

JUSTIÇA CIDADANIA &



DESEMBARGADOR PAULO BARATA DIRETOR
DO CENTRO CULTURAL JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA, EDUCAÇÃO E CULTURA

Editorial: Lembrai 1964



APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

Juiz Teophilo Antônio Miguel Filho

Problemática

Não são raras as vezes em que o candidato aprovado em concurso público comparece ao Poder Judiciário para pedir que a esfera do Poder Público responsável pela realização do certame seja compelida a nomeá-lo para o cargo almejado.

Tal pretensão exsurge quando, a despeito da aprovação e classificação dentro do número de vagas expressamente previsto no edital, a Administração Pública queda-se inerte, ou, ainda, quando, durante o prazo de eficácia¹ do certame, cargos tornam-se vagos em virtude de transferências, aposentadorias

ou óbitos de seus ocupantes.

As razões expendidas abordam o inconformismo com a conduta omissiva e excessiva delonga na nomeação, já que não seria razoável, além de ferir o princípio da moralidade administrativa, que, a despeito da existência de cargos vagos, se realizasse um custoso e demorado concurso público para o provimento dos mesmos única e exclusivamente com a finalidade de arrecadar o valor cobrado a título de inscrição, o qual, invariavelmente, é elevado.

Objetivos

Por intermédio do presente trabalho, pretende-

se demonstrar a insubmissão do Poder Público ao dever jurídico de nomear candidato aprovado em certame, em que pese a vacância de cargos.

Justificativa

A importância deste estudo se justifica para preservar a integridade de diversos princípios do Direito Administrativo, como o da razoabilidade, o da moralidade, bem como o da separação dos Poderes, a fim de coibir indevidas ingerências do exercício da função jurisdicional em misteres exclusivamente atinentes aos da função administrativa, evitando a proliferação de práticas processuais que enfraqueçam a segurança jurídica e acarretem instabilidade nas relações políticas.

Metodologia e técnicas utilizadas

A pesquisa jurisprudencial e doutrinária será o método utilizado para se alcançar a conclusão.

Desenvolvimento

A controvérsia acerca da existência de direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público suscita intermináveis debates acerca de questões jurídicas de alta indagação, envolvendo seara constitucional e administrativa.

Ensina-nos San Tiago Dantas² que em toda relação jurídica, consubstanciada em uma relação social especialmente qualificada pela norma jurídica, encontra-se como seu elemento fundamental o dever jurídico. Esse dever se deduz da própria norma jurídica que qualifica aquela relação. Ou é o dever de fazer aquilo que a norma ordena, quando a norma contém o comando, ou é o dever de respeitar os efeitos jurídicos da norma, quando a norma se limita a atribuir efeitos jurídicos, ou, então, quando a norma foi violada, a esse dever corresponde um direito de uma outra pessoa de exigir o cumprimento do dever.

Destarte, conclui-se que a relação jurídica compõe-se de dois elementos indissociáveis: o dever jurídico e o direito subjetivo. Este último é identificável segundo a presença de três elementos:

- a) este direito subjetivo é sempre decorrência de um dever jurídico;
- b) o direito subjetivo é violável;
- c) o titular do direito subjetivo pode ter a iniciativa da coerção para fazer a parte contrária

A PESQUISA JURISPRUDENCIAL E DOCTRINÁRIA SERÁ O MÉTODO UTILIZADO PARA SE ALCANÇAR A CONCLUSÃO

sucumbir à sua pretensão surgida da violação do dever jurídico.

Assim, direito subjetivo e dever jurídico são os dois lados da mesma moeda denominada relação jurídica.

Não há que se falar em direito subjetivo se não preexistir um dever jurídico a ser desrespeitado. A existência deste é *conditio sine qua non* para que se cogite daquele.

Neste exato momento vem à baila a inexorável indagação: tem o candidato aprovado em concurso público direito subjetivo à nomeação?

Esta pergunta equivale a outra de igual quilate: tem a Administração Pública o dever jurídico de proceder à nomeação de candidato aprovado em concurso público?

A resposta da última conduzirá à solução daquela.

