

O CONCURSO PÚBLICO COMO COROLÁRIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tawani Tatagiba Oliveira

Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC, Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e-mail: taw-direito@outlook.com

Alencar Cordeiro Ridolphi

Graduando do Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC, Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e-mail: Alencar_cr@yahoo.com.br

Tauã Lima Verdán Rangel

Professor do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos -FAMESC, Bom Jesus do Itabapoana-RJ; E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Oswaldo Moreira Ferreira

Professor orientador, Professor do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos -FAMESC, Bom Jesus do Itabapoana-RJ; E-mail: oswaldomf@gmail.com

Resumo

Este trabalho dedica-se a análise do direito subjetivo a nomeação de candidato aprovado em concurso público para formação de cadastro reserva, analisando assim as decisões do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, visando que não existe legislação específica que trate deste instituto, sendo prevista apenas no artigo 37, II, da Constituição Federal ficando, no entanto, a Administração Pública livre para decidir em qual momento deve ocorrer tal nomeação. Durante muito tempo adotou-se o entendimento de que não existia Direito Subjetivo a nomeação do candidato aprovado em concurso público para formação de cadastro reserva, entendimento este que vem sendo relativizado por parte dos Tribunais Superiores. O objetivo do tema proposto, fora analisar se há por parte do entendimento jurisprudencial o direito subjetivo a nomeação ou se o que existe é mera expectativa de direito. O que enseja, na problemática se o surgimento de novas vagas garante o direito líquido e certo a nomeação? Ao analisar os entendimentos dos Tribunais, verifica-se que o surgimento de novas vagas somente não gera o direito a nomeação, há, no entanto, que se analisar se houve ou não arbitrariedade por parte da Administração Pública em deixar de nomear. Para a consecução deste artigo foram utilizados como materiais artigos acadêmicos que versam sobre o tema proposto, textos de doutrinadores jurídicos, leis relativas à administração pública e jurisprudências. Com método, foi utilizada uma análise qualitativa indutiva dos materiais referenciados ao final do texto, de forma a possibilitarem conhecimento suficiente para promover o desenvolvimento do trabalho.

Palavras-Chaves: Direito Subjetivo; Mera Expectativa; Nomeação; Cadastro Reserva.

Abstract

This work is dedicated to the analysis of the subjective right to the nomination of a candidate approved in a public tender to form a reserve register, thus analyzing the decisions of the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court on the subject, aiming that there is no specific legislation dealing with this. institute, being foreseen only in article 37, II, of the Federal Constitution being, however, the Public Administration free to decide at which moment such appointment should occur. For a long time it was adopted the understanding that there was no Subjective Right to the nomination of the candidate approved in public tender for formation of reserve register, which has been relativized by the Superior Courts. The purpose of the proposed theme was to analyze whether there is a jurisprudential understanding of the subjective right to appointment or whether what exists is a mere expectation of law. What entails, in the problematic whether the emergence of new vacancies guarantees the right net and the right appointment? When analyzing the understandings of the Courts, it appears that the emergence of new vacancies does not only generate the right to appointment, however, it is necessary to analyze whether or not there was arbitrariness on the part of the Public Administration to fail to appoint. For the accomplishment of this article were used as academic articles that deal with the proposed theme, texts of legal indoctrinators, laws related to public administration and jurisprudence. With method, an inductive qualitative analysis of the referenced materials at the end of the text was used, in order to allow sufficient knowledge to promote the development of the work.

Keywords: Subjective Law; Mere expectation; Appointment; Booking Register.

INTRODUÇÃO

No que concerne ao concurso público, a princípio insta salientar que este é um procedimento administrativo e compõe-se de várias etapas e princípios, tendo como um de seus mais importantes pontos a configuração de um processo isonômico como ferramenta para a nomeação de um servidor público. No entanto é necessário que se pense em qual momento nasce o direito a esta nomeação, bem como analisar o instituto do cadastro reserva e em qual situação o candidato transforma mera expectativa de direito para direito subjetivo.

Tocantemente ao surgimento do Concurso Público, este veio ante a necessidade de reformular a Administração Pública, pois, historicamente os servidores públicos eram substituídos por hereditariedade. O surgimento deste certame se deu pela busca de uma nação que por igualdade nas oportunidades ao acesso aos cargos públicos, forma igualitária, utilizando apenas os critérios meritórios do aspirante ao cargo público (GOBBATO, 2015).

