

DIÁLOGOS ENTRE O SISTEMA DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO CPC E OS LITÍGIOS ENVOLVENDO DIREITO À NOMEAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS.

Francisco Glauber Pessoa Alves

Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte
Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)
Secretário-adjunto do IBDP no Rio Grande do Norte
Membro do Instituto Potiguar de Processo Civil (IPPC)
Professor de Direito Processual Civil
Juiz Eleitoral do TRE/RN para o biênio 2017-2019

Resumo

O presente trabalho analisa um caso concreto de direito administrativo (nomeação em concurso público) e a aplicação do sistema de uniformização de jurisprudência introduzido pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC). Para tanto, realça os pontos mais importantes do direito processual civil pertinentes ao assunto. Em seguida, coteja com o objeto empírico da discussão, com a ocorrência ou não do efeito uniformizador, a partir do precedente firmado (RE n. 837.311).

Palavras-chave: Lei 13.105. Brasil. Novo Código de Processo Civil. CPC. Uniformização de jurisprudência. Nomeação. Concurso público. RE n. 837.311.

Abstract

The present work analyzes a concrete case of administrative law (appointment in public tender) and the application of the system of uniformization of jurisprudence introduced by Law n. 13.105, of March 16, 2015 (Code of Civil Procedure - NCPC). It highlights the most important points of civil procedural law relevant to the matter. Then, it contrasts with the empirical object of the discussion, with the occurrence or not of the unifying effect, from the signed precedent (RE n. 837.311).

Keywords: Law n°. 13.105. Brazil. New Code of Civil Procedure. CPC. Uniformization of jurisprudence. Appointment. Public tender. Extraordinary appeal n. 837.311 (Brazilian Supreme Court).

1 Introdução

Há muito tempo os diversos ramos do direito, notadamente os de direito material e os de direito processual, traçam linhas paralelas que buscam se cruzar em momentos anteriores ao infinito. Tidos aqueles como fontes propriamente de direitos e deveres, a regerem os conflitos surgidos entre os membros de uma sociedade, aos segundos tem sido reservada ao longo da história uma (justificada) feição instrumental. Esse caráter de meio, por assim dizer, do processo, tem caminhado cada vez mais para entendê-lo a partir da perspectiva de realização do direito material, escopo este que não mais pode se desenvolver a partir exclusivamente do estudo separado de uns e outros. Não que falte às normas processuais a competência para a criação, a modificação e a extinção de direitos e deveres. Isso ocorre, porém, apenas no plano endoprocessual¹. É ao direito material, por excelência, a quem compete reger as relações jurídicas, seus tensionamentos e suas soluções.

A formação acadêmica e a atuação profissional do século XXI demandam profissionais mais preparados², com visão mais global e do direito como um todo; acima de tudo, com a perfeita percepção de que os diversos ramos do direito são partes de um todo que não

¹ “As normas processuais também proporcionam a criação, a modificação e a extinção de direitos e deveres. A diferença está em que lá, nas normas de direito material, há disciplina das relações jurídicas travadas nos mais diferentes ambientes (familiar, negocial etc.), ao passo que aqui, no que diz respeito às normas de direito processual, são disciplinados os fenômenos endoprocessuais (que ocorrem dentro do processo) e a própria relação jurídica em que consiste o processo” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 45).

² E é nesta mirada que agradecemos ao gentil convite formulado para a homenagem ao Professor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti pelos seus 40 (quarenta) anos de cátedra, mediante participação nesta coletânea. Não tivemos a sorte de sermos alunos regulares do eminente lente da tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Porém, a partir do momento em que assumimos a magistratura, sempre foi paradigma de julgador sério, técnico e preparado, como devem ser os juizes. Tal qual o direito em si, Francisco Queiroz foi e é homem inquieto, capaz de se reinventar e de se desafiar, imune à ação do tempo. Sua maior qualidade, porém, que falta a muitos, é a capacidade de interagir, de se socializar e de respeitar a opinião alheia (concorde ou não com ela) de todos que com ele convivem (dos mais novos aos mais velhos; dos mais simples aos mais ilustrados). De toda forma, absolutamente desnecessárias tais palavras, ante o dito popular de que o elogio ao amigo é supérfluo.

existe, em maior ou menor intensidade, autonomamente. Esse tema não é novo e já se fala sobre ele há alguns anos na necessidade de aproximação entre o direito público e o direito processual civil³. O processo civil nasceu sob a intenção básica de reger relações entre particulares⁴. As razões que durante muito tempo informaram-no foram conflitos que surgiram, essencialmente, do descumprimento de obrigações da área do direito civil *stricto sensu* (obrigações, contratos, família etc.). Sua ótica sempre foi de um processo em que não havia qualquer compromisso maior do que a solução das lides individuais, servindo, assim, como instrumento de pacificação para uns poucos.

Esse modelo clássico, suficiente por muito tempo, resta ora superado. Desenvolveram-se muitas matérias sensíveis a

³ “Aliás, já notou a doutrina que as grandes matrizes do direito processual cada vez mais encontram-se disciplinadas em texto constitucional” (BEDAQUE, 1997, p. 14). E não só os processualistas, mas mesmo os administrativistas já pregavam essa aproximação ainda no início da década passada: “Parte-se da constatação de que a parcela do Direito Processual que serve, tanto para o controle da Administração Pública quanto para a promoção do interesse público por meio das ações judiciais, é um Direito Processual próprio. E isso não só porque existem ações específicas, reguladas por leis próprias, para este campo, mas também porque, ainda quando utilizados os instrumentos comuns, são aplicados princípios e normas totalmente distintos daqueles empregados nos litígios comuns.

Um processo judicial não é o mesmo independente da qualidade dos sujeitos que dele fazem parte – e isso porque nele sempre se insere um direito material próprio, diferente. Nos processos em que está a Administração Pública, discute-se um direito material bem distinto daquele que nos acostumamos a chamar de Direito Civil (ou Privado). Se o processo civil foi construído em torno do Direito Privado, quer dizer, das lides de Direito Privado, deve-se questionar se ele serve também, da mesma maneira e generalizadamente, para as lides de Direito Público” (SUNDFELD, 2000, p. 16).

