocá-los, está violando o princípio do concurso público. Sendo assim, o Poder Público não pode recrutar pessoal no serviço público sem observância dos ditames legais. Por se tratar o ingresso em cargos, empregos e funções públicos de direito fundamental do cidadão, é necessário que se avalie se a Administração está procedendo de forma adequada em relação à convocação dos candidatos aprovados em concurso público.

No que diz respeito à aprovação do candidato no concurso público, questão esta objeto deste trabalho, ela pode ensejar o direito à nomeação ou mera expectativa de direito, a depender do caso concreto. Sendo assim, serão abordadas, no que tange aos efeitos da aprovação em concurso público para os candidatos aprovados, as seguintes situações: (a) o candidato é aprovado e classificado dentro do número de vagas previstas no edital do certame; (b) o candidato é aprovado, mas o resultado obtido não o posiciona dentro das vagas previstas no instrumento editalício, sendo tal situação de maior controvérsia no âmbito da jurisprudência pátria atual.

Desse modo, será realizada uma análise, com abordagem primordialmente jurisprudencial, acerca de as mencionadas hipóteses tratarem de mera expectativa ou direito subjetivo do candidato à nomeação. Será questionado, portanto, se a não convocação pela Administração Pública do candidato aprovado no concurso público, ante o caso concreto, trata-se de uma discricionariedade do Poder Público ou de uma forma de afastar a exigência de aprovação prévia em concurso público para o ingresso no serviço público.

1. O princípio constitucional da exigibilidade do concurso público

O ingresso no serviço público acontece, em regra, mediante concurso público. A realização do certame tem-se mostrado a forma de seleção mais meritocrática, uma vez que se baseia em critérios objetivos de seleção e previamente estabelecidos em edital, instrumento cuja publicidade, inclusive, é obrigatória. A exigibilidade de concurso público consolida a garantia de acessibilidade ao serviço público, que representa direito fundamental do cidadão. O ordenamento jurídico brasileiro ainda consagra o ingresso igualitário no serviço público em decorrência do princípio da isonomia (DALLARI, 2006).

Segundo o art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, que são de livre nomeação e exoneração. O referido dispositivo consagra, assim, o princípio constitucional da exigibilidade de concurso público, dirigido aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A obrigatoriedade da realização de concurso público, conforme dicção do art. 173, § 1º da CRFB/88, também se destina às autarquias, às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive aquelas que se dedicam à exploração de atividade econômica. O concurso público somente pode ser afastado, em princípio, na hipótese da função de confiança, nos termos da lei (BULOS, 2014, p. 1024).

Apesar de a Constituição condicionar apenas o cargo ou emprego público à aprovação em concurso público, essa exigência abrange ainda a função pública. Com o entendimento que somente exerceriam função aqueles contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX da CRFB/88), de fato não seria necessário que constasse a função pública na redação do art. 37, II, CRFB/88, uma vez que esse tipo de contrato dispensa a realização de concurso público. No entanto, há situações de contratação de pessoal que não está inserida na modalidade do art. 37, IX da CRFB/88, mas que exerce função pública, sendo-lhe aplicável a obrigatoriedade de concurso público, dados os princípios da igualdade e da moralidade administrativa (MEDAUAR, 2013, p. 304).

A exigibilidade de realização de concurso público estende-se, ainda, àqueles que já ocupam cargo público. No que concerne tal questão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 685, nos seguintes termos: “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”. Desta feita, o ordenamento jurídico pátrio veda a possibilidade de um ocupante de cargo público transferir-se para cargo público de carreira diversa sem que seja aprovado no respectivo concurso público. Por outro lado, independe da realização de concurso público a promoção vertical, ou seja, aquela que ocorre em uma mesma carreira.

