

CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS TEM DIREITO À NOMEAÇÃO?

Karlin Olbertz Niebuhr

Mestre em Direito pela USP

Advogada da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

Candidato aprovado em concurso público, mas classificado fora do número de vagas previsto no edital, tem direito à nomeação?

Se surgirem novas vagas durante o prazo de validade do concurso anterior e se ficar comprovada a inequívoca necessidade da Administração, **sim**. Essa foi a conclusão a que chegou o STF no julgamento, com repercussão geral, do RE 837.311/PI, finalizado em 09.12.2015. A decisão é um marco na trajetória das discussões sobre o tema e merece um exame mais detido.

1. A tese fixada: quando surge o direito à nomeação dos aprovados

O acórdão do RE 837.311/PI ainda não foi publicado, mas houve a disponibilização do [voto](#) do relator, Min. Luiz Fux, e do teor da tese fixada em sede de repercussão geral. A tese é a seguinte:

“O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:

- 1 – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;*
- 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;*
- 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.”*

Nos itens 1 e 2, a tese reitera entendimentos amplamente conhecidos e pacificados pelo STF. O conteúdo do item 3 é inovador.

1.1. O direito à nomeação em caso de preterição

O item 2 reproduz, em certa medida, o teor da antiga Súmula 15 do STF, que estabelece: “*Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo fôr preenchido sem observância da classificação*”. Portanto, pelo menos desde 1963 (data de aprovação da Súmula) não existe controvérsia sobre o direito do candidato à nomeação, quando houver preterição da ordem de classificação.

1.2. O direito à nomeação dentro do número de vagas do edital

Já o entendimento versado no item 1 é mais recente e foi consagrado no julgamento, com repercussão geral, do RE 598.099/MS (rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.08.2011, DJe 30.09.2011).¹

Naquela ocasião, ficou definido que “*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.*”

1.3. O direito à nomeação dos excedentes

A tese do item 3 relaciona-se ao que o relator chamou de “*cadastro de excedentes*” ou “*cadastro de reserva*”, que consiste no “*conjunto de candidatos aprovados em concurso público, mas cuja classificação supera o número de vagas previamente disponibilizadas no edital*”.

A definição do relator parte do conceito de *excedentes* e, portanto, não se vincula à ideia do “*cadastro de reserva*” concebida como solução para burlar o direito à nomeação dos aprovados². A Administração, vendo-se adstrita pelos

¹ Antes mesmo desse julgamento, o tema já havia sido examinado neste Informativo, em atenção à evolução da jurisprudência. Cf. DULEBA, Thalita Bizerril. A jurisprudência do STJ acerca do direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 13, mar. 2008, disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=13&artigo=794&l=pt>, acesso em 08.03.2016.

² Essa espécie de “*cadastro de reserva*” foi duramente criticada no julgamento, pelo STJ, do AgRg no RMS 38.117/BA (2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 18.12.2012, DJe 08.02.2013). O Min. Mauro Campbell Marques consignou que “*a jurisprudência merece evoluir constantemente à*

tribunais a nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, passou a publicar editais que por vezes nem sequer veiculavam número de vagas, mas apenas “cadastro de reserva”.

Não é dessa solução que fala o relator do RE 837.311/PI, embora as mesmas conclusões possam ser a ele reconduzidas. Nos termos do voto, a aprovação além do número de vagas é suficiente para que o candidato passe a integrar o “*seleto grupo*” dos excedentes, cuja classificação “*revela-se medida apropriada para possibilitar o aproveitamento célere e eficiente daqueles já aprovados, sem a necessidade de abertura de novo concurso*”³.

Por outro lado, ficou definido que os excedentes, em princípio, não terão direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito. No entanto, a expectativa “*será convalidada em direito adquirido à nomeação*” quando restar inequivocamente demonstrada “*a necessidade de novas nomeações durante a validade do concurso*”.

2. A demonstração da necessidade de novas nomeações

A tese fixada enuncia que a demonstração da necessidade de novas nomeações será inferida da “*preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do poder público*”.

Pelo menos duas hipóteses podem ser extraídas diretamente do julgamento do RE 837.311/PI. Se a Administração comportar-se de modo a incidir nessas hipóteses, haverá direito líquido e certo à nomeação.