No mesmo sentido: “Se o direito material é diferente – e não há dúvida na importância teórica e prática da distinção entre direito público e privado –, as ações que visam tutelar estes direitos, resguardando-os e realizando-os deve, em idêntica proporção, ser diferenciado, sob pena de ser dificultado (ou inviabilizado) o atingimento dos fins sociais do processo” (BUE-NO, 2000, p. 42).

⁴ “O Código de Processo Civil foi pensado para a tutela dos interesses individuais (direitos subjetivos), sobretudo os de caráter patrimonial. A titularidade do direito subjetivo irradiada no ordenamento processual pelo princípio dispositivo (pelo qual a sorte do processo está, em certa medida, entregue à vontade das partes), projetou o caráter eminentemente individualista do CPC. Esta compreensão está expressa, por exemplo, em regras como as dos artigos 6º (sobre a legitimação ordinária) e 472 (sobre os limites objetivos da coisa julgada material), cabendo ao titular do direito subjetivo o poder de fruir ou não dele, ou dele desistir, transacionar etc, não podendo os efeitos da decisão ultrapassar a pessoa dos litigantes” (CAMBI, 2008, p. 160).

Estados ditos democráticos e que, por sua magnitude, passaram a se constituir em molas mestras de todas as Constituições das nações que foram se modernizando. Isso propiciou o lastro para que também o direito processual civil passasse a se incrementar, aumentando o seu grau de cientificidade⁵, até mesmo pelo processo de inclusão, no corpo das Constituições, de normas de cunho processual. Traçando um paralelo com o pós-positivismo do direito constitucional (ALEXY, 2002, *passim*), seria o pós-processualismo ou mesmo neoprocessualismo, segundo outros (CAMBI, 2008, *passim*). De nada adiantaria o reconhecimento de direitos antes inusuais se a eles não fosse assegurada a forma de implementação. O processo civil ora assumiu, efetivamente, o encargo de comportar o progresso do direito material, dando-lhe vazão.

As discussões que antecederam a vigência da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC), monopolizaram a maior parte dos conteúdos acadêmicos dos processualistas civis para este monumental e importante conjunto de normas instrumentais⁶. É tempo, porém, de aferir-se a realização concreta do que foi trazido como experimentação normativa para instituir mudança de cultura e hábitos.

O foco do nosso trabalho, aqui, será muito preciso: um caso concreto de aplicação de novos preceitos processuais de uniformização de jurisprudência ao instigante tema de nomeação

⁵ “Essas formas especiais de tutela jurisdicional, que para alguns constituem a maior novidade científica no campo do processo civil, levam em conta a natureza do direito pleiteado e os mecanismos necessários para sua efetiva satisfação” (BEDAQUE, 1997, p. 53).

⁶ De se salientar que a história do processo civil, contrariamente ao direito administrativo, sempre foi de profunda codificação, de referenciais normativos muito claros, sendo a exceção o regramento de institutos por leis esparsas. Geralmente, tais casos se prestam a regulações infraconstitucionais de ações ou institutos previstos pelas Constituições, seja a atual, sejam as anteriores, dos quais são exemplos emblemáticos a ação popular e o mandado de segurança. Daí porque em menor intensidade – dir-se-ia melhor quase nenhuma – está a viver o que Ascensão (2017, p. 414) denomina de recodificação: “Mas, respeitando a história, podemos dizer que a hora é atualmente a da recodificação. A dispersão tem custos. Dificulta o conhecimento das normas (mesmo entre os juristas) e o trabalho sobre elas. A complexidade da vida aspira a um sistema, fundado em grandes princípios. O código propicia o progresso científico e dá orientações gerais. A prática, hoje desnordeada pela proliferação anárquica de fontes empíricas e casuísticas, precisa daquelas para se orientar”.

em concurso público. Para tanto, trataremos sequencialmente do conteúdo dogmático de direito processual civil, resgatando parte de um anterior artigo nosso, e do desenrolar da jurisprudência superior ao interpretar o direito material. Traremos os aspectos que nos parecem mais relevantes. Embora próximo, não cabe aqui abordar o novo regime da fundamentação judicial (art. 489 e seus §§, do CPC): seria assunto e pretensão demais para um espaço pequeno e uma proposta bem mais modesta⁷.

Confrontaremos, na prática, em que medida o novo processo aplicado ao direito administrativo serviu a um duplo propósito: aplicar o direito aos conflitos em litígio e à formação do aspecto paradigmático e influenciador das decisões judiciais.

2 Sistema de uniformização de jurisprudência do CPC.

Obra clássica de Taruffo, datada de 1975, dividiu as funções endoprocessual e extraprocessual da motivação (2005, p. 167-1688). A primeira, enquanto requisito técnico, assegurando que a motivação é útil (a) à parte que pretenda impugná-la, porque o conhecimento da motivação da decisão facilita a individuação do erro e (b) ao juízo de impugnação (recursal, mais apropriadamente quanto ao direito brasileiro), porque viabiliza o reexame da decisão impugnada. A segunda dá ensejo (a) ao controle externo das razões de motivação, (b) à indução ao julgador de demonstrar a validade racional de suas razões frente ao sistema jurídico e (c) à demonstração da eficácia persuasiva do precedente invocado como razão de decidir. Daí sua importância, também, para a decisão que não mais desafia recurso, como expressão da máxima garantia de justificação, o que já há décadas era no Brasil ressaltado⁹. Ainda

⁷ Buscamos enfrentar a nova técnica de fundamentação em outro momento, para o qual remetemos o leitor eventualmente interessado (2015, *passim*).

⁸ A obra de Taruffo foi originalmente publicada em 1975, em Pádua, Itália. Por se tratar de referência, ela continua a ser estudada e, eventualmente, republicada. Aqui, trabalhamos com republicação do ano de 2005.