A Constituição Federal de 1988 previu outras hipóteses excepcionais de inexigibilidade de concurso público para o ingresso de servidor. A aprovação em concurso público é dispensada para a investidura do denominado “quinto constitucional”, formado por membros do Ministério Público e de advogados, nos Tribunais (art. 94, CRFB/88); dos membros dos Tribunais de Contas (art. 73, §§ 1º e 2º, CRFB/88); dos Ministros do STF (art. 101, parágrafo único, CRFB/88) e do STJ (art. 104, parágrafo único, CRFB/88). O art. 53, I, do ADCT também prevê a dispensa do concurso público para os ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial. Não se faz necessária a realização de concurso público para recrutamento de servidores temporários, dadas a transitoriedade da necessidade do pessoal e a excepcionalidade da situação (art. 37, IX, CRFB/88). Há, ainda, a inexigibilidade, como já explicitado, para os cargos em comissão (art. 37, II, CRFB/88), tendo em vista que se trata de servidores da confiança da autoridade nomeante. Embora tal nomeação não deva ser fruto da pura arbitrariedade do administrador, mas pautada em critérios técnicos e administrativos, sabe-se que isso gera a nomeação de pessoas por critérios ilegítimos. Essa violação aos princípios norteadores da Administração Pública tem sido enfrentada, tendo sido editada para este fim, inclusive, a Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo no serviço público².

É possível também a contratação de pessoal, sem a realização de concurso público, para execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares de interesse da Administração Pública, a teor do art. 1º, § 1º do Decreto nº 2.271/97. Além dessas hipóteses, é possível a admissão excepcional de profissionais qualificados nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Tais empresas, como concorrem com as de iniciativa privada, precisam adaptar-se às exigências do mercado, sendo admissível, portanto, que elas contratem diretamente profissionais notoriamente qualificados em circunstâncias excepcionais.

² Súmula Vinculante nº 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.

Admite-se, ainda, a realização do denominado concurso interno, porém somente para provimento de cargos de classes intermediárias e finais de carreira ou para ascensão funcional, mediante a qual o servidor passa da classe final de uma carreira para a classe inicial de outra, superior ou complementar (CARVALHO FILHO, 2009, p. 602).

O concurso público é um procedimento administrativo com o fito de aferir as capacidades pessoais e selecionar os candidatos mais aptos ao provimento de cargos e funções públicas. O concurso envolve várias etapas, iniciando-se pela inscrição, através da qual o candidato manifesta sua vontade em participar do certame. A inscrição, no entanto, não garante que o concurso será realizado, ou seja, não gera direito ao candidato de realização da seleção. Em decorrência de interesse público, a Administração pode desistir de promover o concurso, desde que devolva aos já inscritos os valores pagos referentes à respectiva inscrição.

O concurso público é, desse modo, um procedimento administrativo subordinado a um edital, o qual deve estar submetido ao ordenamento jurídico existente, cuja finalidade envolve a seleção de candidatos que preencham a necessidade da Administração Pública a fim de que haja a concretização do direito fundamental ao livre acesso a cargos e empregos públicos. Pode-se dizer que existem dois traços peculiares no regime jurídico do concurso público: o interesse na mais perfeita seleção e a necessidade de fixação prévia de critérios para a seleção dos candidatos (ROCHA, 2006, p. 54).

Sendo assim, é imprescindível que se analise se o procedimento do concurso público foi realizado conforme as regras e os princípios norteadores do instituto. Faz-se necessário, portanto, que se verifique a atuação legítima da Administração Pública no sentido do recrutamento de pessoal para o serviço público através de critérios legais e objetivos. Sabe-se que, muitas vezes, o administrador acaba por burlar o princípio constitucional da realização do concurso público para acesso a cargos e empregos públicos, cabendo ao Poder Judiciário analisar a legalidade do procedimento de ingresso no serviço público.

2. A aprovação de candidato dentro do número de vagas previsto no edital do concurso público: a transição entre a mera expectativa e o direito subjetivo à nomeação

A primeira hipótese a ser abordada trata de questão hoje já pacificada pela jurisprudência: o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas no edital do certame. Apesar de tal posicionamento ser, atualmente, dominante na jurisprudência, durante muito tempo predominou o entendimento de que havia

apenas expectativa de nomeação, uma vez que esta submete-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública³.

