

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Mateus Eduardo S. N. Bertoncini; Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-586-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito promoveu em Salvador, nos dias 13 a 15 de junho de 2018, o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, congresso inspirado no tema “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural. Novamente, professores, pesquisadores e estudantes brasileiros e estrangeiros, reunidos em 63 grupos de trabalho na tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, protagonizaram mais um evento da pós-graduação em Direito de grande sucesso científico e humano, ambientado na histórica, culturalmente diversa, luminosa e acolhedora cidade de Salvador, capital do Estado da Bahia.

Os participantes do GT 51, de Direito Administrativo e Gestão Pública, coordenado pelos professores doutores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (UNICURITIBA) e Sérgio Urquhart de Cademartori (UNILASALLE), assistiram as apresentações de 12 trabalhos científicos, seguidas de amplo e democrático debate, com a participação de todos os presentes, numa ambiência demarcada pela dialeticidade e harmonia, que só fez crescer e aprofundar as reflexões sobre os artigos previamente aprovados ao menos por dois avaliadores doutores do CONPEDI, frutos de pesquisas desenvolvidas em diversos programas de mestrado e doutorado em Direito no Brasil.

A relação de textos apresentados e respectivos autores é a seguinte: (1) “Legalidade, discricionariedade e boa-fé: a revisão de insalubridade do executivo federal”, de Anália Tâmara Câmara Santos Lemos e Fabiano André de Souza Mendonça; (2) “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para temporários e comissionados: dever da Administração Pública ou descumprimento da Constituição Federal?”, de Renata Pinto Coelho Vello; (3) “Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional: existe de fato uma liberdade decisória do gestor público insindicável pela tutela jurisdicional?”, de Kate de Oliveira Moura Surini e Leonardo Medeiros Junior; (4) “Espaço de atuação discricionária reduzido nos atos de nomeação para cargos oriundos de concurso público”, de Raiano Tavares de Oliveira; (5) “Responsabilização do Estado em razão dos atos praticados por multidões”, de Fernanda Resende Severino e Bruno Martins Teixeira; (6) “A Teoria Neoinstitucionalista do processo e o controle processual da discricionariedade administrativa: conjecturas e proposições”, de Marcos Paulo Andrade Bianchini; (7) “Administração Pública, jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo: a construção normativa do STF na Súmula Vinculante n. 13 e a salvaguarda dos princípios da moralidade e impessoalidade

administrativa”, de Vinicius Filipin; (8) “O direito de regresso na responsabilidade civil extracontratual do estado”, de Ana Paula Marques de Souza e Ana Paula Pimentel Araújo; (9) “A responsabilização empresarial na Lei Anticorrupção à luz do princípio do non bis in idem”, de Eduardo Martins de Lima e Flávia Cristina Mendonça Faria Da Pieve; (10) “As relações entre Estado e empresas no Brasil na perspectiva do regime jurídico de licitações: burocracia e formalismo no interesse da atividade empresarial”, de Francisco Cardozo Oliveira e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini; (11) “Repercussões da reforma do Poder Judiciário sobre a Administração Pública federal”, de Diogo Lopes Cavalcante e Higor Oliveira Fagundes; e (12) “Mediação na Administração Pública municipal: aplicação da Lei 13.140/2015 às municipalidades”, de Giovani da Silva Corralo e Danubia Desordi.

Discricionariedade, agentes públicos, improbidade administrativa, concurso público, responsabilidade do Estado, controle, nepotismo, Lei Anticorrupção, princípios da Administração Pública, licitações, relações público-privadas firmadas pelo Estado e mediação na Administração Pública foram os temas sensíveis discutidos no Grupo de Trabalho, a indicar a permanente transformação do Direito Administrativo brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, disciplina jurídica que não mais se satisfaz com verificações puramente normativas, mas que se revela em toda a sua complexidade também a partir de análises filosóficas, sociológicas, antropológicas, pragmáticas, dialéticas, sistêmicas e críticas, conforme o leitor denotará apreciando os trabalhos apresentados, em mais esta autorizada publicação do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Boa leitura a todos!