No que concerne à nomeação há a indagação se há direito ou mera expectativa de direito a nomeação de candidato aprovado em concurso público para formação de cadastro

reserva à luz dos tribunais superiores. Como será visto, atualmente existe grande divergência entre os tribunais, pois, durante muito tempo prevalecia o entendimento de que este direito não existia, no entanto, algumas decisões vêm sendo formuladas com requisitos que devem ser cumpridos pela administração pública ao realizar o certame.

Desta forma, ao analisar as decisões desses tribunais, verifica-se a necessidade de possuir uma base legal, para que esses candidatos não fiquem em situação de espera e esperança, ao esperar uma possível nomeação que a administração pública por meio de seus poderes de discricionariedade, pode simplesmente não fazer.

Este trabalho, portanto, tem por objetivo desenvolver o tema proposto de forma a apresentar o concurso público, como instrumento da administração pública para provimento de seus cargos, ainda que brevemente e, também, abordar aspectos principiológicos do concurso público e a discussão sobre a existência ou não de direito constituído sobre a aprovação em cadastro reserva.

Para a consecução deste artigo foram utilizados como materiais artigos acadêmicos que versam sobre o tema proposto, textos de doutrinadores jurídicos, leis relativas à administração pública e jurisprudências. Com método, foi utilizada uma análise qualitativa indutiva dos materiais referenciados ao final do texto, de forma a possibilitarem conhecimento suficiente para promover o desenvolvimento do trabalho.

DESENVOLVIMENTO

Rosa (2002) afirma que foi com a revolução constitucionalista ocorrida com Getúlio Vargas e com a construção de um novo Estado em que se convocou a Assembleia Nacional constituinte e promulgou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que surgiu o instituto do concurso público, pois naquela constituição o seu artigo 170, 2º previa que:

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor [...] 2º, a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos. (BRASIL, 1934 *apud* ROSA, 2002, sp.).

Ao abordar o tema Concurso Público, nas palavras de Pansardi (2007), citando o artigo 3º da Constituição Federal que trata dos objetivos fundamentais, está explícito que a construção do Brasil deve-se formar por uma sociedade livre justa e solidária. Tal afirmação tem a finalidade de minimizar desigualdades, bem como oferecer às pessoas as mesmas

oportunidades e condições para conviverem em sociedade. O artigo 37, inciso II, da Constituição Federal ainda determina que:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (BRASIL,1988, sp.).

A norma constitucional vigente deixa claro que o ingresso em cargo público se dá mediante concurso, que é a forma mais isonômica de aferir o melhor candidato para ocupar aquele cargo. Segundo afirma Mazza:

A realização de concurso público é um imperativo, entre outros, dos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, legalidade e meritocracia (art.37, II, da CF), minimizando os riscos de contratações baseadas em preferências pessoais ou interesses ilegítimos. (MAZZA, 2016, p. 767).

No que concerne ao concurso público, Medina (2015) afirma que o mesmo pode ser considerado um direito fundamental do cidadão. Nas palavras de Carvalhinho “cuida-se na verdade do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 791). Outrossim, Aragão (2013, s.p.) diz que o concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, aduz que é requisito para o ingresso de cargos públicos tanto da administração direta quanto indireta.

É importante salientar também os princípios que regem o concurso público na Administração Pública. Neste sentido Oliveira explana, que a exigência do concurso público se fundamenta nos princípios constitucionais do Direito Administrativo, que são eles a impessoalidade, moralidade e da eficiência, principalmente (OLIVEIRA, 2017, p. 846).

Sobre o concurso público, sabe-se que “é procedimento administrativo que tem a finalidade de aferir aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de um cargo público” (CARVALHO FILHO, 2016, p.791).

Motta (2005) aduz, ainda, sobre a importância do princípio da vinculação ao edital, trata-se de um desdobramento dos princípios da legalidade e da moralidade, o edital é ato normativo, praticado pela Administração Pública, para regularizar o processo do concurso. Neste interim, o edital se encontra subordinado a lei tornando a Administração Pública e seus servidores vinculados a ele. Este certame pode ser realizado de duas formas: o concurso de provas e provas e títulos. Atualmente, não é mais possível o concurso apenas de títulos, pois esta forma de aptidão não é capaz de oferecer uma disputa com igualdade. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 791).

O CONCURSO PÚBLICO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Carvalho Filho (2016) afirma que o concurso público é procedimento na qual tem a finalidade de avaliar as competências pessoais e selecionar os melhores candidatos para assumir um cargo público. O Estado analisa a capacidade intelectual, física e psíquica dos candidatos a ocupar as funções públicas, sendo escolhidos aqueles que tiverem o melhor desempenho, obedecendo sempre a ordem de classificação. Trata-se, assim, do procedimento mais apropriado para recrutar servidores públicos.