O entendimento até então dominante na jurisprudência pátria consolidou-se na ADI 2.931 – RJ, que declarou a inconstitucionalidade do art. 77, VII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que assegurava o direito à nomeação, em 180 dias, de todo candidato aprovado dentro do número de vagas previsto em edital. O relator do acórdão, o Ministro Carlos Ayres Brito, foi acompanhado pela maioria do Tribunal do Pleno do STF, com a fundamentação de que a Constituição Federal, em especial no art. 37, IV, assegura ao candidato em concurso público apenas o direito de ser convocado de acordo com a classificação de todos os aprovados e no prazo de validade do certame, bem como de preceder os candidatos aprovados em concursos posteriores. Ademais, manteve-se a interpretação da Súmula nº 15 do STF, segundo a qual somente surge o direito subjetivo à nomeação caso, dentro do prazo de validade do concurso, o candidato seja preterido na ordem de classificação (DOMINGUES, 2010, p. 81-82).

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça modificou sua jurisprudência no sentido de conferir direito subjetivo à nomeação ao candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas pelo edital do certame⁴. Tal posicionamento foi consagrado na jurisprudência pátria com o julgamento do RE 598.099/MS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 2011. O referido julgado encontra-se assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL.

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. **Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.**

³ RMS 10.961/MG, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 176; RMS 9.539/RJ, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/1999, DJ 28/02/2000, p. 96; MS 6.417/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/1999, DJ 29/11/1999, p. 119.

⁴ REsp 1200741/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010; RMS 27.311/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4.8.2009, DJe 8.9.2009.

(...)

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração.

(...)

(STF - RE: 598.099 MS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/08/2011, Tribunal Pleno, Repercussão Geral - Mérito)

Desta feita, primeiramente, deve-se observar a consolidação do entendimento de que o candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas em edital possui direito à nomeação, em homenagem, inclusive, ao princípio da segurança jurídica. É necessário salientar que a Administração Pública tem o dever de nomear, uma vez que ela manifestou tal interesse quando da publicação do instrumento editalício, porém o momento da nomeação, desde que no prazo de validade do concurso, pode ser escolhido pelo Poder Público de acordo com seu poder discricionário.

O julgado ainda elenca os requisitos necessários à configuração de situação excepcional que autorize a Administração a não cumprir o seu dever de nomeação diante do interesse público. A hipótese deve ser superveniente, isto é, deve ter ocorrido após a publicação do edital do concurso; imprevisível, extraordinária na época da publicação do edital; grave, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; e a não nomeação deve ser necessária, não existindo meios menos gravosos para lidar com a situação superveniente, imprevisível e extremamente grave. O não cumprimento do dever de nomeação pelo Poder Público deve ser devidamente motivado e, logo, suscetível ao controle jurisdicional.

Vale salientar que a mera menção no edital de que a Administração reserva-se o direito de admitir os candidatos aprovados na medida de suas necessidades e da disponibilidade orçamentária existente não elimina o seu dever de nomeação, tendo em vista que se vinculou, ao disponibilizar no edital determinado número de vagas, à nomeação dos aprovados correspondentes às vagas ofertadas⁵.

Dessa forma, a jurisprudência pátria atual sedimentou o entendimento segundo o qual o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto em edital tem direito subjetivo à nomeação, cabendo à Administração Pública promovê-la no momento em que entender oportuno, desde que seja no prazo de validade do concurso.

⁵ AgRg no RMS 33.716/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 04/12/2013.

3. A mera expectativa à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas ofertadas em edital de concurso público: possibilidade de convalidação em direito líquido e certo diante do caso concreto

O terreno de maior incerteza, no que diz respeito à matéria, concerne à questão relativa ao candidato aprovado em concurso público, mas não classificado dentro do número de vagas ofertadas através do instrumento editalício. Nessa hipótese, como o Poder Público manifestou, expressamente, o desejo de prover uma determinada quantidade de vagas, o provimento de vagas além das previstas ocorre, em princípio, se e quando a Administração assim desejar. A nomeação dos candidatos que não obtiveram classificação dentro das vagas ofertadas para o concurso público estaria, assim, submetida ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública; logo, tais candidatos teriam mera expectativa à nomeação.