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ESPAÇO DE ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA REDUZIDO NOS ATOS DE NOMEAÇÃO PARA CARGOS ORIUNDOS DE CONCURSO PÚBLICO

ADMINISTRATION DISCRETIONARY ACTION SPACE REDUCED IN THE ADMINISTRATIVE ACTS OF APPOINTMENT FOR PUBLIC EMPLOYMENTS THROUGH PUBLIC TENDER

Raiano Tavares de Oliveira

Resumo

O artigo discute a possibilidade da redução da atuação discricionária do Administrador Público na nomeação de candidatos aprovados em concurso público a patamares tão baixos que, conseqüentemente, geraria um direito subjetivo à nomeação. Fala-se sobre limites da análise do mérito administrativo; comenta-se sobre a evolução jurisprudencial do direito à nomeação; discute-se a possibilidade da redução da atuação discricionária do gestor no caso de candidato aprovado em cadastro de reserva. No campo da metodologia, recorreu-se à pesquisa bibliográfica. Conclui-se pela possibilidade de reduzir o campo de atuação discricionária do Administrador quando há desrespeito, no caso concreto, aos princípios da Administração Pública.

Palavras-chave: Discricionariedade, Ato administrativo, Nomeação, Concurso público, Administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

The article discusses the possibility of reducing discretionary performance of the Public Administrator in the nomination of candidates approved in public tender be reduced to low levels that, consequently, would generate a subjective right to appointment. It's discussed limits of the analysis of administrative merit; It's commented on jurisprudential evolution on right to appointment; the possibility of reduction of the manager's discretion in the case of candidate approved in reserve register. In methodology, bibliographical research was used. It concludes by the possibility of reducing discretion of Administrator when there's a disregard, in a case, to principles of the Public Administration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretionary, Administrative act, Appointment, Public tender, Public administration

INTRODUÇÃO

O instituto do concurso público no Brasil tomou a sua forma mais robusta com a Constituição Federal de 1988. Plasmado no inciso II do art. 37, a Lei Maior leciona que, somente através desse instituto, é possível a investidura em cargos ou empregos públicos, ressalvadas as nomeações para cargos em comissões.

Esse inciso dá coesão aos princípios que regem a Administração Pública, explicitados no caput do artigo supracitado, em especial, ao da impessoalidade, ao da moralidade e ao da eficiência, além de respeitar o da igualdade, em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, CRFB/88).

O constituinte originário desejou, pois, que o acesso aos cargos e empregos públicos ocorresse de forma igualitária em que todos os candidatos poderiam concorrer do mesmo ponto de partida, aniquilando qualquer possibilidade, em tese, de apadrinhamento para se obter uma posição laboral efetiva na Administração Pública.

Busca-se, assim, o candidato que possua o melhor desempenho intelectual frente a todos os outros candidatos, isto é, o mais eficiente e capaz diante das exigências do edital, a fim de que seja empossado ou contratado para fazer parte de algum órgão governamental.

A estabilidade no cargo público, a solidez das empresas públicas, a qualidade de vida no trabalho, os salários e os auxílios peculiares de cada órgão são algumas das características que movem inúmeros brasileiros a se dedicarem em busca da aprovação num concurso público.

Devido ao alto esforço físico, emocional e até financeiro necessários e por se tornar um processo seletivo cada vez mais acirrado devido à alta concorrência, aqueles que logram êxito nas provas do certame não hesitam, se necessário e a depender do caso concreto, em se valer do Poder Judiciário¹ para obter a sua nomeação caso compreendam que a Administração Pública tenha preterido os aprovados de alguma forma.

Além de todo o caminho percorrido, a aprovação ou classificação no certame não significa, em alguns casos, a sua nomeação, restando o ato administrativo de convocar o candidato como discricionário, de acordo com a necessidade e conveniência do gestor.

Diante de alguns fatores tidos como injustos, como a preterição, a contratação precária para realizar mesma função que houve concurso, a abertura de novo certame para o mesmo

¹ Ao se realizar uma pesquisa jurisprudencial no site do STF com os termos “concurso público” e “nomeação” com um lapso temporal dos últimos cinco anos, resulta-se num quantitativo de 286 acórdãos e 2477 decisões monocráticas. No STJ, utilizando-se os mesmos critérios, tem-se 1045 acórdãos.

cargo com a existência de aprovados em cadastro de reserva etc., milhares² de candidatos ingressam com ações judiciais, buscando seu direito à nomeação, tornando o ato, antes discricionário, vinculado diante do caso concreto.

