

Da Súmula nº 15 do STF ao RMS 37882 do STJ - A evolução da jurisprudência em favor do direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público.

Parece indiscutível que, na última década, cresceu de forma exponencial o número de demandas judiciais envolvendo o tema concurso público. De questionamentos a editais, critérios de correção de prova, pedidos de anulação de certames, direito à repetição de provas, concorrência a vagas reservadas, difícil identificar um aspecto do concurso público que não haja sido objeto de debate jurisprudencial. De todos os temas discutidos, certamente o de maior incidência nos Tribunais é, e parece sempre ter sido, o direito à nomeação do candidato aprovado. Tanto é antiga a discussão que data de 13.12.1963 a edição da Súmula de nº 15 do STF que, por muitos anos, solucionou, laconicamente, milhares de processos administrativos e judiciais pela aplicação do seguinte enunciado: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.”

À luz desse entendimento do STF, somente em tendo havido preterição – ou seja, ocupação do cargo sem a devida observância da ordem de classificação no concurso – exsurgia para o candidato aprovado (e preterido), o direito à nomeação. Assim, apenas a ocorrência de situação anômala retiraria da Administração o poder de, conforme sua conveniência, convocar e nomear o candidato já aprovado.

Premida pela enxurrada de demandas judiciais, contudo, a jurisprudência veio apresentando gradual evolução, delineando-se, atualmente, panorama bastante diverso daquele consolidado à luz da mencionada Súmula 15.

Observa-se que a jurisprudência passou a identificar situações específicas, configuradoras também de preterição e outras que, desatreladas da ocorrência de preterição, conferem ao candidato aprovado direito à nomeação, com fundamento em princípios constitucionais da boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança.

Quanto a situações de preterição, o STF tem entendimento segundo o qual a contratação precária de terceiros durante o prazo de validade de concurso público com candidatos aprovados configura preterição dos concursados fazendo surgir em seu favor direito subjetivo à nomeação. Tal compreensão, entretanto, pressupõe a existência de cargos efetivos vagos, consoante se pode observar de recente decisão dessa Corte:

“Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Contratação precária de terceirizados. Preterição de concursados. Não comprovação da existência de vagas de caráter efetivo. Ausência de direito líquido e certo. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. É posição pacífica desta Suprema Corte 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 Federal. 2. **O direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente somente surge quando, além de constatada a contratação em comissão ou a terceirização das respectivas atribuições, restar comprovada a existência de cargo efetivo vago. Precedentes.** 3. No caso em questão, não ficou comprovada, nos documentos acostados aos autos, a existência de vaga efetiva durante a vigência do concurso, sendo necessário, para tanto, que haja dilação probatória, o que não se admite em via mandamental. Ausência de direito líquido

e certo do agravante. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, 1ª Turma, RMS 29915/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 04.09.2012.)

É possível concluir, à luz deste entendimento do STF, que não é a contratação de terceirizados ou comissionados que configura, por si só, a preterição, mas a contratação destes para desempenhar atribuições próprias de cargos efetivos vagos para os quais haja candidatos aprovados em concurso público.

Entendimento similar é adotado pelo STJ quando verificada a contratação de temporários. Sobre o tema, exemplificativamente, recente decisão:

“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. Agravo Regimental não provido” (AgRg no RMS 36.831/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 15/06/2012)

Acerca deste entendimento, pertinente mencionar que, da análise das decisões sobre o tema, infere-se que o direito do candidato aprovado apenas exsurge quando os temporários contratados pela Administração sejam engajados não em funções efetivamente temporárias, autorizadas pela CF (art. 37, IX) e pela Lei nº 8.745/93, mas em atividades permanentes pertinentes a cargo público de caráter efetivo.

De tudo o que já foi decidido em matéria de direito à nomeação, possivelmente o mais revolucionário dos entendimentos foi o que conferiu aos candidatos aprovados dentro do número de vagas em edital o direito à nomeação. Nesse caso, não se cogita de preterição, mas de prestígio à boa-fé, à segurança jurídica e proteção da confiança nas relações entre Administração e administrados. Consagrou-se, por meio desse posicionamento, a tutela da justa expectativa do candidato frente ao que divulgado pela Administração em seus instrumentos convocatórios. A ementa a seguir ilustra este entendimento, adotado tanto no âmbito do STF quanto do STJ:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE N. 598.099). REEXAME DE FATOS E PROVAS E DE CLÁUSULAS DE EDITAL. SÚMULAS NS. 279 E 454 DO STF. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Publicado o Edital que rege o concurso público, 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. (Precedente: RE n. 598.099-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 03.10.11) (...) (STF, 1ª Turma, RE 666092, AgR/BA-Bahia, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 03.04.2012)

Ao reconhecer o direito à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital, o STF cuidou de ressaltar hipóteses, excepcionais, em que o direito do candidato não poderá ser atendido em razão de situações supervenientes à publicação do

edital. Tal foi o que ficou assentado no julgamento do emblemático RE nº 598099/MS, de Relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

Segundo o que decidido no precitado Recurso Extraordinário, a situação hábil a desconstituir o direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas deve ostentar as seguintes características: “a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível.” (STF, Tribunal Pleno, RE 598099/MS – Mato Grosso do Sul – Repercussão Geral, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 10.08.2011.)