A primeira hipótese decorre da conclusão a que chegou o TJ do Piauí no acórdão paradigma da repercussão geral, avalizada pelo STF. A segunda resulta do exame da jurisprudência, inclusive citada pelo relator.

2.1. A declaração da necessidade de nomeação

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 (...). Com todas as vênias das abalizadas opiniões divergentes a esta, se esta não for a exegese, o denominado cadastro de reserva servirá apenas para burlar a jurisprudência hoje consolidada, frustrando o direito líquido e certo daquele que, chamado em edital pelo Estado, logra aprovação e finda por sepultar seus sonhos, arcando com os prejuízos financeiros e emocionais”. Naquela oportunidade, o Min. Castro Meira, relator, retificou seu voto, para acompanhar as considerações do Min. Mauro Campbell Marques e admitir o direito à nomeação.

³ A correção da afirmação resta evidente quando se verifica que, no edital do concurso público objeto do acórdão paradigma da repercussão geral, não foi previsto formalmente um “cadastro de reserva”.

O RE 837.311/PI versou sobre acórdão do TJ do Piauí que reconheceu, em mandado de segurança (MS 2008.0001.000683-9), o direito subjetivo de nomeação a candidatos aprovados em concurso público para a Defensoria Pública do Estado, mas classificados além do número de vagas previsto no edital.

No caso concreto, ficou demonstrada a existência de vagas, uma vez que a Lei Complementar Estadual 59/2005, instituidora da Defensoria Pública do Estado, previra a quantidade de 152 defensores de 1ª categoria, quando, naquele momento, a Defensoria contava com apenas 29 defensores. Também ficou demonstrada a necessidade pública das nomeações, que se fizera notória diante de manifestação do Defensor Público-Geral na imprensa, e da edição, pelo Conselho Superior da Defensoria Pública daquele Estado, da Resolução 19/2008, declarando a existência de 103 cargos vagos e reconhecendo “a imperiosa necessidade de contratação e, pelo menos, 12 (doze) novos Defensores Públicos, especialmente para cidades do interior”. A Resolução, muito embora tenha sido publicada meses depois do final do prazo de validade do concurso contestado, dera conta de que havia pelo menos 40 cargos vagos em 2007 (e, portanto, na vigência daquele concurso).

No julgamento do RE 837.311/PI, o relator, Min. Luiz Fux, assim resumiu o caso: “Aqui, temos uma excepcional hipótese em que a própria instituição se autolimitou na discricionariedade quanto ao momento adequado para a nomeação. Acertado, portanto, o entendimento do TJ do Piauí que entreviu o direito subjetivo de nomeação dos recorridos diante dessa seqüência de circunstâncias: comprovação da existência de vagas de Defensor Público, a declaração do Defensor Público-Geral da necessidade de novo concurso e a Resolução que, ainda que exarada logo após o término da validade do concurso, já previa a necessidade, desde 2007, desses novos defensores”.

2.2. As contratações precárias

Mas não é necessária a declaração expressa da Administração, dando conta da necessidade de novas nomeações. Tal como fixado pela tese da repercussão geral, o comportamento, ainda que tácito, que evidencie a necessidade de nomeação, mediante preterição ou atuação imotivada ou arbitrária da Administração, também tem o condão de constituir o direito dos excedentes de serem nomeados. É o que ocorrerá quando a Administração realizar contratações precárias para desempenho das atribuições dos cargos vagos.

2.2.1 A terceirização

A hipótese amplamente examinada pela jurisprudência e referida nos precedentes citados no voto do relator é a da terceirização dos serviços.

Pacificou-se o entendimento de que a terceirização equivale à preterição, que faz surgir o direito à nomeação dos excedentes.

O STF manifesta orientação pacífica no sentido de que “*a ocupação precária por terceirização para desempenho de atribuições idênticas às de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, ensejando o direito à nomeação*” (ARE 774.137 AgR-2º julg., 2ª T., rel. Min. Teori Zavascki, j. 14.10.2014, DJe 28.10.2014).