Durante muito tempo, perdurou a ideia de que a nomeação de aprovados – até mesmo dentro do número de vagas – seria um ato discricionário, afirmando que se tem apenas uma mera expectativa de direito à nomeação³. A Administração Pública, logo, não era obrigada a convocar os aprovados, ficando estes à mercê dos critérios de conveniência e oportunidade do gestor.

Enquanto de um lado a Administração Pública defende que não cometeu abusos e, em matéria de nomeação, seus atos administrativos são discricionários, ou melhor, que tais atos possuem baixo grau de vinculação à juridicidade⁴, há, do outro, o indivíduo participante do certame que afirma ter direito subjetivo, devendo o ato administrativo de nomeação ser vinculado perante determinada situação fática a qual está inserido.

Assim, este artigo se propõe a apresentar essa problemática e analisar a possibilidade, diante da análise jurisprudencial, em especial, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 837.311/PI, da redução do espaço de atuação discricionária do Poder Público nos atos de nomeação para cargos e empregos públicos realizados através do instituto aqui tratado.

1 A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

Diante da dinamicidade do sistema político, social e o econômico⁵, não seria possível prever, nas normas legais, todas as situações e ações que a Administração Pública poderia viver no seu dia a dia.

Seria até utópico pensar que seria possível – e até humano – regular e descrever todas as formas e as situações dos agentes públicos. Assim, confere-se à Administração a possibilidade

² No âmbito regional, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte julgou 3.296 processos nos últimos cinco anos sobre o tema concurso público e direito à nomeação. Dado obtido através da consulta jurisprudencial do e-SAJ TJ/RN. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

³ TOURINHO, Rita. *O Concurso Público no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 94.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

⁵ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 205-240, p. 212.

de realizar escolhas dentro de uma moldura legal já prevista, evitando-se opções arbitrárias e contrárias ao interesse público. Pode-se dizer que haveria um certo protagonismo político nesse momento de maior liberdade de escolha⁶.

Assim, não se pode afirmar que a atividade administrativa se limita apenas a executar o que a lei positivada prevê. O gestor não remonta aos tempos da França pós-revolução em que o juiz era mera “boca da lei”, aplicando, de forma mecânica, a norma positivada nos seus exatos dizeres.

Tal atividade deve, portanto, gerir os interesses públicos diversos de forma que tente, dentro da realidade e das possibilidades dadas, satisfazer os anseios da sociedade através da aplicação do ordenamento jurídico⁷, fazendo-se valer, quando permitido e possível, dos espaços e aberturas para uma atuação criativa – porém dentro dos limites da lei.

Utilizando-se das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, discricionariedade seria a margem, isto é, uma possibilidade de certa liberdade facultada ao administrador para eleger, segundo critérios firmes de razoabilidade, uma, dentre pelo menos duas opções, cabíveis diante do caso concreto, com o objetivo de adotar a solução mais adequada, a fim de satisfazer a finalidade legal.

Ademais, essa situação de escolha apenas se faz possível quando a lei possui termos fluidos ou permite tal liberdade e não se possa extrair, objetivamente, uma única solução para o caso concreto.

Maria Sylvia Zanella de Pietro⁹ leciona no mesmo sentido, afirmando que, como o legislador não teria possibilidade de prever e avaliar todas as situações possíveis, foi obrigado a deixar certa margem de liberdade para a Administração apreciar os casos concretos de acordo com critérios próprios, a fim de escolher a melhor alternativa dentre as possíveis, balisando-se pela proteção ao interesse público.

Frente às explicações doutrinárias aqui mencionadas, depreende-se que a atuação discricionária não se relaciona com a vontade arbitrária do administrador. Seus desejos egoísticos – voltados para um interesse próprio ou de um pequeno grupo – não representam o objetivo da existência dessa possibilidade de se escolher um determinado caminho diante de duas ou mais opções.

⁶ GUERRA, Sérgio, op. cit., p. 212.

⁷ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, 1ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 31.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 988.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

Conforme leciona Jean-Claude Ricci¹⁰, a Administração não está, inteiramente, vinculada de um lado. Ela dispõe de certa liberdade e, por outro, ela não está, completamente, livre para atuar da forma que deseja a depender do seu humor ou de seus caprichos. Exige-se respeito a um mínimo de regras jurídicas.