Doutrina e jurisprudência incumbiram-se de responder. Conforme Diógenes Gasparini³,

Concurso público é o procedimento posto à disposição da Administração Pública direta e indireta, de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços que estão sob sua responsabilidade. Não é, assim, procedimento de simples habilitação. É um processo competitivo, onde as vagas são disputadas pelos vários candidatos. Nenhum direito subjetivo tem à nomeação. Pelo concurso concretiza-se o Princípio da

Igualdade.

Referindo-se ao prazo de validade do concurso público (artigo 37, inciso III, Constituição da República), comenta, ainda, o insigne administrativista que nada impede que, durante o prazo de validade de um concurso, outro seja aberto, levado a efeito e classificados os aprovados. O que não se pode dentro desse prazo é nomear os classificados de um concurso posterior, enquanto existirem concursados anteriores a serem nomeados.

Outro não foi o entendimento esposado pela Eminente Desembargadora Federal Tania Heine⁴, em voto proferido perante julgamento realizado no Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja ementa segue *in verbis*:

I - Concurso público para professor assistente, constando do edital a existência de uma vaga, com aprovação de quatro candidatos.

II - Os aprovados têm prioridade sobre novos concursados (art. 37 da CF) dentro do prazo de validade do concurso (art. 12, § 2º, da Lei 8.112/90).

III - Aberta outra vaga, dentro do prazo de validade do concurso, o segundo colocado tem direito de ser convocado prioritariamente, antes dos aprovados no concurso seguinte.

IV - Recurso e remessa necessária improvidos.

Ainda em seu voto, cita a Magistrada as elucidativas lições do saudoso Hely Lopes Meirelles⁵:

“Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo disputado.

Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com a preferência sobre qualquer outro, desde que a Administração se disponha a prover o cargo, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discricção do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato, que não o vencedor do concurso”.

Trazemos, ainda, à colação o entendimento do Eminentíssimo Ministro Hélio Mosimann⁶, em julgamento realizado no Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“...

Sabemos que o princípio norteador da matéria é o de que a aprovação em concurso público não obriga o candidato, ao qual aproveita mera expectativa de direito à almejada nomeação”.

Nesse mesmo sentido:

“Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação. Nomeação.

A aprovação em concurso público confere ao candidato expectativa à nomeação. Não tem direito de exigí-la. Ilegalidade haverá caso a pública administração promova nomeação em desrespeito à ordem de classificação.”⁷

Destarte, impende tecer algumas considerações de ordem prática para perfeito delineamento da *vexata quaestio*.

Aprovação e classificação em concurso público não se confundem.

A primeira é conferida aos que obtiverem logro o grau mínimo. Entretanto, estes não se podem dizer classificados, eis que se encontram

na dependência da existência de vagas, que é fator meramente circunstancial.

Tanto aos aprovados classificados quanto aos aprovados não classificados reconhece-se direito subjetivo tão-somente à estrita observância da ordem classificatória para que se proceda à nomeação, porque a este direito corresponde o dever jurídico da Administração Pública em manter imaculado o Princípio Constitucional da Impessoalidade e Moralidade, insculpidos no *caput* do artigo 37 da Carta Magna.

Possuem mera expectativa de direito à nomeação, segundo a análise meritória da conveniência e oportunidade da prática do ato. Lesão apta a ensejar tutela jurisdicional só surgirá se e quando for inobservada a ordem de classificação.

Daí porque compeler a Administração Pública a nomear o candidato para o cargo almejado esbarra em quebra do Princípio da Separação dos

Poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição da República, consubstanciando-se em ingerência exacerbada e indevida de um Poder (*rectius* Órgão) em misteres exclusivos atinentes a outro.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no artigo 77, inciso VII, assim dispõe:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade, interesse coletivo e, também, ao seguinte:

“...

VII – a classificação em concurso público, dentro do número de vagas obrigatoriamente fixado no respectivo edital, assegura o provimento no cargo no prazo máximo de cento e oitenta dias, contado da homologação do resultado.”