Dessa forma, fica evidenciado que há um princípio no dispositivo da lei constitucional, de forma que a norma constitucional considera obrigatória a realização de concurso público como condição prévia para o ingresso em cargos públicos. Todavia, tratando-se de regra geral, o legislador admitiu que em alguns casos, a exemplo dos cargos comissionados, a nomeação independa de concurso público. Coutinho (2015) aponta que a regra do concurso público está prevista no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, segundo a qual para ingresso em cargos públicos é necessária aprovação precedente em concurso público na forma prevista em lei. O artigo é claro ao apontar que o concurso público é necessário para o ingresso no serviço público. Outrossim, Aragão afiança que

O concurso público, nos termos do art. 37, II, CF, é requisito para o provimento de cargos e contratação de empregados, tanto na Administração Direta como na Indireta, inclusive, em regra, nas empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica *stricto sensu* ou não (ARAGÃO, 2013, p.541).

Paulo e Alexandrino (2017, s.p.) sustentam que os cargos públicos, devem ser atribuição efetiva, sempre exigindo de maneira objetiva a aprovação em concurso público para seu preenchimento. Nessa mesma linha de pensamento, a impessoalidade e igualdade de tratamento aos candidatos do concurso é o que a Administração Pública deve buscar (OLIVEIRA, 2017, p. 846). O autor anterior também descreve o que seria a moralidade administrativa no concurso público, tratando, pois, da “escolha objetiva do candidato, sem levar em consideração os laços íntimos de amizade” (OLIVEIRA, 2017, p. 846).

O CADASTRO DE RESERVA *VERSUS* DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

Em conformidade com Motta (2011, s.p.), o concurso público concretiza-se em uma sucessão de atos ligados, com o propósito de reconhecer o candidato mais apto a ocupar os cargos efetivos e ingressar na carreira de servidor público ante a necessidade de a administração pública preencher estes cargos. Insta salientar que o concurso não deve ser

apenas um motivo para o aumento das receitas dos cofres públicos, mas sim cumprir seu verdadeiro sentido, que é aprovar, e nomear candidatos que estão aptos aquela vaga para que possam cumprir com as suas obrigações públicas e efetivar a prestação de um serviço público legalmente previsto, ante as necessidades da sociedade.

Em síntese, no que tange ao direito subjetivo à nomeação, caberia indagar em qual momento nasce a pretensão do candidato aprovado em ser, de fato, nomeado. Quanto a discussão relativa ao direito subjetivo a nomeação do candidato aprovado em concurso para a formação de cadastro reserva, por maioria do entendimento jurisprudencial, há mera expectativa de direito. (OLIVEIRA, TAVARES, 2017, p. 46).

“O direito subjetivo a nomeação dentro do número de vagas previstas no edital integra o princípio da segurança jurídica, não se admitindo injustificada omissão por parte da administração” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 803). Todavia, embora legítimo, os candidatos ficam em situação de expectativa, pois investiram seu tempo e seus recursos econômicos para realizar aquele certame e, neste caso, desconhecem quando ou se irão ser convocados. Carvalho Filho (2016, p. 803), ainda, explica que se torna mais complexo o controle de legalidade da administração em virtude da ampla liberdade que é concedida a administração nestes casos, sendo difícil inclusive, comprovar eventual arbitrariedade.

Andrade (2014, s.p.) chama atenção que o agente público deve permitir que se examine os fundamentos de fato ou de direito que motivaram sua decisão em certas situações em que seja necessária sua investigação, terá no mínimo a completa suspeita da má utilização do poder discricionário da Administração Pública bem como desvio de finalidade. Faz –se necessário que se tenha em mente que há requisitos a serem preenchidos, para a nomeação do candidato aprovado. Ao analisar os direitos daqueles que se submetem a estes concursos, há uma necessidade de se proteger o princípio da segurança jurídica, garantindo assim a estabilidade da situação jurídica de aprovação no certame.

Portela (2018, s.p.), ao analisar o direito subjetivo *versus* cadastro reserva, diz que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Mandado de Segurança (MS) nº 22.813/DF, de relatoria do ministro Luiz Fux, conferiu “esperança” aos candidatos aprovados em cadastro reserva. No entanto, certos requisitos devem ser observados, são eles: o surgimento de novas vagas em sua classificação durante a validade do concurso, deve existir manifestação da Administração Pública quanto a necessidade e a Administração Pública não devem ter restrição orçamentária.