⁹ “Ao ângulo em que nos colocamos, ressalta a insuficiência dessa maneira de equacionar

segundo as preciosas lições de Taruffo (2005, p. 169-171), importa ao magistrado demonstrar racionalmente (= justificação racional da decisão), não interessando, contudo, a formulação (= processo mental que conduziu o juiz a essa ou aquela decisão). Importa, assim, a obrigação ao juiz de “(...) una giustificazione razionale della sua decisione” (TARUFFO, 2005, p. 169).

Essa demonstração da eficácia persuasiva da decisão invocada como razão de decidir é o ponto que ora destacamos e escolhemos como importante à sistemática de precedentes. Forte nessa perspectiva, o CPC trouxe, dentre outros, um claro objetivo, indicado em sua exposição de motivos: imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. Há uma forte inspiração do princípio da segurança jurídica¹⁰, seja sob uma ótica vertical, de submissão aos precedentes firmados por Cortes superiores, seja sob uma ótica horizontal, de decisões iguais a situações fático-jurídicas iguais por parte das próprias Cortes formadoras dos precedentes:

Se as normas só existem a partir da interpretação, a ponto de se poder dizer eu o respeito ao princípio da legalidade significa na verdade respeito à interpretação conferida à lei pelos órgãos institucionalmente a tanto encarregados (ao menos do ponto de vista da administração da Justiça Civil), então quem quer que esteja preocupado em saber qual seu espaço de liberdade de ação e quais efeitos jurídicos são ligados às suas opções socioeconômicas (princípio

o problema e a sua inidoneidade para atender aos postulados do Estado de Direito. Não é a circunstância de estar emitindo a última palavra acerca de determinado litígio que exime o órgão judicial de justificar-se. Muito ao contrário, é nesse instante que a necessidade da justificação se faz particularmente aguda: o pronunciamento final, exatamente por se destinar a prevalecer em definitivo, e nesse sentido representa (ou deve representar) a expressão máxima da garantia, precisa, mais do que qualquer outro, mostrar-se apto a corresponder à função delicadíssima que lhe toca. Não é admissível que a garantia se esvazie, se despoje de eficácia, no momento culminante do processo mediante o qual é chamado a atuar” (MOREIRA, 1978, p. 118).

¹⁰ “Ressalte-se, a propósito, que, nestes últimos anos, os nossos tribunais superiores passaram a desempenhar papel relevantíssimo, por duas diferentes razões. Em primeiro lugar, pela necessidade de uniformizar a jurisprudência, diante das incertezas e divergências de julgados, que conspiram contra a segurança jurídica. São mais de 50 tribunais de segundo grau, espalhados nos diversos Estados brasileiros” (TUCCI, 2015, p. 144).

da liberdade), preocupado em saber como deve fazer para aplicar o direito a partir da necessidade de que todos sejam efetivamente iguais perante a ordem jurídica (princípio da igualdade, que no âmbito do processo civil sempre é lembrado a partir da velha máxima “*treat like cases alike*”) e como tornar a interpretação e a aplicação do direito algo forjado nas fundações do princípio da segurança jurídica, não pode obviamente virar as costas para o problema da interpretação judicial do direito e dos precedentes daí oriundos. Fora daí o direito brasileiro corre o risco de ser um direito irracional, um direito que não respeita a liberdade, a igualdade e a necessidade de segurança no tráfego jurídico. (MARINONI et al., 2015, p. 868).

Detalhou-se um contexto de obrigatoriedade dos tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926). Também se definiu um padrão (art. 927) segundo o qual devem os juízes observar (I) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, (II) os enunciados de súmulas vinculantes, (III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas ou em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, (IV) os enunciados das súmulas do STF e do STJ e (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Aliás, para parcela da doutrina os precedentes seriam as hipóteses dos incisos I, II e IV, pelo caráter uniformizador e por serem órgãos inclinados a dizer o direito e não à apreciação fática das Cortes Superiores (MARINONI et al., 2015, p. 870). Já Didier Jr. (2017, p. 167), ao reconhecer a jurisprudência fonte do direito, a partir mesmo do intercâmbio entre as tradições jurídicas do civil law e do common law, esclarece que existem os precedentes vinculativos e os precedentes que teriam o condão de obstar a apreciação de recursos ou de obstar a remessa necessária, sendo que ambos sempre têm força persuasiva. Ele não divisa, assim, as hipóteses dos incisos do art. 927 aludido. De toda forma, a estabilidade, a integridade e a coerência das decisões dos tribunais são canais viabilizadores da igualdade e da segurança jurídica e não fins em si mesmos:

Os precedentes das Cortes Supremas e a jurisprudência vinculante das Cortes de Justiça (oriundas do julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência) devem promover a segurança jurídica e ser coerentes. A segurança jurídica não é um fim em si mesmo: a interpretação judicial do direito deve ser regra (cognoscível, estável e confiável) a fim de que seja possível a cabal realização dos princípios da liberdade e da igualdade. Tampouco a coerência é um fim em si mesmo: a coerência – junto com a universalidade – constitui um postulado que visa a aferir a racionalidade do resultado interpretativo. E a racionalidade é um compromisso essencial do direito. O sistema jurídico deve ser seguro e as normas que o compõem devem ser coerentes (deve existir uma conexão de sentido que denote um suporte circular, complexo e gradual entre as normas: deve haver consistência e completude no plano formal e dependência recíproca e comunidade de elementos no plano substancial. (MARINONI et al., 2015, p. 871).

A disparidade de interpretação e aplicação do direito, com soluções distintas para litígios absolutamente idênticos, é situação de insegurança e desigualdade social, intranquilizando ao invés de pacificando – objetivo maior do processo. Realmente, não

(...) se pode admitir, por exemplo, em uma demanda de massa, que servidores públicos postulem o restabelecimento de uma gratificação ‘x’, obtendo êxito em determinados processos, enquanto outros, pleiteando o mesmo direito, tenham o pedido, ao final, julgado improcedente. (ALVIM et al., 2016, p. 1.061).