No entanto, surgiram algumas circunstâncias referentes a essa situação que acabaram demandando uma postura diferente do Poder Judiciário. Os julgados que serão analisados a seguir dizem respeito a candidatos que, embora não classificados dentro do número de vagas do certame, alegam que possuem direito subjetivo à nomeação em decorrência de alguns fatores, os quais serão também abordados adiante. Existem, portanto, algumas particularidades que podem caracterizar o direito à nomeação mesmo para os candidatos aprovados fora do número de vagas previsto no edital do concurso. Será analisada, diante da jurisprudência a ser colacionada, a possibilidade de esse candidato possuir direito subjetivo à nomeação.

Vale ressaltar que a jurisprudência brasileira mantém o posicionamento de que, em princípio, a aprovação de candidato em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação. Entretanto, o Judiciário vem admitindo que, diante de alguns fatos, essa mera expectativa convole-se em direito subjetivo à nomeação. Nesse sentido pronunciou-se o julgado a seguir colacionado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXPECTATIVA DE DIREITO. CONVOCAÇÃO EM CARÁTER PRECÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE PERENE DE PREENCHIMENTO DE VAGAS. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESES QUE CONVOLEM A EXPECTATIVA DE DIREITO EM DIREITO SUBJETIVO. DECISÃO CONSONANTE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

2. A doutrina e jurisprudência pátria já consagraram o brocardo de que a "aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito".

3. Todavia, de acordo com os precedentes desta egrégia Corte, existem hipóteses excepcionais em que a mera expectativa de direito à nomeação convola-se em direito subjetivo, tais como: I) aprovação do candidato dentro do número de vagas previamente estabelecido no edital; II) preterição na ordem de classificação dos aprovados (Súmula nº 15 do STF); III) abertura de novos concursos públicos enquanto ainda vigente o anterior (arts. 37, IV, da Constituição Federal e 12, § 2º, da Lei nº 8.112/1990); e IV) comprovação de contratação de pessoal em caráter precário ou temporário.

4. Não há que se cogitar, in casu, da ocorrência das três primeiras hipóteses. Quanto à quarta hipótese (comprovação de contratação de pessoal em caráter precário ou temporário), não basta, como procederam as agravantes, comprovar a mera convocação em caráter precário. Mister, neste ponto, acima de tudo, a demonstração da existência de necessidade perene de preenchimento de vagas.

(...)

(AgRg no RMS 18974/MS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013)

Diante desse precedente, então, constatam-se as seguintes possibilidades de convocação da mera expectativa em direito subjetivo do candidato à nomeação: (a) aprovação do candidato dentro do número de vagas previamente estabelecido no edital; (b) preterição na ordem de classificação dos aprovados; (c) abertura de novos concursos públicos enquanto ainda vigente o anterior; e (d) comprovação de contratação de pessoal em caráter precário ou temporário.

A primeira, analisada no tópico anterior, refere-se ao candidato aprovado em posição classificatória compatível com o número de vagas estabelecido no edital. Haja vista o edital ter previsto uma quantidade determinada de vagas, demonstra-se que a Administração tem interesse e necessidade de preenchê-las, o que enseja o direito à nomeação daqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas estabelecido.

A segunda relaciona-se à preterição na ordem de classificação dos aprovados. Tal entendimento já estava presente na Súmula nº 15 do STF, aprovada em 1963, a qual declara que, dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Nessa hipótese, ao preencher os cargos com pessoas indevidas, o Poder Público mostra que há necessidade no provimento desses cargos, o que gera direito à nomeação dos candidatos aprovados e preteridos.

Há, ainda, direito à nomeação de candidato aprovado quando da abertura de novo concurso público enquanto ainda vigente o anterior. Esse caso diz respeito ao art. 37, IV da Constituição Federal e ao art. 12, § 2º do Estatuto dos servidores públicos civis da União (Lei nº 8.112/90).