Durante muito tempo, a jurisprudência adotou, predominantemente, o entendimento de que “não há direito adquirido à nomeação de candidato aprovado em concurso público”

(PIETRO, 2017, p. 698). Esse entendimento, porém, vem sendo, em boa parte, relativizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Isto é, se o Poder Público realiza o certame, que é um procedimento oneroso para a Administração Pública, é porque necessita de pessoal para preenchimento dos cargos vagos. (PIETRO,2017).

“A Administração Pública, nos últimos tempos, tem-se valido do concurso para cadastro de reserva, modalidade na qual, como regra, não se especifica o número de cargos ou empregos a serem preenchidos” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 803). Apesar de ser considerado legítimo, traz insegurança aos candidatos, pois, ficam em situação de expectativa de quando haverá (ou se haverá) uma nomeação. “Aliás como já consignou reconhecida doutrina, se não há vagas ainda, o concurso é, no mínimo, desnecessário constituindo desvio de finalidade” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 803). Como bem explica Di Pietro:

Não tem sentido e contraria o princípio da razoabilidade o Poder Público deixar de nomear os candidatos aprovados [...]. Menos justificável ainda é a hipótese cogitada no inciso IV do artigo 37 da Constituição, em que a Administração Pública inicia outro concurso público quando existem candidatos habilitados em concurso anterior. (DI PIETRO, 2016, p. 674).

Em suma, seria insensato a Administração Pública, deixar de nomear os candidatos aprovados no certame, quando há vagas. E mais injustificável ainda é que ela lance outro concurso, quando ainda existem candidatos do certame anterior aguardando.

UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA PROPOSTO

Para melhor compreender a relevância deste tema, logo, faz-se necessário que se analise o que os Tribunais vêm decidindo. Neste sentido, consoante denuncia o recorte temático proposto, a pesquisa se pautará em uma análise micro comparativa, empregando como *locus de exame* os entendimentos jurisprudenciais apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça, a instância máxima capaz de decidir matéria de natureza infraconstitucional, e pelo Supremo Tribunal Federal, instância máxima competente para apreciação de matéria de natureza constitucional. Durante muito tempo a jurisprudência adotou, predominantemente, entendimento de que “não há direito adquirido à nomeação de candidato aprovado em concurso público” (PIETRO, 2017, p. 698).

Com o escopo de ilustrar a análise micro comparativa, empreendeu-se um critério de escolha pautado nos entendimentos jurisprudenciais que atendessem aos seguintes termos de busca: “CONCURSO PÚBLICO”, “CANDIDATO APROVADO”; “DIREITO SUBJETIVO” e “NOMEAÇÃO”. Assim, com o objetivo de fazer a escolha dos entendimentos que subsidiariam

o exame, foi feita uma coleta com base em critérios aleatórios, tendo como ponto norteador o recorte temporal de 2016 a 2017. Logo, o primeiro entendimento jurisprudencial ilustrativo é proveniente da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça e cuja relatoria coube à Ministra Regina Helena Costa, veja-se:

Ementa: Processual civil. Administrativo. Agravo interno no recurso ordinário em mandado de segurança. Código de processo civil de 2015. Aplicabilidade. **Concurso público. Candidato aprovado** fora do número de vagas previstas em edital. Mera expectativa de **direito à nomeação**. Controvérsia sobre o direito **subjeto à nomeação de candidatos aprovados** além do número de vagas previstas no edital no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. Mera expectativa de **direito. Nomeação** arbitrária e imotivada da administração. Ausência de prova pré-constituída. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Agravo interno contra decisão fundamentada nas súmulas 83 e 568/STJ (precedente julgado sob o regime da repercussão geral, sob o rito dos recursos repetitivos ou quando há jurisprudência pacífica sobre o tema). Manifesta improcedência. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, do código de processo civil de 2015. Cabimento. (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 53.751. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Julgado em 24 out. 2017) (grifo nosso).

A partir da ementa do julgado transcrito acima, verifica-se que a Primeira Turma do STJ plasmou a concepção de que o direito subjeto à nomeação para formação de cadastro reserva constitui mera expectativa de direito. Veja-se, ainda, que o entendimento explicitado ressalva que a mera expectativa é ultrapassada quando há a devida comprovação de arbitrariedade da Administração Pública em forma de contratação precária. Outro ilustrativo, proveniente da mesma Turma e que robustece o exposto, é o entendimento apresentado pelo Ministro Benedito Gonçalves, em sede de apreciação de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 49.950. Neste sentido,

Ementa: **Direito** administrativo. Recurso em mandado de segurança. **Concurso público. Candidato aprovado em cadastro de reserva**. Mera expectativa de **direito**. Preterição não demonstrada. Ausência de **direito** líquido e certo. Recurso não provido. (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 49.950. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para o Acórdão: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 19 out. 2017) (grifo nosso).