2.2.2 A contratação em comissão

Também configura contratação precária, equivalente à preterição, a contratação de comissionados para desempenho das atribuições que exerceriam os aprovados em concurso público vigente. O entendimento é confirmado pela jurisprudência do STF, nos termos, por exemplo, do seguinte julgado: “*Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Nomeação de comissionados. Preterição de candidata aprovada em concurso público. Direito à nomeação. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, comprovada a necessidade do serviço e a existência de vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso público. 2. Agravo regimental não provido*” (ARE 646.080 AgR, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 06.12.2011, DJe 03.02.2012).

2.2.3 A cessão de outros servidores

A jurisprudência do STF também não admite o exercício de atribuições atinentes a cargos vagos por servidores cedidos ou externos à carreira. Assim, já decidiu que não cabe ao órgão responsável socorrer-se de “*funcionários cedidos por outros órgãos da Administração*”; e que “*como os cargos criados eram ocupados por pessoas de fora da carreira da justiça eleitoral dos Estados, havia fundamentos suficientes a justificar a prorrogação do prazo de validade do concurso, de modo que aqueles que lograram aprovação nesse certamente viessem a ser oportunamente chamados a ocupar esses cargos*” (RE 581.113, 1ª T., trecho do voto do rel. Min. Dias Toffoli, j. 05.04.2011, DJe 30.05.2011).

2.2.4 A contratação por prazo determinado

Além disso, configura contratação precária, apta a fazer surgir o direito à nomeação dos excedentes, a contratação temporária prevista no art. 37, inc. IX, da CF/88 (e regulamentada em âmbito federal pela Lei 8.745/1993). Nesse sentido, há precedentes do STF que indicam que a “*contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura desvio de*

finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação” (AI 776.070 AgR, 2ª T., voto do rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.02.2011, DJe 21.03.2011).

Quanto a esse ponto, no entanto, é necessária uma ressalva. Não parece que cabe defender que toda e qualquer contratação temporária configura preterição, mas apenas aquela *destinada ao desempenho de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago*. Portanto, se houver necessidade temporária de excepcional interesse público, apta a justificar a contratação precária de terceiros, que não os aprovados excedentes em concurso público, para desempenho de atribuições extraordinárias e passageiras, a contratação não será imotivada, nem a motivação será arbitrária. O motivo consistirá nas razões excepcionais e temporárias de interesse público.

Mas é evidente que não compete à Administração utilizar esse expediente arbitrariamente; se tal ocorrer, surgirá o direito à nomeação. Assim, não caberá realizar contratações temporárias para o exercício das mesmas atribuições dos cargos para os quais foi promovido concurso. Sobrevindo a vacância de cargo, e tratando-se de atribuições cujo caráter permanente fundamentou a própria criação do cargo público, a contratação temporária configurará desvio de finalidade e surgirá o direito à nomeação dos excedentes.

3. Não bastam novas vagas ou a abertura de novo concurso

Um ponto que deve ser ressaltado do voto do relator no RE 837.311/PI diz respeito a que, para a demonstração da inequívoca necessidade da nomeação de excedentes, não são suficientes o surgimento de novas vagas, ou a abertura de novo concurso.

Segundo consigna o relator, o surgimento de novas vagas (por criação ou vacância) não retiraria da Administração a discricionariedade para provimento dos cargos e, mesmo, para sua extinção, quando vagos (art. 84, VI, “b”, da CF/88); nem a abertura de novo concurso, para provimento de cargos ou cadastro de aprovados, retiraria da Administração a discricionariedade para nomear, desde que o faça respeitando o prazo de convocação previsto para o concurso vigente (art. 37, IV, da CF/88).

Nos termos do voto, *“a vacância de cargos ou a abertura de concurso público não tem o condão de, por si sós, vincular a Administração a nomear os aprovados fora das vagas do edital”*.

Mas outros elementos, associados ao surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso, tais como as circunstâncias referidas acima, podem evidenciar o esgotamento da discricionariedade da Administração, ou, como indicado no voto, podem conduzir a uma situação de *“discricionariedade vinculada”*.