Percebe-se que a discricionariedade aqui discutida está, intimamente, ligada e coesa com o Direito Administrativo Contemporâneo, isto é, ela não está, completamente, livre e irrestrita. Está, na verdade, conectada a premissas legais, gerando, por consequência, limitações. Esses limites são os freios que controlam interpretações dissociadas da realidade fática. Há uma ligação da discricionariedade com a lei e com o Direito, conforme leciona Hartmut Maurer¹¹.

Tradicionalmente, diz-se que, na ação discricionária, o administrador possui o poder de escolha baseado no binômio conveniência e oportunidade, cuja análise de mérito do ato administrativo não poderia ser apreciada pelo Poder Judiciário¹².

Assim, tomando como base o seu entendimento e sua capacidade resolutive, o administrador público escolhe a opção que, naquele momento, entende ser a melhor para que a efetivação da finalidade pública seja alcançada.

Entretanto, essa visão evoluiu e o clássico critério de conveniência e de oportunidade não mais satisfaz, completamente, a comunidade jurídica.

Assim, seguindo o pensamento de Karl Engisch¹³, há uma ligação íntima entre o eixo de atuação e as balizas da discricionariedade, devendo compreender não somente o famoso binômio, mas também os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Corroborando com esse pensamento, Odete Medauar compreende, nesse sentido, a necessidade da redução do espaço de discricionariedade do administrador, colocando, em primeiro plano, o diálogo e o consenso para que surja, de fato, a melhor opção para o interesse público.

Ela afirma que “a Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de

¹⁰ RICCI, Jean-Claude. *Droit Administratif General*. 5e Edition. Paris: Hachette Supérieur, 2013, p. 41.

¹¹ MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. Auflage. München: Verlag Beck, 2004, p. 139.

¹² GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativo e sua Transformação no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 205-228, jan. 2011, p. 209. Disponível em: <http://www.ucam.edu.br/portal/images/PDFs/revista_fdcm/Ucam16.pdf>. Acesso em: 26/06/2017.

¹³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª edição, Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 220.

mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração”¹⁴.

Entende-se, portanto, que a discricionariedade não pode ser dimensionada apenas pela conveniência e oportunidade do gestor, mas também pelos direitos fundamentais, pelo dever de boa-fé na Administração Pública, além dos princípios da eficiência, impessoalidade, moralidade e proteção à confiança – configurando total respeito ao Estado Democrático de Direito e ao instituto do concurso público.

Convém, nesse momento, discorrer sobre a possibilidade do controle dos atos administrativos discricionários ou, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵, dos atos praticados no exercício da competência discricionária.

Quando o legislador concedeu a competência discricionária à Administração, ele permitiu que se agisse segundo um limitado juízo subjetivo sobre a melhor decisão a ser tomada diante de um caso concreto, a fim de atender fins legais.

Essa liberdade, entretanto, possui limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, já que a atividade administrativa pode passar pela análise dos órgãos judiciais. Garante-se ao administrador liberdade de escolha, desde que não fira nem desrespeite os direitos de seus administrados.

Importante fazer a ressalva de que a ação administrativa não se restringe a ser vinculada apenas à lei, mas a toda a ordem jurídica, incluindo a norma constitucional e as regras jurídicas existentes. Assim, o agir da Administração se pauta de acordo com a lei e com o Direito¹⁶.

Se isso não acontecesse, iria-se correr um grande risco de cerceamento de direitos. A Administração deve respeitar o princípio da legalidade, mas não pode se deter somente a ele.

Evidente que, devido ao princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional, os atos administrativos podem ser questionados, no Poder Judiciário, em relação à sua juridicidade¹⁷.

Tal Poder possui, ademais, função e responsabilidade importantíssimas para que haja uma equilibrada Administração Pública democrática.

Os controlados pelo administrador – cuja hipossuficiência é infinitamente maior – recorrem ao magistrado a função de submeter a ação administrativa aos moldes do ordenamento jurídico. Nos casos em que a administração abusa de seus poderes por meio de

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 211.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 434.

¹⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p.57.

¹⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Op. Cit., p.58.

seus atos comissivos ou omissivos, é de suma importância a atuação de um poder que possa reestabelecer a juridicidade dos seus atos¹⁸.

Assim, a tendência da doutrina¹⁹ é compreender a discricionariedade administrativa de forma ampla, abarcando a ideia de mérito administrativo, conceitos indeterminados e o entendimento sobre princípios.