Contudo, ainda que haja a cristalização do entendimento de ser mera expectativa de direito a nomeado, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto vencido, assentou que:

A ausência de justificativa por parte da Administração para não nomear sequer o 1º colocado no certame, frente aos recursos públicos investidos na realização do concurso e legítimos interesses do candidato, configura desprovida de razoabilidade a atuação do Órgão, concluindo-se que houve sim violação ao direito do autor de ser alçado ao cargo para o qual prestou concurso e foi aprovado. (Superior Tribunal de

Justiça. Acórdão proferido em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 49.950. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para o Acórdão: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 19 out. 2017).

Destaca-se, no entanto, o exame apresentado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em especial quando que a Administração pratica tal ato está constituindo violação ao direito do concursado. Esse entendimento, no entanto, vem sendo, em boa parte, relativizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Isto é, se o Poder Público realiza o certame, que é um procedimento oneroso para a administração pública, é porque necessita de pessoas para preenchimento dos cargos vagos (PIETRO, 2017).

Ementa: Administrativo. Concurso público. Candidato aprovado fora das vagas do edital. Mera expectativa de direito. Direito à nomeação somente se verificada preterição injustificada. Programa de Contratação de Policiais Voluntários Temporários - SIMVE - do estado de Goiás. Inconstitucionalidade reconhecida pelo supremo tribunal federal. Decisão judicial em ação civil pública que reconhece direito à contratação de candidatos em número equivalente ao valor despendido no programa declarado inconstitucional. Utilização da via mandamental que não implica renúncia ao direito firmado na ação civil não pública. Ausência de prova pré-constituída quanto ao atingimento da classificação do candidato para caracterizar o preterimento. Direito líquido e certo não demonstrado. Inadequação da via eleita. (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em Agravo Interno do Recurso em Mandado de Segurança nº 51.601/GO. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. Julgado em 07 mar. 2017)

Ainda como ilustrativo, o Agravo Regimental em Recurso Especial nº 814.809-BA é cristalino ao apontar que o entendimento de mera expectativa é superado quando há o surgimento de vagas para preenchimento dos cargos no prazo em vigência do certame. Assim, observa-se que a instituição de mecanismos para a obstacularização da nomeação dos candidatos aprovados se torna ato que ofende o direito subjetivo à nomeação. Neste sentido, o entendimento abaixo explicita:

Ementa: Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo **em** recurso especial. Alegada violação ao art. 535 do CPC/73. Inexistência. Mandado de segurança. **Concurso público. Candidato aprovado** fora do número **de** vagas. Surgimento **de** novas vagas, no decorrer do prazo **de** validade do certame. Ocupação **de** cargos, **em** número que alcançaria o impetrante, classificado **em** 12º lugar no certame, mediante contratação **de** terceiros, **em** caráter precário. **Direito** líquido e certo reconhecido, pelo tribunal **de** origem. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo Regimental Improvido. (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em Agravo Regimental em Recurso Especial nº 814.809/BA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 23 ago. 2016).

Mais uma vez, observa-se no referido julgado que a segunda turma do STJ manteve a decisão que existe apenas mera expectativa de direito convertendo-se em direito líquido e

certo, uma vez que a Administração Pública utiliza de contratações precárias para o preenchimento das vagas que anteriormente seriam preenchidas pelos aprovados no referido certame. Compreende-se, assim, que as decisões têm sido sempre no mesmo sentido, somente constituindo direito subjetivo a nomeação quando comprovado alguma irregularidade da Administração Pública, materializando assim direito a nomeação. Neste mesmo íterim, fica evidenciada tamanha discussão no tocante ao tema, principalmente quando se trata do instituto do cadastro reserva.

