

O Direito Subjetivo à Posse nos Concursos Públicos

Mauricio Magnus Ferreira
Juiz de Direito do TJ/RJ.

Enfim o Superior Tribunal de Justiça alterou diametralmente seu antigo e consolidado posicionamento para admitir que o Poder Judiciário exerça o controle sobre a conveniência e oportunidade da Administração Pública, no que tange à nomeação de aprovados dentro do limite de vagas do concurso público.

O Poder Judiciário sempre chancelou o entendimento de que, na seara do concurso público, haveria, por parte da Administração Pública, total discricionariedade para a nomeação e posse de candidatos aprovados, mesmo que dentro do número de vagas oferecidas no edital.

Não eram raras as situações em que o Poder Público iniciava um certame, publicando edital, oferecendo dezenas ou até centenas de vagas, estimulando um elevado número de pessoas a envidar todo o tipo de esforço na busca de alcançar uma aprovação. E, após um longo e desgastante processo seletivo, candidatos aprovados dentro do limite de vagas oferecido muitas vezes eram deixados de lado, sob o simplório argumento de que a Administração não teria mais interesse no preenchimento das mencionadas vagas. Argumentava-se que o que era necessário, simplesmente deixou de ser.

Nas sábias lições do mestre José dos Santos Carvalho Filho, pode-se definir concurso público como o *“procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e, no aspecto seletivo, são escolhidos aqueles que ultrapassam as*

barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.” (Manual de Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, 11ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 511)

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, II, preceitua que: “*A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.*”

Verifica-se, pois, que o concurso público é uma exigência constitucional para o ingresso no serviço público.

Assim, cumpridas as diversas fases do certame, a doutrina amplamente majoritária e a jurisprudência, de forma pacífica, cristalizaram o entendimento de que os aprovados, *mesmo que dentro do limite de vagas*, não tinham direito subjetivo à posse. Tratar-se-ia de *mera expectativa de direito*, ou seja, a Administração Pública teria a conveniência e a oportunidade para o provimento. O único direito subjetivo ventilado era o do candidato aprovado não ser preterido em sua ordem de classificação.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, Hely Lopes Meirelles, Jessé Torres Pereira Junior, dentre outros, e, em âmbito jurisprudencial, RE nº 116,044, 1988, Rel. Min. Djaci Falcão (RTJ 127/297). Na mesma linha, decisão do STJ (RMS nº 1.174, julg. Em 22/04/1992, Rel. Min. José de Jesus Filho).

Cabe trazer à colação recente acórdão da lavra do eminente desembargador Jessé Torres:

“APELAÇÃO. Obrigação de fazer. Concurso público para o provimento do cargo de assistente social. Das 25 vagas oferecidas no edital, 23 foram preenchidas no prazo de validade do certame. A apelante foi classificada em 24º lugar e postula sua nomeação diante da exoneração da terceira classificada. O ente público não está obrigado a prover a

vaga aberta se, como demonstrado, encontra-se com o orçamento comprometido com despesas de pessoal e não contratou estranhos ao concurso em regime temporário. Aplicação do verbete 15, da Súmula do STF, que, mesmo em face da evolução jurisprudencial do tema, não autoriza a nomeação se não houve preterição da ordem de classificação, e a Administração deve conter despesas. Recurso a que se nega provimento.” (Apelação Cível nº 2008.001.04871 - Relator Des. JESSÉ TORRES, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro)

É interessante destacar que, já havia alguns anos, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que, se o candidato aprovado demonstrasse que a omissão ou recusa na nomeação tivesse sido acompanhada de recrutamento por meio de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual o candidato fora aprovado, passaria este a ter direito subjetivo ao ato de nomeação. Aliás, tal posicionamento significou um grande avanço.

Só que agora, felizmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a discricionariedade do Poder Público está em abrir ou não processo seletivo. Ou seja: a partir do momento em que a Administração publica o edital do concurso público oferecendo determinado número de vagas, fica obrigada a contratar aqueles candidatos aprovados dentro do limite de vagas oferecido.

O caso que gerou a mudança de entendimento no Egrégio Superior Tribunal de Justiça é oriundo da cidade de São Paulo. Os ministros do Colendo Tribunal analisaram recurso em mandado de segurança no qual uma candidata, ainda dentro do prazo de validade do concurso, teria ingressado com o referido remédio constitucional, postulando sua nomeação para o cargo de Oficial de Justiça. O edital previa 98 vagas e ela havia sido classificada em 65º lugar. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não acolheu o pleito da impetrante, sob o argumento de que a aprovação e a classificação em concurso público gerariam apenas expectativa de direito na nomeação. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso,

garantindo à recorrente o direito à posse. O relator, Ministro Paulo Medina, argumentou que a alegação de indisponibilidade financeira para nomeá-la ao cargo se relacionaria com a questão da governabilidade, “*o que pressupõe um mínimo de responsabilidade para com os atos que praticam, mormente quando afetam de forma direta a esfera jurídica dos cidadãos.*” (RMS 20.718/SP, Ministro Rel. Paulo Medina, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça)

E nada mais correto e consentâneo com os valores constitucionais expostos na Carta Magna de 1988. Não se pode admitir que por questões muitas vezes escusas se permita que o Poder Público não atue com a devida seriedade e responsabilidade em seus atos. Nada justifica o concurso ser necessário em um determinado momento e, logo após, passar a ser despiciendo.

Não mais se pode admitir que a Administração Pública tenha esse Poder soberano e incontestável, permitindo que despreze valores e garantias constitucionais.

É bem verdade que o tema encontra eco na conflituosa questão de se admitir o controle judicial sobre os atos da Administração Pública. No entanto, a jurisprudência e a doutrina mais moderna vêm perfilhando-se no sentido da admissibilidade, conforme se verifica nas lições do mestre Jessé Torres Pereira Junior: “*A Constituição da República de 1988 abriu e sofisticou os horizontes do controle judicial da Administração, para levá-los além da legalidade estrita do ato administrativo e de seus motivos determinantes, quando expressos. Passa-se a questionar a legitimidade, a economicidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência, os resultados. Até porque são rótulos expressa ou implicitamente presentes no texto constitucional (v. artigos 5º, 37 e 70)*” (**Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável**, Jessé Torres Pereira Junior, Editora Fórum, 2005, Belo Horizonte, p. 46).

Por todo o exposto, deve o Poder Judiciário atuar firmemente, exercendo o controle sobre a suposta “conveniência e oportunidade” da Administração Pública quanto à nomeação de aprovados dentro do limite de vagas no concurso público, uma vez que a discricionariedade cessa com a publicação do edital. ☐