Dessa forma, a par dos até então existentes instrumentos de uniformização jurisprudencial do CPC de 1973, alguns deles confirmados no CPC atual, outros foram criados. Globalmente,

o quadro restou assim elencado: i) o incidente de assunção de competência, quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (art. 947); ii) o incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, I e II); iii) o julgamento sob a sistemática de recursos repetitivos para os recursos extraordinário e especial (art. 1.036).

Houve, também, o reforço da importância dos enunciados das súmulas do STF (inclusive as vinculantes), do STJ e do próprio tribunal, nos termos dos regimentos internos (§ 1º, art. 926). Embora deveras elogiado pela doutrina, há algum dissenso acerca da constitucionalidade da norma infraconstitucional instituir a obrigatoriedade de precedentes quanto aos incisos III, IV e V do art. 927. Diz-se isso porque já havia decisões de observância obrigatória, como aquelas proferidas em controle abstrato de constitucionalidade (art. 102, § 2º da Constituição Federal – CF) e os entendimentos constantes nas súmulas vinculantes (art. 103-A da CF). De certa forma vinculante, pelo seu caráter uniformizador, já eram os recursos repetitivos (art. 543-B e 543-C do CPC de 1973). Daí porque assevera Tucci:

Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – “os tribunais observarão” – os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical. Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a CF, como anteriormente referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade. (2015, p. 150).

Igualmente, Nery Jr. e Nery:

Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer função típica do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. (...) Portanto saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se aqui pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. (2015, p. 1837).

Assim, à míngua de previsão constitucional, há uma razoável dúvida doutrinária sobre a constitucionalidade do sistema de obrigatoriedade de observância das decisões calcado apenas no CPC e sem respaldo na CF. Parece acertado dizer que o CPC, por via legislativa infraconstitucional, busca positivar de vez o modelo de *stare decisis* que, na origem, não nasceu no direito positivo como o vemos hoje, mas da própria formação jurídica dos países que o adotam desde sempre, como o caso dos Estados Unidos. Destaca Carvalho:

Tal qual o entendimento de que aos juízes cabia a observância de eventual incompatibilidade entre a norma derivada da atividade do Parlamento e a Constituição, a regra que confere força vinculante aos precedentes judiciais nos Estados Unidos também não decorre de qualquer previsão do texto constitucional de 1787, tendo sido, igualmente, criação pretoriana reiterada pela prática institucional daquele país. (2012, p. 4).

O sistema de precedentes é originário dos países de common

law, como Inglaterra e Estados Unidos¹¹, mas o NCPC incorpora-o de forma sistematizada¹² ao nosso direito, jungido ao regime de civil law. Passaremos a ter, assumidamente, um modelo híbrido de civil law e de common law. Especificamente sobre o tema, trabalhou Souza:

This scenario clearly has challenged the myth that affirms the doctrine of binding precedent or *stare decisis* is an exclusive common law practice. The Brazilian experience has shown that the bindingness of judicial decisions is a characteristic freely auto-attributed by any legal system in order to achieve values such as stability, legal certainty, equality and speed in judicial decisions. In other words, the adoption of a rule of *stare decisis* by a legal system does not request its historical association with the common law tradition. The Brazilian experience has also put aside the myth that states that civil law judges, in terms of the creativity of their decisions, perform a different role when compared with their common law counterparts. Judicial reasoning, anywhere, is a much more sophisticated process than the simple act of declaring what the law is. The rules laid down by Brazilian judges sometimes go far beyond the limits of the cases from which they are derived. In

¹¹ “O sistema do *civil law*, hoje, é empregado nos países de tradição romano-germânica, entre os quais aqui se destacam, a título meramente de exemplo, a Alemanha, o Brasil, a Espanha, a França, a Itália e Portugal. Já o sistema do *common law*, também conhecido impropriamente como sistema inglês ou britânico, não se limita à Inglaterra, também sendo empregado nos Estados Unidos (com exceção do Estado da Louisiana, que é partidário do *civil law*), na Austrália, no Canadá (com exceção de Quebec) e na Índia, além de outros países colonizados pela Coroa Britânica” (CARPENA, 2010, p. 220).

¹² “*Stare decisis*. A necessidade de compatibilização horizontal e vertical das decisões judiciais decorre da necessidade de segurança jurídica, de liberdade e de igualdade como princípios básicos de qualquer Estado Constitucional. Normalmente, a imprescindibilidade dessa compatibilização é retratada pela máxima *stare decisis et quia non movere*, que determina o respeito aos precedentes das Cortes Supremas e à jurisprudência vinculante produzida pelas Cortes de Justiça. O *stare decisis* pode ser horizontal (respeito aos próprios precedentes e à própria jurisprudência vinculante) ou vertical (respeito aos precedentes e à jurisprudência das Cortes a que submetidos os órgãos jurisdicionais)” (MARINONI, 2015, p. 872).

Brazil, it is becoming quite clear that judges also make the law, and it can be proved by the evidence that some areas in Brazilian law, which were not originally statute regulated, have been considerably developed by case law" (2013, p. 215-216).

De toda sorte, como experiência inovadora (no aspecto da amplitude e inclusão via norma infraconstitucional), caberá à doutrina e à jurisprudência azeitarem as bases desse viés uniformizador. Há a necessidade de vencer amarras antigas, não ignoradas pela doutrina estrangeira, ainda que recente:

Di que la possibilità di qualificare, entro certi limiti che verranno più oltre precisati, anche le pronunce (le sentenze) dei giudici come fonti del diritto. Tale possibilità si realizza, tuttavia, soltanto in presenza di determinate circostanze e cioè là dove le decisioni del giudice sono dotate di una forza obbligatoria capace di imporsi nei confronti di tutti, ossia di quella efficacia erga omnes che contraddistingue in generale le altre fonti normative. Tale circostanza si realizza, come si è già visto, negli ordinamenti giuridici di common law (ad es. in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America), dove vige il principio dello stare decisis, ossia dell'obbligo per il giudice di livello inferiore di adeguarsi alla pronuncia adottata da un giudice di livello superiore nel decidere un caso analogo; essa non trova invece riscontro nell'esperienza degli ordinamenti giuridici di civil law (quelli che, come l'Italia, appartengono ad altra tradizione culturale), nei quali la sentenza del giudice produce i suoi effetti limitatamente alle fattispecie concrete sottoposte al suo giudizio ed è dunque priva (salva l'eccezione, come vedemo, rappresentata dalle sentenze della Corte costituzionale) di efficacia erga omnes. (CARETTI e SIERVO, 2012, p. 18).