EMENTA: Agravo regimental em mandado de segurança. Impetração em face do Presidente do Supremo Tribunal. Concurso público. Alegação de direito líquido e certo à nomeação. Não ocorrência. Candidatos aprovados fora do número de vagas. Pretensão de ingresso com base na alegação de surgimento de vagas por aposentadoria de servidores e de suposta necessidade de serviço. Ausência de demonstração de preterição ou de contratação de pessoal em desconformidade com a ordem jurídica vigente. Agravo regimental não provido. 1. Candidato aprovado em concurso público para formação de cadastro de reserva ou em classificação excedente ao número de vagas ofertadas no **certame é mero detentor de expectativa de direito à nomeação, a qual convola-se em direito subjetivo** caso comprovada (i) preterição da ordem classificatória na convocação ou **contratação irregular de servidor para exercício da função**. Precedentes. 2. **Não ocorrência de preterição no caso, ante a ausência de novas contratações. Ademais, o preenchimento das vagas oriundas de aposentadoria, suscitadas pelos impetrantes como fundamento para a demonstração da carência de servidor no Supremo Tribunal, foi vedado pela Lei de Diretrizes Orçamentárias regente do período**. 3. Agravo regimental não provido (grifo nosso) (Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 34.062. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 30 jun. 2017).

Outrossim, a Suprema Corte, em um julgamento da Segunda Turma, deixou evidenciado, que o candidato aprovado é mero detentor de Direitos, sendo possível, no entanto que está expectativa se converta em direito subjetivo caso comprovada condutas arbitrárias da Administração Pública. Desta forma, o STF tem decidido categoricamente em suas decisões que não existe direito subjetivo ao candidato aprovado para formação de cadastro reserva, porém, este tem sido um tema bastante discutido existindo inúmeras decisões que denegam direito a nomeação. Veja-se o que versa a súmula 15 do Supremo Tribunal Federal: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação” (BRASIL, 1964).

Ocorre que a referida súmula surgiu em 1964, tal época tinha-se o entendimento que o candidato aprovado em concurso público estaria condicionado a uma mera expectativa de direito, mesmo estando aprovado dentro das vagas, pois tudo dependeria do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. É notório neste sumulado, que os

tribunais e alguns autores vem se apoiando na mesma súmula quando se trata de direito a nomeação destes candidatos.

Decisão. Recurso Extraordinário — Matéria Fática — Negativa de seguimento. 1. O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba concedeu a segurança para assegurar a nomeação e posse de candidato aprovado em concurso público. **No extraordinário, o recorrente aponta a violação do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.** Afirma a inexistência de preterição. **Discorre sobre a necessidade de comprovação de contratação de terceirizados e comissionados para o exercício das funções do cargo.** Alude à discricionariedade da Administração para nomear candidatos aprovados além do número de vagas previstas no edital. 2. Colho do acórdão recorrido o seguinte trecho: Diante dessa situação, se fossem consideradas isoladamente as regras editalícias, a lotação do referido cargo, para o qual, como dito, foi previsto o cadastro de reserva, caberia exclusivamente ao juízo de oportunidade e conveniência do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Contudo, por meio de uma simples interpretação sistemática das normas do edital, verifica-se que, previamente e de forma clara, está Corte de Justiça afirmou aos cidadãos que pretendessem participar do certame que seriam selecionados os candidatos para o provimento de cargos vagos e dos cargos que viessem a surgir no prazo de validade do concurso. Dessa forma, o próprio edital previu como regra de preenchimento dos cargos ofertados que, surgindo "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 -, os aprovados seriam nomeados. Logo - em respeito às normas editalícias, bem como à proteção da confiança gerada pela própria conduta administrativa deste Egrégio Tribunal de Justiça -, **extrai-se a interpretação de que, uma vez demonstrada a existência de "novas vagas" surgidas durante o prazo de validade do Concurso regido pelo Edital nº 001/2008, há direito subjetivo à nomeação dos aprovados, ainda que fora do número inicial de vagas previstas ou mesmo constantes em cadastro de reserva.** Na hipótese dos autos, verifica-se que o impetrante foi aprovado na 57ª (quingüagésima sétima) posição para o cargo de Técnico Judiciário - Área Judiciária da 3ª Região. Em relação a este, houve a nomeação de 54 (cinquenta e quatro) aprovados na lista geral e de um portador de necessidades especiais. Consta, ainda, que um dos candidatos, posicionado em 51º lugar, solicitou desistência e teve seu pedido deferido. Doutro norte, o próprio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba prestou informação no sentido de que, até o término do prazo de validade do concurso, restavam vagos 3 (três) cargos de Técnico Judiciário - Área Judiciária para a 3ª Região. Dessa forma, a própria Administração confessou a existência de mais 3 (trinta e três) vagas que não foram preenchidas até o final do prazo de validade do certame, havendo, pois, que acrescer à nomeação do classificado na 54ª (quingüagésima quarta) posição o numerário informado, o que estende o direito subjetivo à nomeação à posição de número 57 (cinquenta e sete). Tendo o Colegiado de origem assentado decorrer o direito à nomeação do previsto no próprio edital do concurso, somente pelo reexame do quadro fático e da legislação de regência seria dado concluir de forma diversa, o que é vedado em sede extraordinária. 3. Ante o quadro, nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem Brasília, (Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Recurso Extraordinário nº 1.071.666/PB. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 31 out. 2017).