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, se posicionou, *incidenter tantum*, pela inconstitucionalidade do mandamento constitucional acima indigitado, corroborando, destarte, o entendimento que ora se expõe:

“Concurso público. Artigo 77, inciso VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que cria direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas e no prazo de cento e oitenta dias. Inconstitucionalidade formal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 229.450, Relator

Ministro Maurício Corrêa, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do artigo 77, inciso VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que cria direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas do edital do certame, e impõe a nomeação no prazo de cento e oitenta dias, por inobservância do princípio da reserva da iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo (Constituição Federal, artigo 61, parágrafo primeiro, inciso II, alínea “c”).

Recursos conhecidos e providos.”

No Recurso Extraordinário n.º 229.450 – RJ, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 10 de fevereiro de 2000, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assegurou a candidatos aprovados no concurso para provimento de cargos de fiscal do sistema viário o direito à nomeação, por força do disposto no supra mencionado artigo 77, inciso VII.

A questão versada lavrou dissensão: o Relator, acompanhado pelos eminentes Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, declarou a inconstitucionalidade da norma impugnada, uma vez que esta limitação temporal, ao restringir o poder discricionário do agente público, contraria o princípio da independência dos Poderes, conforme insculpido no artigo 2º da Constituição da República.

Por outro lado, os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Octávio Gallotti e Marco Aurélio entenderam que a Constituição Estadual pode limitar a discricionariedade dos Poderes, assegurando ao candidato aprovado em concurso público o direito subjetivo à nomeação.

Em outra oportunidade⁸, acrescentou a Suprema Corte, por maioria, que a obrigatoriedade da nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital ofende o artigo 61, parágrafo primeiro, inciso II, alínea “c”, da Constituição da República, que confere ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa das leis que disponham sobre servidores e o provimento dos cargos públicos.

Conclusão

Em suma: onde não há dever jurídico, inexistente possibilidade de violação de direito subjetivo, eis que encontramos-nos no campo da mera expectativa de direito, que somente exsurgirá mediante inobservância à ordem classificatória ou deflagração de novo certame durante o prazo de eficácia do anterior.

Juiz Federal e diretor do foro do Rio de Janeiro

ASSIM, DIREITO
SUBJETIVO E
DEVER JURÍDICO
SÃO OS DOIS
LADOS DA
MESMA MOEDA
DENOMINADA
RELAÇÃO
JURÍDICA

Bibliografia

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo, Malheiros Editores, 1992. (Footnotes)

1 Afirma Sérgio de Andréa Ferreira, in *Comentários à Constituição*, 3º volume, 1991, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, página 150, que “a CF, no inciso III do artigo 37, fixou o que rotula de prazo (máximo) de validade do concurso público. Repete, assim, equívoco, generalizado, encontradão na própria legislação, porquanto o prazo é ligado ao plano de eficácia, e não de validade. Em verdade, a limitação temporal diz respeito ao efeito produzido, ou seja, à habilitação que resulta da aprovação no concurso homologado, e, quando, é o caso, da correspondente ordem classificatória. E, pois, questão de vigência

desse efeito, que tem prazo preclusivo.”

2 Programa de Direito Civil, Parte Geral, Editora Rio, página 147.

3 *Direito Administrativo*, Saraiva, 3ª edição, página 129.

4 *Apelação em Mandado de Segurança 93.02.20733-1/RJ*, publicado no DJU-II de 09/08/94, página 42.213.

5 *Direito Administrativo Brasileiro*, 1966, página 365.

6 *Recurso em Mandado de Segurança 1585-3/MG*, RSTJ 67/267

7 ROMS n.º 494/MS, Ministro Vicente Cernicchiaro, e também RSTJ 66/213.

8 *Recurso Extraordinário 191.089 – RJ*, Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, julgamento em 14 de março de 2000, votação unânime, publicação no Diário de Justiça em 28 de abril de 2000, página 95, ementário volume 01986-05, página 846.

9 *Recurso Extraordinário n.º 190.264 – RJ*, Relator Originário Ministro Marco Aurélio, Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim, julgamento em 10 de fevereiro de 2000.