As modificações do CPC foram muito bem resumidas por Amaral:

- Efeito vinculante, para todos os juízes e tribunais, das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, dos enunciados de súmula vinculante, dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, dos enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional.
- Efeito vinculante da orientação do plenário ou do órgão especial para os julgadores a eles vinculados.
- Dever de observância do dever de fundamentação na decisão com base em precedentes.
- Requisitos para a alteração de enunciado de súmula, jurisprudência pacificada ou tese jurídica firmado em casos repetitivos.
- Possibilidade de modulação dos efeitos da alteração dos precedentes.
- Publicidade dos precedentes. (2015, p. 948).

A formação de precedentes pressupõe amplo enfrentamento de questões de fato e de direito que possam influir no resultado do julgamento, a partir de uma premissa de discussão que legitime a decisão, tornando-a isenta de críticas, ao menos no que concerne à omissão em apreciar argumentos. De fato, da pena de Gálvez já se extraía:

Si el objetivo es persuadir, lo que estamos diciendo es que quien lo intente, debe usar el lenguaje común al auditorio en donde espera obter la adhesión, y a través de él argumentar, es decir, elaborar proposiciones que convengan al oyente de la contundencia de su tesis. Por cierto, mientras más integrados estén el proponente y el

auditorio respecto de la información que comparten, los valores de los que participan y los intereses que ambos pretendan, las posibilidades de lograr la persuasión son mayores. (2007, p. 581).

Dada linha de raciocínio divisa fundamentação da simples motivação: a primeira, o que se realmente quer, o enfrentamento das questões pertinentes à causa, observada a ouvida efetiva, pelo magistrado, de todos os argumentos levantados pelas partes; a segunda, que não atende o requisito constitucional, porque não se presta à dialógica e não é fruto da colaboração com as partes, muito menos propicia o convencimento destas (THEODORO JR. et al., 2015, p. 304). Essa ideia, talvez já não tão nova, mas ainda não tão popular, é sintetizada no seguinte (THEODORO JR. et al.):

Torna-se, assim, imperativa, ao se pensar o sistema processual, a criação de mecanismos de fiscalidade ao exercício dos micropoderes exercidos ao longo do iter processual, além da criação de espaços de interação (comparticipação) que viabilizem consensos procedimentais aptos a ensejar, no ambiente real do debate processual, a prolação de pronunciamentos que representem o exercício de poder participado, com atuação e influência de todos os envolvidos, inclusive criando-se contramedidas (como as decorrentes de boa-fé processual e do sistema recursal) aptas a impedir ou mitigar o aludido uso estratégico do processo. (2015, p. 303).

Há, bem verdade, posições em sentido contrário, como a de Neves, que não vislumbra diferença entre uma e outra:

Motivar e fundamentar significam exteriorizar as razões do decidir, e nessa tarefa obviamente as opiniões pessoais do juiz são irrelevantes, devendo o magistrado aplicar ao caso concreto o Direito, e não concretizar suas aspirações pessoais. (2015, p. 5).]

Para atingir tal escopo de fundamentação (e consequente legitimação), restaram previstas: a) a necessidade de ouvir a parte antes de se lhe decidir contrariamente (art. 9º); b) a vedação de decisão pelo magistrado baseado em argumento sobre o qual as partes não puderam se manifestar (art. 10, o chamado princípio da “cooperação” judicial); c) audiências públicas e participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão das teses jurídicas firmadas em súmulas ou julgamentos de casos repetitivos (§ 2º do art. 927); d) a incidência dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia na modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos demandará fundamentação adequada e específica (§ 2º do art. 927).

Em compasso com princípios constitucionais expressos e, portanto, de irrenunciável magnitude (inciso LXXVIII do art. 5º: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), deve o judiciário dar vazão à demanda crescente de causas e às soluções que, racionalmente, dentro de um sistema geral de precedentes e uniformização de jurisprudência, possam ser multiplicadas a partir de uma ou mais demandas suficientemente representativas.

Não só isso, mais expressivo é que, no CPC atual, diferente do anterior, é assegurado o manejo de reclamação junto ao STF proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (inciso II, § 5º do art. 988 do CPC).

Segundo o CNJ (2016, acesso eletrônico), o grau de descumprimento de obrigações legais ou contratuais (ou ao menos de judicialização do suposto descumprimento) resulta no incrível universo, considerado o ano de 2015, de 102 milhões de processos que passaram pelo judiciário, dos quais 74 milhões permaneceram em tramitação (irresolvidos), o que resulta numa proporção média de 5.883,03 e 4.268,08 processos para cada magistrado,

respectivamente considerando os dois quantitativos referidos. São 17.338 magistrados (75 de tribunais superiores, 2.831 de tribunais de 2º grau e 14.882 de varas, juizados especiais e turmas recursais). O Brasil tem uma média de 7,91 magistrados por 100.000 habitantes, com 5.085 cargos vagos. Os números, impressionantes, bem trazem o choque de realidade ao direito processual civil: os jurisdicionados precisam de soluções para seus conflitos, que não podem ou devem se eternizar, pensadas e trabalhadas numa perspectiva não de uma ou de outra pretensão resistida judicializada, mas de milhões de causas em tramitação.

Daí porque a observância do regime de estabilidade, a integridade e a coerência das decisões dos tribunais, para além de garantir igualdade e segurança jurídica, vocaciona-se muito diretamente à resolução de percentual expressivo de causas em tramitação no judiciário brasileiro com prestígio ao menor prazo de tramitação – conseqüentemente, a uma tutela jurisdicional mais célere.