Ao analisar o julgado acima o STF, demonstra-se que a Administração Pública, detinha um dos requisitos que configuraria o direito subjetivo a nomeação, pois, possuía vagas suficientes para nomear e não o fez. Contudo, o ministro Marco Aurélio deixa explícito que,

sim, existe na atual jurisprudência o entendimento que o candidato aprovado para formação de cadastro reserva é mero detentor de expectativa de direito, mas observa-se que existem situações em que este direito pode sofrer alterações para direito líquido e certo.

Neste diapasão o que se entende é que a aprovação em concurso para formação de cadastro reserva não configura total excludente de direito líquido e certo, exceto quando houver comprovação de arbitrariedade da administração pública ao utilizar sua discricionariedade. Carvalho Filho (2016, s.p.) aduz que um exemplo de arbitrariedade da administração pública é quando ela deixa transcorrer o prazo máximo do concurso público e não nomeia sequer um candidato, e após transcorrido este prazo, lança um outro edital.

Ementa: Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Repercussão geral reconhecida. Tema 784 do Plenário virtual. Controvérsia sobre o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados além do número de vagas previstas no edital de concurso público no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. Mera expectativa de direito à nomeação. Administração pública. Situações excepcionais. Incasu, a abertura de novo concurso público foi acompanhada da demonstração inequívoca da necessidade premente e inadiável de provimento dos cargos. Interpretação do art. 37, IV, da constituição da república de 1988. Arbítrio. Preterição. Convolação excepcional da mera expectativa em direito subjetivo à nomeação. Princípios da eficiência, boa-fé, moralidade, impessoalidade e da proteção da Confiança. Força normativa do concurso público. Interesse da sociedade. Respeito. À ordem de aprovação. Acórdão recorrido em sintonia com a tese ora delimitada. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Recurso Extraordinário 837.311. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 09 dez. 2015).

O Supremo Tribunal Federal, em seu Tribunal Pleno, por ocasião do julgamento do RE 837.311/PI, sujeito ao regime de repercussão geral, fixou entendimento de que, em regra, os aprovados em concurso público, caso classificados para além das vagas inicialmente oferecidas no instrumento convocatório, ou em cadastro reserva, possuem, tão somente, expectativa de direito à nomeação. No entanto fora demonstrado alguns requisitos que devem ser observados para que esta expectativa se converta em direito subjetivo, são elas: na preterição, por inobservância da ordem de classificação ou, na hipótese de surgimento de novas vagas ou abertura de novo certame, se provada preterição arbitrária e imotivada. Não existe julgamento no tribunal pleno entre os anos de 2016-2017, a última decisão foi em 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das ponderações apresentadas no curso da pesquisa, é necessário que se compreenda que a realização de concursos públicos para o preenchimento de vagas na administração pública decorre diretamente do preceito constitucional insculpido pelo artigo 37,

inciso II, da Constituição Federal, diversas conclusões aduzidas neste trabalho foram analisadas a partir de análises jurisprudenciais bem como opiniões doutrinárias.

Outrossim, é imprescindível que se verifique que há uma grande evolução jurisprudencial acerca do tema, e que o julgamento que ensejou a sumula 15 do Supremo Tribunal Federal está cada vez mais obsoleta, de forma que o tribunal tem a utilizado de forma repetitiva, denegando ao concursado o direito de ser nomeado. Só nos resta esperar que a Administração Pública não continue utilizando de sua discricionariedade para decidir quando ou se irá nomear o candidato, que por sua vez fica em situação de expectativa tendo investido seu tempo e dinheiro na esperança de lograr êxito para o tão esperado concurso público, e ao adentrar em na perspectiva de que a Administração tem cada vez mais autonomia ao utilizar o juízo de conveniência e oportunidade, quando a mesma possui vagas e orçamento para isso, e mesmo assim utiliza de arbitrariedade contratando terceirizados a preencher essas vagas, ou ainda quando lança novo certame afim de preencher as vagas que deveriam ter sido preenchidas no concurso anterior.