O dispositivo constitucional declara que o candidato aprovado em concurso público será convocado com prioridade, dentro do prazo previsto em edital, em relação aos novos concursados para preencher cargo ou emprego. Já o art. 12, § 2º da Lei nº 8.112/90 afirma que não será aberto novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade ainda não expirado.

Percebe-se que a Constituição não veda a instauração de novo concurso quando o anterior estiver válido e ainda houver aprovados; a proibição constitucional refere-se à convocação de candidato aprovado no novo concurso sem que se tenha terminado de convocar os aprovados no concurso anterior. Nesse caso, o aprovado terá direito subjetivo à nomeação se, durante o prazo de validade do concurso, abrir novo concurso para preenchimento de vagas. A abertura de novo concurso confirma seu direito, tendo em vista que demonstra a existência de vagas e o interesse da Administração em preenchê-las. (SILVA, 2013, p. 684).

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 283), no entanto, o ato de a Administração Pública abrir novo concurso, nomeando em seguida os candidatos aprovados, enquanto há aprovados remanescentes do concurso anterior, pode ser caracterizado como desvio de poder. Isso porque o Poder Público não pode deixar escoar o prazo de validade do certame propositadamente para abrir novo concurso com o fito de preencher as vagas respectivas. A instauração de novo concurso público para o provimento dos mesmos cargos ou emprego, aliás, comprova o interesse da Administração em provê-los. De acordo com o autor, se a referida norma não fosse assim interpretada, a garantia do dispositivo não teria eficácia.

Mediante a interpretação literal do art. 37, IV da Constituição Federal, a prioridade na convocação dos candidatos aprovados remanescentes em detrimento dos aprovados no concurso posterior somente se aplica durante o prazo de validade do certame previsto no edital. Sendo assim, o aprovado remanescente apenas teria direito a ser nomeado, com prioridade em relação aos novos concursados, dentro do prazo de validade do concurso que prestou. Entretanto, a abordagem feita sobre esse dispositivo normativo pelo supracitado doutrinador mostra-se de um receio fundado. Na suposição analisada pelo jurista, restaria configurado o desvio de poder ou de finalidade se o administrador deixasse escoar, deliberadamente, o prazo de validade do certame e desse abertura a um novo concurso para o preenchimento de vagas. Nessa hipótese, uma vez que o prazo de validade do concurso já teria se esgotado, não haveria direito à nomeação do candidato aprovado no concurso anterior. Contudo, caso seja demonstrado que a Administração deixou que tal prazo fosse esgotado

propositadamente para realizar novo concurso e que as vagas ofertadas no edital deste certame já existiam durante o período de validade do concurso anterior, o candidato aprovado neste tem direito à nomeação⁶.

No que tange ao dispositivo do Estatuto dos servidores públicos civis da União, a regra é que não poderá haver abertura de novo concurso enquanto houver candidato aprovado no certame anterior. Há uma aparente antinomia entre as mencionadas normas, porém, como a Lei nº 8.112/90 refere-se aos servidores públicos civis da União, da autarquia e das fundações federais, tal dispositivo aplica-se apenas em nível federal.

A outra hipótese que enseja a convocação da mera expectativa em direito subjetivo à nomeação é a comprovação de contratação de pessoal em caráter precário ou temporário.

No tocante a essa situação, vale destacar que a Constituição Federal, em seu art. 37, IX⁷, permite ao Poder Público, excepcionalmente, a contratação temporária de pessoal sem que seja necessária a realização de concurso público para tanto. Supôs o constituinte que tal contratação seria fundamental para os casos em que a própria atividade a ser desenvolvida é temporária, tornando inviável a abertura de concurso público, que se destina ao provimento de cargos e empregos de caráter permanente; ou que, ainda que se trate de uma atividade permanente, o excepcional interesse público exige o suprimento de uma necessidade urgente e temporária, haja vista a insuficiência de tempo para realizar o certame.

Pode-se extrair do dispositivo constitucional os seguintes requisitos para a contratação temporária de pessoal pela Administração Pública: (a) previsão em lei formal; (b) contratação por tempo determinado; (c) necessidade temporária de excepcional interesse público; e (d) taxatividade.