3 Direito à nomeação em concursos públicos: o caso líder (RE n. 837.311/PI).

Firmadas as premissas anteriores no tangente à importância da uniformização da jurisprudência, como critério de igualdade e legalidade, a partir da estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais, avancemos para um caso concreto onde isso aconteceu. De longa data discute a jurisprudência diversas questões surgidas a partir do assunto concurso público. As situações em conflito são, essencialmente, quanto ao grau de discricionariedade da Administração quanto à nomeação ou não de candidatos aprovados.

A primeira e provavelmente mais antiga refere-se ao direito à nomeação pela só aprovação. As discussões iniciais quanto a esse assunto remontam ainda à década de 1940. A partir dos precedentes firmados na ACi n. 7.387-EI, rel. Min. Orosimbo Nonato, DJ

07.11.1944, no RMs n. 8.724, rel. Min. Cândido Motta Filho, DJ 08.09.1961, e no RMS n. 8.578, rel. Min. Pedro Chaves, DJ 12.04.1962, o STF editou a Súmula n. 15 (Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo fôr preenchido sem observância da classificação), aprovada em 13.12.1963. A posição assentada foi que a aprovação em concurso gera mera expectativa de direito à nomeação, ainda que dentro número de vagas. Contudo, havendo preterição de candidato (nomeação de candidato pior classificado), restaria configurado o direito adquirido à nomeação, por presente a necessidade do ente público realizador do concurso.

Uma segunda questão também nasceu ainda no século passado, a saber, aquela referente ao direito à nomeação sem que tenha havido preterição, mas em virtude da criação de novas vagas e/ou da realização de novo concurso público durante o prazo de validade do anterior. Resolveu o STF, àquele tempo, acerca da inocorrência de direito adquirido à nomeação (2ª. T., RE 16.398/CE, rel. Min. Orosimbo Nonato, DJ 28.06.1951). Na mesma linha: STF, Pleno, RE 52.677/SP, rel. Min. Victor Nunes, DJ 22.10.1964. Já em um julgado bem mais recente, após décadas daquelas primeiras decisões e já sob a vigente Constituição Federal, que a jurisprudência passou a reconhecer o direito à nomeação em tais circunstâncias, decretando:

“Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade” (STF, 2ª. T., RE 192.568/PI, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.09.1996, p. 33241).

Apenas dois anos após, porém, assentou a Corte que “(...) a abertura de novo concurso, no prazo de validade de concurso anterior, não gera direito de nomeação para os candidatos aprovados no primeiro, mas apenas prioridade sobre os novos

concurados” (STF, 1ª. T., RMS 22.926/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 27.02.1998, p. 34). Havia, pois, uma clara claudicância intestina no órgão fracionário do STF.

Por fim, ultimou-se que, calcado no RE 192.568/PI, avançou o STF na matéria para declarar que o “(...) anúncio de vagas no edital de concurso gera o direito subjetivo dos candidatos classificados à passagem para a fase subsequente e, alfin, dos aprovados, à nomeação” (STF, 2ª. T., RMS 23657/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 09.11.2001, p. 60), ainda que outro precedente do Colegiado tenha temperado que também haveria direito à nomeação “(...) se, indeferido pedido de prorrogação do prazo do concurso, em decisão desmotivada, for reaberto, em seguida, novo concurso para preenchimento de vagas oferecida no concurso anterior cuja prorrogação fora indeferida em decisão desmotivada” (STF, 2ª. T., RE 419013 AgR/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25.06.2004, p. 59). Sobre isso, o próprio Pleno do STF uniformizou, em Repercussão Geral, que o edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas (STF, Pleno, RE 598.099-RG, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.10.2011) ou daquele aprovado fora do número de vagas prevista no edital, mas que passe a figurar dentre elas, em decorrência da desistência de candidatos em colocação superior (STF, 1ª. T., RE 916425 AgR/BA, rel. Min. Roberto Barroso, DJe-166 09.08.2016).

Apesar desses precedentes, só bem recentemente a miríade maior dessas questões foi de todo sepultada. Inicialmente, no RE n. 837.311/PI (Tema 784), o STF reconheceu, em decisão publicada no DJ de 02.12.2014, a Repercussão Geral. Levado a julgamento em Plenário, a matéria foi decidida em 09.12.2015. Portanto, já sob a vigência do atual CPC. Assim, em sede de aprovação em concurso público e acesso a cargos públicos (art. 37, II da Constituição Federal), lavrou o STF o seguinte caso líder:

“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. IN CASU, 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. ARBITRIO. 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.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação

titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Conseqüentemente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no

curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que 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, caracterizadas 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, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após

expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento” (STF, Pleno, RE 837.311/PI com Repercussão Geral, rel. Min. Luiz Fux, DJe-072 18.04.2016).

A ratio decidendi, claramente, avançou no concernente ao sempre delicado tema da sindicabilidade judicial da discricionariedade administrativa. Se é fato que o edital vincula a administração quanto ao concurso público, foi-se além para evidenciar que até mesmo o que não estritamente referente ao concurso em si – como o processo administrativo de nomeação e seus desdobramentos, muito mais afetados à conveniência e oportunidade da administração em si – é passível de adstrição vinculante ou, quando menos, de controle jurisdicional mais efetivo. Em casos que tais, a discricionariedade deixa de existir. Doutrina de peso há tempos dedica-se a isso:

Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricionariedade, se entenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empecilho existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. (MELLO, 2004, p. 860).

Sob a linha de observância horizontal dos precedentes firmados, o STF amoldou-se, nos julgados posteriores, às premissas vinculadoras por si estabelecidas (STF, 1ª. T., ARE 933389 AgR/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, DJe-201 21.09.2016; STF, 2ª. T., RMS 34516 AgR/DF, rel. Min. Edson Fachin, DJe-101 16.05.2017). Da mesma forma e sem maior demora, tratou a jurisprudência do STJ de observar ao mesmo leading case:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. RE 873.311/PI. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CABAL. ARBITRARIEDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento, pelo regime da repercussão geral, do RE 837.311/PI, relator o Em. Ministro Luiz Fux, fixou a respeito da temática referente a direito subjetivo à nomeação por candidatos aprovados fora das vagas previstas em edital a seguinte tese: "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."