Tantas atualizações jurisprudenciais evidenciam a grande gama de insatisfação de milhares de candidatos que são aprovados para formação de cadastro reserva, e jamais são chamados ficando em situação de mera expectativa de direito. Além de desperdício de dinheiro público, esses candidatos ficam em situação de espera, pois investiram seu tempo dinheiro e esperanças neste instituto.

Por outro lado, compreende-se que se torna cada vez mais difícil controlar a legalidade dos atos Administrativos, devido à grande liberdade que a mesma tem de decidir utilizando seu juízo de conveniência e oportunidade, nestes casos sendo cada vez mais difícil comprovar a arbitrariedade. A grande maioria dos doutrinadores aduz que se não existe vaga o concurso no mínimo é desnecessário, constituindo no entanto desvio de finalidade. Desta forma, pode até ser cômodo para a Administração, mas não parece ser a melhor forma de garantir os direitos do cidadão.

Denota-se, no entanto, que a solução para estas discussões e a melhor maneira de solucionar o problema de muitos candidatos está em estabelecer cada vez mais requisitos para que seja regulamentada esta nomeação, requisitos estes que como fora citado nas decisões acima estão cada vez mais sendo utilizados afim de garantir ao candidato mais segurança ao se candidatar para determinado concurso e saber que poderá ser nomeado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Agueda Cristina Galvão Paes de. O direito subjetivo do candidato e o poder discricionário da Administração. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 24 dez.

2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51716&seo=1>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ARAGÃO, Alexandre de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

COUTINHO. Alessandro Dantas. O Concurso Público no Ordenamento Jurídico. *In: Genjurídico: portal eletrônico de informações*, 2015. Disponível em:

<<http://genjuridico.com.br/2015/12/08/o-concurso-publico-no-ordenamento-juridico/>> Acesso: 06 nov. 2019.

GOBBATO, Priscila Guimarães Franke. Cadastro de reserva em concursos públicos, direito subjetivo à nomeação? *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 18, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15968>. Acesso em 05 nov. 2019.

MEDINA. Itávar Felipe de Paiva. Fundamentalidade material do direito ao concurso público. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2015. Disponível: <<https://jus.com.br/artigos/43276/fundamentalidade-material-do-direito-ao-concurso-publico>>. Acesso em 10 nov. 2019.

MOTTA, Fabrício. Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 972, 28 fev. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8035>>. Acesso em: 7 nov. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Rubia Nazari. Do Estado moderno ao Estado Constitucional. *In: Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 26 out. 2019.

PIETRO, DI, Maria Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PORTELA, Fabio. Candidato no cadastro reserva tem direito subjetivo a nomeação - Concurso Público. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69007/candidato-no-cadastro-reserva-tem-direito-subjetivo-a-nomeacao-concurso-publico>. Acesso em 14 nov. 2019.

ROSA. Dênerson Dias. O concurso público como princípio constitucional e a promoção interna para cargos organizados em carreira. *In: Direitonet: portal eletrônico de informações*, 2002. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/868/O-concurso-publico-como-principio-constitucional-e-a-promocao-interna-para-cargos-organizados-em-carreira>>. Acesso em: 13 nov. 2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança: 2017/0073858-

1.Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Julgamento: 24/10/2017.stj.jus.br.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=53751&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 10 nov. 2019.

_____. **Agravo interno em Mandado de Segurança:** 2016/0196250-4.

Relator: Ministro Francisco Falcão. Julgamento em: 07/03/2017.stj.jus.br. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=51601&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 10 nov. 2019.

_____. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança:** 2015/0319004-9.

Relator: Ministro: Napoleão Nunes Maia Filho; Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento em: 19/10/2017.stj.jus.br. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=49950&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial:** 2015/0292417-2.

Relatora: Assusete Magalhães. Julgamento em: 23/08/2016. Stj.jus.br. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=814809&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 10 nov. 2019.

SOBRE OS AUTORES:

AUTOR 1: Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC, Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e-mail: taw-direito@outlook.com

AUTOR 2: Graduando do Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC, Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e-mail: Alencar_cr@yahoo.com.br

AUTOR 3: Professor orientador. Pós-doutorado vinculado ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense. Mestre e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista Lato Sensu em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC). Especialista Lato Sensu em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa; Especialista Lato Sensu em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa. Especialista Lato Sensu em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI)/Instituto Alfa; Especialista Lato Sensu em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES; Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ; Professor Universitário. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com;

AUTOR 4: Professor orientador, Mestre em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF, Professor do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos -FAMESC, Bom Jesus do Itabapoana-RJ; E-mail: oswaldomf@gmail.com