4. O argumento fundamental: “discricionariedade vinculada”

Em Direito Administrativo, a discricionariedade não é concebida como um poder extrajurídico de decisão. Não compete à Administração decidir livremente. Mas nem mesmo a tese clássica, que concebe a discricionariedade como o âmbito de avaliação restrito à conveniência e oportunidade da atuação administrativa, foi prestigiada pelo julgamento ora examinado.

O voto do relator traz à tona o conceito de “discricionariedade vinculada”. Segundo essa concepção, o exercício de escolhas discricionárias pela Administração consiste num poder-dever que se vincula ao Direito e, nos termos do voto, à boa-fé, ao respeito aos direitos fundamentais e à motivação racional e eficiente para a decisão⁴.

O conceito não é novo, mas custou a ser admitido pela jurisprudência, em especial quanto ao tema do direito à nomeação. O reconhecimento, pelos tribunais, de que o concurso público não deve consistir num procedimento irracional, que desperdice recursos públicos e privados, foi resultado de uma longa trajetória que culminou com o julgamento do já referido RE 598.099/MS, pelo STF.

Naquela oportunidade, o STF uniformizou sua jurisprudência e sedimentou a procedência da tese de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital têm direito subjetivo à nomeação.

Quanto à discricionariedade, afirmou aquele relator, Min. Gilmar Mendes: *“De fato, essa é uma situação que não corresponde àquela velha ideia de discricionariedade (...). Porque eu recorro num voto que já proferi, há muito tempo, no Tribunal de Justiça de São Paulo, invocando a lição de um processualista penal italiano, que é Franco Cordeiro, num livro que provavelmente deve ter sido a sua tese de cátedra, quando ele dizia que na verdade a noção de discricionariedade se radica, em última análise, na existência de algum dever jurídico - isso é fora de dúvida. Há, em toda situação dita de exercício de poder discricionário, uma situação jurídica em que se reconhece um dever jurídico da Administração Pública, e, ele se propõe aqui, neste caso”*. E acrescentou o Min. Luiz Fux, em discussão: *“Evidentemente houve uma mudança de paradigma porque outrora a Administração poderia eventualmente ter essa discricionariedade de nomear ou não, mas a proposta do Ministro Gilmar – proposta que está de acordo com os novos paradigmas do Direito Administrativo – é que, em princípio, aprovado num concurso previamente também cancelado pela Administração, o candidato tem o direito*

⁴ No mesmo sentido, examinando o direito à nomeação, já havia se manifestado Marçal Justen Filho: “Não existem poderes absolutos, nem são legítimas decisões que ignoram os interesses dos particulares. Mais ainda, toda e qualquer atividade administrativa deve ser um meio para implementar os valores constitucionais e realizar os direitos fundamentais” (Ainda a questão dos direitos de candidato aprovado em concurso: a decisão do STJ no AgRg no RMS 38.117/BA. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, n. 5, fev. 2014, p. 77).

à nomeação, salvo um fato superveniente, então, inverte-se o ônus. A Administração vai ter que motivar por que não nomeia.”

A mesma racionalidade foi aplicada no julgamento do RE 837.311/PI, ora examinado. O voto do relator explicita que *“nenhum candidato, esteja ele dentro ou fora do número de vagas do edital, pode ficar refém de condutas que, deliberadamente, deixem escoar, desnecessariamente e, por vezes, de modo reprovável, o prazo de validade do concurso para que sejam nomeados, apenas, os aprovados em novo concurso. Se a Administração decide preencher imediatamente determinadas vagas por meio do necessário concurso, e existem candidatos aprovados em cadastro de reserva de concurso, ainda, válido, o princípio da boa-fé vincula a discricionariedade da Administração e lhe impõe o necessário preenchimento das vagas pelos aprovados no certame ainda em validade. Quando um Administrador Público atua com má-fé e deixa escoar dolosamente o prazo de validade de um concurso para favorecer, indevidamente, os aprovados no novo certame, exsurge o direito de nomeação em favor dos candidatos aprovados na primeira seleção, desde que dentro do limite do número de vagas previstas no edital do segundo concurso. A fim de que não haja dúvidas, o direito à nomeação dos aprovados fora do número de vagas do edital nascerá, e em caráter excepcional, e mesmo que novo edital de concurso seja publicado, caso fique demonstrado que a Administração pretende e precisa efetivamente nomear candidatos durante a validade do primeiro concurso”*.