Após a adoção da tese do direito à nomeação daqueles aprovados dentro do número de vagas em edital, observou-se uma tendência, nos concursos públicos, de não mais preverem em seus instrumentos convocatórios um número de vagas a serem preenchidas. Assim, uma vez mais, a nomeação do candidato aprovado passou a ser integralmente orientada pela discricionariedade administrativa.

Ocorre que, em recente decisão, o STJ veiculou novo posicionamento acerca da matéria, alterando substancialmente a compreensão até então prevalente. O novo entendimento foi veiculado no julgamento do acórdão RMS nº 37882-AC, disponibilizado no DJE de 14.03.2013. Por meio desse acórdão, o STJ passou a assegurar também ao candidato aprovado para compor cadastro de reserva o direito à nomeação quando surgirem novas vagas em razão de exoneração, demissão, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento de servidores, dentro do prazo de validade do certame. Oportunamente, veja-se trecho da ementa:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME.

(...)

4. A aprovação do candidato dentro do cadastro de reservas, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento.

5. A exceção a esta regra, desde que devidamente motivada pelo Poder Público e sujeita ao controle do Poder Judiciário, deve estar fundada nas características fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Nesse sentido, se houver sido alcançado o limite prudencial de dispêndios com folha de pessoal, assim declarado este fato pelos órgãos de controle interno e externo respectivos da Administração, tudo em razão do que dispõe o art. 22, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar nº 101/2000.

6. Os Tribunais Superiores têm reconhecido direito à nomeação de candidatos aprovados em cadastro de reserva nos casos de surgimento de novas vagas. Precedentes: RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011; MS 18.570/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/08/2012; DJe 29/05/2012; RMS 32105/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana

Calmon, DJe 30/08/2010.) (...) (STJ, 2ª Turma, RMS 37882-AC, Rel. Min. Mauro Campbell, DJE 14.03.2013.)

Da análise do voto proferido pelo Relator Min. Mauro Campbell, extrai-se o claro propósito do Tribunal de conter qualquer tentativa da Administração de burla ao direito do candidato aprovado por meio da previsão apenas de cadastro de reservas em seus editais. Nesse sentido, as enfáticas considerações lançadas pelo Ministro:

“Efetivamente, penso que a jurisprudência merece evoluir constantemente à realidade exegética que já densificou como subjetivo o direito à nomeação de aprovados em concurso público até o final do prazo de validade do certame, barrando qualquer ousadia de burla com a adoção do denominado cadastro de reserva, verdadeiro salvo conduto a gestores pela prática de atos de improbidade administrativa, posto que agasalham-se no sacrossanto exercício do juízo de oportunidade e conveniência da Administração para frustrar o acesso meritocrático, deixando de nomear, no prazo do concurso, para os cargos existentes e vagos, aqueles que foram regularmente habilitados, enquanto abdicam desse mesmo exercício valorativo de conveniência e oportunidade ao criarem cargos desnecessários ou deixam de extingui-los; quando abrem sucessivos concursos com número mínimo de vagas para provimento por largo espaço de tempo e dizem resguardar o interesse público/erário com extenso cadastro de reserva de candidatos igualmente habilitados, tudo sob dúbio planejamento estratégico.”

Assim, ante o recente posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça¹, o direito à nomeação passou a alcançar não apenas aqueles aprovados em classificação compatível com as vagas divulgadas em edital, mas também aqueles aprovados para formação de cadastro de reservas, relativamente às vagas que vierem a surgir na validade do certame.

Por derradeiro, é oportuno salientar que o STJ acolheu das exceções previstas pelo STF no julgamento do RE 598099/MS, ou seja, situações supervenientes, imprevisíveis, graves e estritamente necessárias, desde que devidamente comprovadas pela Administração, podem obstar o direito do candidato à nomeação.

¹ No voto, o Relator noticia a existência de precedente do STF proferido no julgamento do RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011, conferindo direito ao candidato aprovado a vagas criadas por lei na vigência do certame.