2. Não comprovada de forma cabal, portanto, na forma do item 3 referido, a ocorrência de preterição arbitrária e imotivada, por parte da Administração Pública, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público, é correta a denegação da ordem mandamental.

3. O referido julgado do Supremo Tribunal Federal não impede por completo o reconhecimento do direito no caso de candidatos aprovados fora do número de vagas previsto em edital, mas apenas exige em tal situação uma atuação processual mais robusta do candidato, impondo-lhe o ônus de provar de modo cabal a situação arbitrária e imotivada de preterição.

4. Agravo interno não provido" (STJ, 2ª. T. AgInt no RMS 50456/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 27.10.2016).

"Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ANALISTA JUDICIÁRIO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE NOVO CONCURSO DURANTE A VIGÊNCIA DO CERTAME ANTERIOR NÃO GERA AUTOMATICAMENTE DIREITO À NOMEAÇÃO DOS APROVADOS NA CONDIÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. TESE FIRMADA PELO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE PRETERIÇÃO IMOTIVADA E ARBITRÁRIA PELA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Excelsa Corte, em repercussão geral, asseverou que 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, caracterizadas 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 (RE 837.311/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 18.4.2016).

2. No caso concreto, só se demonstrou que foi aberto novo certame ainda na vigência do concurso anterior, mas não comprovaram os impetrantes preterição ou arbitrariedade da Administração quanto ao provimento dos cargos, requisito que seria necessário para reconhecimento do direito invocado.

3. Destaca-se que, conforme anotado no relatório que acompanha o acórdão combatido, durante a tramitação do processo, foram nomeados para o cargo almejado 11 dentre os 12 impetrantes (fls. 1.221/1.222), o que denota não haver arbitrariedade da Administração na condução do aproveitamento dos candidatos aprovados excedentes às vagas originais do certame, e, sim, uso da discricionariedade afeita aos Entes Públicos na escolha do momento mais apropriado ao provimento dos cargos.

4. Agravo Interno dos particulares a que se nega provimento" (STJ, 1ª. T., AgInt no RMS 38919/MA, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 26.10.2016).

Dessa forma, cristalino hoje que só há direito subjetivo à nomeação nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária

e imotivada por parte da administração nos termos acima. A preterição, por sua vez, há de ser cabalmente demonstrada (STJ). A eventual jurisprudência, anterior ou atual, que divirja dessa ratio decidendi, encontra-se ao desamparo de conforto jurídico e deve ser imediatamente alterada.

Da mesma maneira, a convocação de candidato aprovado fora do número de vagas ou para fins de cadastro reserva, equiparável à primeira hipótese, constitui discricionariedade da administração, possível durante o prazo de validade do concurso, que não gera direito à nomeação, não se presumindo conveniência de nomeação de todos os aprovados, que deve observar a política própria de gestão pública, inclusive orçamentária. Relevante destacar que também não gera direito à nomeação a aprovação em concurso para formação de cadastro reserva onde não tenha havido preterição.

Argumento deveras invocado para cargos da área jurídica – e que ora merece menção – é aquele atinente à configuração da necessidade de preenchimento de vaga a partir da contratação de pareceres jurídicos externos, a custos elevados, que viabilizariam a nomeação de muitos assessores jurídicos. A contratação de pareceres jurídicos mediante dispensa de licitação encontra respaldo normativo (art. 89 da Lei n. 8.666/93 - Lei das Licitações). Tanto que assim definiu-se superiormente:

“EMENTA: IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade

do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa” (STF, 1ª. T., Inq 3074/SC, rel. Min. Roberto Barroso, DJe-193 03.10.2014).

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE CONSTITUINTE E CONSTITUÍDO. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

2. A contratação sem licitação por inexigibilidade deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.

3. A existência de vínculo de confiança entre constituinte e constituído não pode ser admitida como fundamento para a contratação de serviços de advocacia com inexigibilidade de licitação.

4. Agravo interno não provido” (STJ, 2ª. T., AgInt no REsp 1581626/GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14.11.2016).

A constatação da abusividade da postura quanto à contratação de pareceristas há de ser cumpridamente provada no caso

concreto. O custo elevado de tais contratações, não é argumento válido, dada a autonomia gerencial administrativa, ainda que discutível a moralidade desse modelo constitucional e normativo permissivo de tangenciamento à regra do concurso público. Isso não retira, porém, o agasalho constitucional e legal que existe e é assentado jurisprudencialmente. Ora, sendo constitucional e legal, em princípio, dita conduta não pode ser considerada arbitrária ou imotivada, de modo a gerar direito à nomeação por candidato aprovado fora do número de vagas ou para cadastro reserva. Isso, aliás, já foi dito pelo STJ após o RE 837.311/PI com Repercussão Geral, ao enfrentar e afastar a contratação temporária válida como fundamento bastante à nomeação de cadastro reserva:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. RE 873.311/PI. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CABAL. ARBITRARIEDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS RECURSAIS. PROCESSO MANDAMENTAL.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento, pelo regime da repercussão geral, do RE 837.311/PI, relator o Em. Ministro Luiz Fux, fixou a respeito da temática referente a direito subjetivo à nomeação por candidatos aprovados fora das vagas previstas em edital a seguinte tese: "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."

2. Não comprovada de forma cabal, portanto, na forma do item 3 referido, a ocorrência de preterição arbitrária e imotivada, por parte da Administração Pública, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público, é correta a denegação da ordem mandamental.

3. O referido julgado do Supremo Tribunal Federal não impede por completo o reconhecimento do direito no caso de candidatos aprovados fora do número de vagas previsto em edital, mas apenas exige em tal situação uma atuação processual mais robusta do candidato, impondo-lhe o ônus de provar de modo cabal a situação arbitrária e imotivada de preterição.