Primeiramente, a contratação temporária deverá estar prevista em lei formal editada no âmbito de cada unidade federativa.

A contratação deverá ser feita, ainda, por prazo determinado, uma vez que, se assim não fosse, não seria mais uma necessidade temporária, exigindo-se o prévio concurso público. No que tange ao limite do prazo do contrato, este deverá obedecer aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Neste ponto, deve-se destacar o art. 4º da Lei nº 8.745/93, que prevê a possibilidade de prorrogação do contrato temporário, em algumas situações, por até 6 anos. As alíneas “d” e “g” do art. 2º, VI da referida lei, relacionadas à contratação temporária de servidores para o Hospital das Forças Armadas, Serviço de

⁶ Neste sentido, RMS 27389/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 26/10/2012.

⁷ Art. 37, IX, CRFB/88: A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Vigilância da Amazônia (SIVAM) e Sistema de Proteção da Amazônia (SIPAM), foram declaradas inconstitucionais, em 26 de março de 2014, na ADI 3.237 – DF. Segundo o relator, o Ministro Joaquim Barbosa, tais contratações não estão enquadradas na possibilidade de dispensa de realização de prévio concurso público, prevista no art. 37, IX da Constituição Federal, já que não constituem necessidade temporária do serviço público, mas sim de atividades permanentes.

O requisito fundamental para que seja permitida a contratação temporária para o serviço público é a existência de necessidade temporária de excepcional interesse público. Nesse aspecto, há duas correntes doutrinárias para interpretação dessa expressão (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 45-47).

A primeira, majoritária, afirma que a contratação deve se dar sempre para uma função temporária. Se a necessidade é permanente, o acesso ao serviço público deve ser através do concurso público, via normal de ingresso. Logo, de acordo com essa posição doutrinária, não pode haver contratação de servidores temporários para o exercício de funções permanentes.

A segunda corrente reafirma que a contratação temporária deve ocorrer para ingresso em serviços públicos de caráter transitório. No entanto, os doutrinadores expoentes dessa corrente entendem que pode haver a contratação temporária também na hipótese de serviços públicos de natureza permanente, desde que em circunstâncias especiais e pelo tempo necessário até que haja novo recrutamento mediante concurso público.

Percebe-se, então, que as duas correntes não são de fato completamente opostas. Ainda que alguns admitam a contratação temporária para funções permanentes no serviço público, trata-se, em verdade, de uma necessidade transitória, oriunda de situação excepcional, que foge ao interesse público normal.

Por fim, a contratação temporária para ingresso de pessoal no serviço público deve ser dotada de taxatividade. Uma vez que o concurso público constitui requisito prévio e essencial para o acesso a cargos e empregos públicos, salvo nas situações estabelecidas na Constituição Federal, somente os casos contemplados em lei ordinária permitem a contratação por tempo determinado.

Verifica-se na realidade, todavia, que as contratações temporárias têm a aparência de que são realizadas em razão de uma necessidade temporária de excepcional interesse público, porém as atividades desempenhadas por esses contratados são, muitas vezes, inerentes a cargos, empregos ou funções públicos, isto é, atividades permanentes do serviço público.

Sendo assim, a contratação temporária de pessoal para atuar no serviço público deve obedecer a critérios rígidos em observância à norma constitucional, que deixou claro seu

caráter de excepcionalidade. Quando realizado um concurso, em que há candidatos aprovados, e a Administração opta por preencher as respectivas vagas com pessoas contratadas temporariamente, a jurisprudência tem entendido que o concursado tem direito à nomeação. Nesse sentido posiciona-se o julgado a seguir colacionado:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

2. In casu, muito embora o agravado tenha obtido aprovação (2ª colocação) fora do número inicial de vagas previstas no Edital - 1 (uma vaga), verifica-se nos autos que a Administração Pública, antes de expirado o prazo de validade do certame, realizou contratações temporárias, inclusive do próprio impetrante, para o mesmo cargo a que concorreu (Odontólogo/Especialidade: Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Facial para a 6ª Dires - Ilhéus/BA).