Portanto, o argumento fundamental, que define o direito à nomeação dos excedentes nas hipóteses examinadas acima, consiste no esgotamento da discricionariedade, em virtude de manifestações vinculantes da Administração. Não cabe à Administração transgredir seu dever de boa-fé e violar a confiança em si depositada pelos aprovados, adotando conduta contraditória. Uma vez manifestando-se pela necessidade de nomeações, seja declaradamente, seja como decorrência da sua conduta em concreto, surge o direito à nomeação.

Em outras palavras, se a Administração expõe motivos para proceder às nomeações, vincula-se a esses motivos e tem o dever de nomear. Nos termos do voto, *“Na medida em que a Administração Pública possui vagas e demonstra a necessidade de prover imediatamente os cargos, não pode deixar escoar o prazo de validade do concurso para nomear outras pessoas que não os concursados já aprovados no concurso válido. (...) Verdadeiramente, entender de modo diverso seria, data vênia, permitir judicialmente que a Administração Pública pudesse tornar-se indiferente para com o candidato, deixando escoar o prazo de validade do concurso com vagas abertas e sem preenchimento.”*

Mais ainda, se a Administração manifesta-se no sentido da necessidade de novas nomeações, surge o direito à nomeação de todos os aprovados excedentes que se encontrem classificados até o número de vagas em aberto. Não existe discricionariedade para a Administração decidir que será nomeada apenas uma parcela dos excedentes, para preenchimento de uma parcela das

vagas. Admitir o contrário resultaria em violação à confiança dos aprovados e à isonomia. O acórdão paradigma do TJ do Piauí, objeto da repercussão geral, também enfrentou esse aspecto do tema e confirmou a procedência da tese.

5. A “inversão do ônus”: a recusa em nomear deve ser motivada

Por outro lado, a exigência de demonstração inequívoca da necessidade de novas nomeações pela Administração não exonera a Administração do dever de motivar a recusa em prover os cargos vagos.

No julgamento do RE 598.099/MS, admitiu-se a possibilidade de situações excepcionalíssimas, que justificassem a ausência de nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas. A recusa da Administração, nestes casos, deve ser motivada e a motivação se sujeita ao controle do Poder Judiciário. Ficou definido que a situação excepcionalíssima deveria ser superveniente, imprevisível e grave, e que deveria ficar demonstrada a inexistência de alternativa de solução, além do não cumprimento do dever de nomeação (*“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. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário”*).

O mesmo raciocínio deve ser aplicado para as hipóteses de surgimento do dever de nomeação dos excedentes.

No entanto, e mais ainda, cabe defender que a própria recusa em nomear, quando existirem vagas e candidatos aprovados excedentes, deve ser motivada, especialmente em virtude da dificuldade de fazer prova contra a Administração. Assim, inverte-se o ônus, tal como expressamente admitido no RE 598.099/MS e, antes mesmo, nos termos do seguinte julgado: “1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento” (RE 227.480/RJ, rel. Min. Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, j. 16.09.2008, DJe 21.08.2009).

6. O que ainda está por vir

A tese de repercussão geral fixada pelo RE 837.311/PI não soluciona todos os problemas advindos da experiência concreta.

Não existe uma orientação definitiva, por exemplo, quanto ao cabimento e mesmo ao dever de suspensão do prazo de validade do concurso público, em caso de superveniência de situações excepcionais que evidenciem a impossibilidade de nomeação durante a sua vigência. Essa seria uma medida apta a resguardar o direito à nomeação dos candidatos aprovados, seja dos excedentes seja daqueles classificados dentro do número de vagas.

Tampouco existe uma orientação quanto às vagas surgidas na vigência de concursos regionalizados. A abertura de vaga em localidade para a qual não existe excedente aprovado conduziria ao dever de a Administração, reconhecida a necessidade de provimento, sanar o problema com a nomeação de candidato aprovado para outra localidade, observada a ordem de classificação? Não existe óbice à solução, que vem sendo praticada.

Informação bibliográfica do texto:

NIEBUHR, Karlin Olbertz. Candidato aprovado fora do número de vagas tem direito à nomeação? *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 109, março de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].