4. A contratação de pessoal sem observância da regra constitucional do concurso público tem aptidão para configurar preterição imotivada e arbitrária, mas não há falar em necessária ilegalidade nessa conduta, porque o art. 37, inciso IX, da Constituição da República, confere essa habilidade ao Administrador Público, dentro das hipóteses da respectiva lei de regência, fazendo-

se necessário, contudo, a observância dos requisitos estabelecidos no RE 658.026/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgado pelo regime da repercussão geral, a saber, que (a) os casos excepcionais estejam previstos em lei, (b) o prazo de contratação seja predeterminado, (c) a necessidade seja temporária, (d) o interesse público seja excepcional, e (e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

5. Esclareça-se, neste último, que a contratação temporária para o exercício de funções relacionadas a cargos de natureza permanente, a atividades corriqueiras do Estado, embora indesejável, pode ou não caracterizar ilegalidade, a depender de configuradas ou não situações emergenciais e transitórias.

6. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assenta que a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não constitui obrigatoriamente ato ilegal quando recair sobre funções relacionados a "cargos permanentes" e a atividades corriqueiras, ordinárias, desde que justificada a emergencialidade e o propósito de evitar solução de continuidade na prestação do serviço público. Em caso análogo, mas sobre a contratação temporária de professores, confira-se a ADI 3.721/CE (Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Acórdão Eletrônico DJe-170 Divulg 12-08-2016 Public 15-08-2016).

7. Sendo assim, cumpria ao interessado demonstrar cabalmente, como indicado no RE 837.311/PI, que a contratação temporária de terceiros, no caso concreto, para atuarem como enfermeiros fugia à autorização constitucional, segundo a compreensão sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, e que causava a

preterição ao aventado direito à nomeação, pena de denegação da ordem.

8. O art. 25 da Lei 12.016/2009 estabelece regra de descabimento de condenação em honorários advocatícios "no processo mandamental", expressão que reúne a ideia de ação e do procedimento subjacente, com a petição inicial, as informações da autoridade coatora, a intervenção do Ministério Público, a prolação de provimento judicial e, ainda, os recursos consequentes, de maneira a afastar a incidência do regime do art. 85, § 11, do CPC/2015.

9. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido" (STJ, 2ª. T., RMS 51721/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14/10/2016).

A observância horizontal e vertical do quanto decidido no RE n. 837.311/PI, portanto, evidencia o acerto do sistema de uniformização de jurisprudência concatenado pelo CPC, constituindo-se em instrumento de igualdade e legalidade. Acima de tudo, evitando decisões contraditórias e viabilizando celeridade e racionalidade em litígios que tratem da mesma matéria.

4 Conclusão

Há muito tempo já se vem estudando a necessidade de uma aproximação entre direito material e processual, notadamente quando aquele respeita a interesses de maior magnitude ou abrangência.

O CPC vigente reforçou e implementou um sistema de uniformização de jurisprudência que visa garantir igualdade e legalidade, por meio da observância horizontal e vertical da estabilidade, da integridade e da coerência das decisões dos tribunais, imprescindíveis às decisões judiciais.

Há várias décadas persistiam demandas discutindo questões atinentes a nomeações em concurso público, com discrepâncias de

entendimento nas próprias Cortes superiores.

Um sistema de uniformização de jurisprudência efetivo configura-se em instrumento de igualdade e legalidade. Acima de tudo, afasta decisões contraditórias e viabiliza celeridade e racionalidade em litígios que tratem da mesma matéria.

Com o RE n. 837.711/PI e a subsequente acomodação da jurisprudência à sua ratio decidendi, temos uma clara demonstração de acerto do sistema de uniformização de jurisprudência introduzido pelo CPC a partir de sua aplicação ao direito administrativo.

Referências

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução para o castelhano por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial no novo Código de Processo Civil. Revista CEJ. Brasília: Conselho da Justiça Federal, v. XIX, p. 58-77, 2015.

ALVIM, Angélica Arruda et al. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

ASCENSÃO, J. Oliveira. Concorrência de fontes, “diálogo das fontes” e unidade da ordem jurídica. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de et al. Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual. Estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. A emergência do direito processual público. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.); SUNDFELD, Carlos Ari. Direito processual público. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). Leituras complementares de processo civil. Salvador: Podivm, 2008.

CARETTI, Paolo; SIERVO, Ugo De. Diritto costituzionale e pubblico. Turim: G. Giappichelli Editore, 2012.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no common law. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 180, p. 195-220, fev./2010.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Stare decisis e súmula vinculante: uma análise comparativa sobre a vinculação das decisões na jurisdição constitucional. Lex Humana. Petrópolis: Universidade Católica de Petrópolis, v. 4, n. 1, p. 01-19, jan./jun. 2012. In: <http://www.academia.edu/2509535/Stare_Decisis_e_S%C3%BAmula_Vinculante_uma_an%C3%A1lise_comparativa_sobre_a_vincula%C3%A7%C3%A3o_das_decis%C3%B5es_na_jurisdi%C3%A7%C3%A3o_constitucional>. Acesso em 04.11.2015.

CONSELHONACIONALDEJUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2016. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 13.02.2017.

DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 4ª. ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

GÁLVEZ, Juan Monroy. Teoría general del proceso. Lima: Palestra Editores, 2007.

MARINONI, Luiz GUILHERME et al. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 2015.

MOREIRA, A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Revista brasileira de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, v. 16, p. 111-125, 4º. Trim. 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. The Brazilian Model of Precedents: a New Hybrid between Civil and Common Law? Tese (Doutorado em Filosofia) - King's College London, Londres, 2013. In: « https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/12527360/Studentthesis-Marcelo_Alves%20Dias%20De%20Souza_2013.pdf». Acesso em 05.11.2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao direito processual público. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.); SUNDFELD, Carlos Ari. Direito processual público. São Paulo: Malheiros, 2000.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. IN: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Estudos de direito processual civil. São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JR., Humberto et al.. Novo CPC fundamentado e sistematizado. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no Novo CPC. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, v. XXXV, n. 126, p. 143-151, maio/2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. Teoria geral do processo. 16ª. ed., São Paulo: RT, 2016.