3. Nessa circunstância, a toda evidência, não restam dúvidas de que, dentro do prazo de validade do concurso, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por odontólogos pela Administração Pública demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 44037/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 27/03/2014)

Há, desse modo, a convolação da expectativa em direito líquido e certo à nomeação quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. É necessário para tanto que o candidato comprove a existência da vacância, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito em decorrência da contratação de servidores temporários.

Existem, ainda, demandas judiciais no sentido de enquadrar na mencionada hipótese a nomeação de pessoal para cargos em comissão. Questiona-se, dessa forma, se a nomeação para cargos em comissão geraria o direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público para as vagas por eles ocupadas. Há precedentes do STF e do STJ que entendem que, havendo vaga e candidatos aprovados em concurso público vigente, o exercício precário, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias de servidor de cargo efetivo faz nascer para

os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV da Constituição Federal⁸.

Deve-se destacar também que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento de que não apenas o candidato aprovado dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação, mas também aqueles aprovados para formação de cadastro de reserva em relação às vagas que eventualmente surjam durante o período de validade do concurso⁹.

Percebe-se, portanto, que houve uma evolução da jurisprudência no sentido de tutelar o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas, desde que fique configurada, de alguma forma, a necessidade de a Administração preencher a vaga a que se destina o concurso público realizado.

Conclusão

O entendimento jurisprudencial no tocante à matéria é regido pelo brocardo segundo o qual “o candidato aprovado em concurso público tem mera expectativa à nomeação”. Essa regra tem sido bastante atenuada pelos Tribunais Superiores, que elencam hipóteses nas quais a mera expectativa convola-se em direito subjetivo à nomeação. Essa convolação decorre de situações em que a Administração acaba demonstrando interesse no preenchimento das vagas a que se destina o concurso, ainda que ela não tenha manifestado seu desejo através da convocação do candidato aprovado, que passa, a partir desse momento, a ter direito a ser nomeado.

Em relação ao candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do concurso, a jurisprudência sedimentou recentemente, em especial com o julgamento do RE 598.099 – MS, o entendimento de que este candidato possui direito subjetivo à nomeação. Tendo em vista a publicação do edital com a oferta de um determinado número de vagas, resta configurado o interesse da Administração em preenchê-las. A discricionariedade da Administração, nesse caso, restringe-se ao momento da convocação, que, no entanto, deve-se dar dentro do prazo de validade do concurso.

Por outro lado, no que tange aos candidatos aprovados, mas não classificados de acordo com as vagas estabelecidas no instrumento editalício, há uma maior controvérsia no âmbito jurisprudencial. Isso porque há várias situações a partir das quais se sustenta que o

⁸ RMS 29915 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 25-09-2012 PUBLIC 26-09-2012.

⁹ RMS 37882/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 14/02/2013.

Poder Público está vinculado à nomeação do candidato. As hipóteses mais usuais, em que a jurisprudência admite a convocação da mera expectativa em direito à nomeação, são a preterição na ordem de classificação dos aprovados; a abertura de novos concursos públicos enquanto ainda vigente o anterior; e a comprovação de contratação de pessoal em caráter precário ou temporário.

O Poder Judiciário tem, portanto, considerado situações que, no contexto, evidenciam que a Administração Pública tem a necessidade de prover as vagas existentes no período de validade do concurso público. A discricionariedade do Poder Público está limitada, então, pelas normas que regem a relação Administração-administrado como um todo, não sendo admissível que o Poder Público, salvo em nome de interesse público excepcional e nas hipóteses previstas na Constituição Federal, afaste a necessidade de realização prévia de concurso para acesso a cargos, empregos e funções públicos.

Dessa forma, a jurisprudência, a fim de garantir uma maior segurança jurídica a essas situações, sedimentou o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público poderá ter direito à nomeação, desde que preenchidos algum dos requisitos abordados ao longo deste trabalho.

Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 de junho de 2014.

DOMINGUES, Núbia Martins. Concurso público e direito à nomeação: evolução da jurisprudência do STF e do STJ sob a égide da Constituição de 1988. In: **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, janeiro-junho, 2010.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.