O Poder Judiciário, dessa forma, quando analisa a discricionariedade administrativa, deve fazê-lo sob o ponto de vista da legalidade ampla, da sua correspondência com a norma e do mérito²⁰.

Importante esclarecer que, ao se falar da análise do mérito pelo Poder Judiciário, refere-se a uma averiguação perante os princípios explícitos e implícitos do ordenamento jurídico, com o fito de aniquilar arbitrariedades, mas sem alterar o seu mérito de fato.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²¹, o mérito em si não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário. Assim, o poder de atuação do Poder Judiciário se limita ao campo da regularidade do procedimento, isto é, legalidade do ato administrativo.

O Supremo Tribunal Federal (STF)²², também sobre o tema em tela, se manifestou no mesmo sentido, ou seja, o Judiciário não entra na análise do mérito administrativo. Apenas analisa o respeito aos princípios administrativos.

Em conclusão, os princípios, em especial, o da juridicidade, o da moralidade e o da razoabilidade, as concepções existentes sobre a teoria dos motivos determinantes e o uso de conceitos indeterminados reclamam um olhar mais atencioso do Judiciário frente ao mérito administrativo. Pode-se, assim, analisar a discricionariedade do ato, porém com o objetivo de conferir se a sua composição é compatível com o direito e a finalidade do ato.

Reforce-se que não significa, pois, a possibilidade desse Poder de modificar os juízos do binômio conveniência e oportunidade, mas, sim, de examinar os elementos supracitados e conferir se os limites da discricionariedade estão sendo respeitados. Tais limites não

¹⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.4.

¹⁹ Como exemplo, pode-se citar: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 94 e FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 172.

²⁰ Deve-se compreender que a análise do mérito aqui diz respeito à sua adequação ao ordenamento jurídico. Não se fala em usurpação das funções do Poder Executivo pelo Poder Judiciário.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.481 / MT, Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento no dia 17/08/2006, Órgão julgador a quinta turma – T5, publicado no Diário de Justiça do dia 11/09/2006, na página 316.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24.823, DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento dia 18/04/2006, Órgão julgador segunda turma, publicado no Diário de Justiça do dia 19/05/2006.

correspondem ao seu mérito propriamente dito, mas à sua legalidade ampla, isto é, à sua juridicidade.

2 BREVE EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO

Da década de 50 até mesmo vinte anos depois da promulgação da Constituição da República de 1988, que elevou o instituto do concurso público como instrumento democrático para o provimento de cargos e empregos públicos efetivos, o Supremo Tribunal Federal manteve uma posição clássica de reconhecer ao candidato aprovado em certame público somente uma mera expectativa de direito²³.

Assim, o ato administrativo de nomear dependia, tão somente, da discricionariedade administrativa do gestor do órgão, que, pautando-se na clássica dupla conveniência e oportunidade, optaria pelo melhor momento de convocar os candidatos regularmente aprovados.

Apenas se falaria em direito subjetivo à nomeação se houvesse preterição na ordem de classificação, conforme leciona a Súmula nº 15 do STF aprovada em 13 de dezembro de 1963.

O entendimento tradicional, de que somente a mera expectativa de direito era devida aos aprovados no concurso dentro do número de vagas prevista no edital, perdurou durante vários anos, preservando-se até mesmo alguns décadas depois da promulgação da Carta Cidadã como pode ser visto através do entendimento do STF no RMS 22063-RJ²⁴, relatado pelo Ministro Marco Aurélio em 1995 (DJ 07/12/1995).

²³ Como exemplo, pode-se citar a seguinte ementa:

Concurso público: direito à nomeação: Súmula 15-STF. **Firmou-se o entendimento do STF no sentido de que o candidato aprovado em concurso público torna-se detentor de mera expectativa de direito, não de direito à nomeação: precedentes.** O termo dos períodos de suspensão das nomeações na esfera da Administração Federal, ainda quando determinado por decretos editados no prazo de validade do concurso, não implica, por si só, na prorrogação desse mesmo prazo de validade pelo tempo correspondente à suspensão. (AI 501573 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 26-08-2005 PP-00020 EMENT VOL-02202-12 PP-02560) (grifos acrescentados)

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS: 22063 RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 26/06/1995, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 07-12-1995 PP-42608 EMENT VOL-01812-01 PP-00106.

Até décadas depois da promulgação da Carta Cidadã, quando já se tinham estudos mais maduros na área do Direito Administrativo, o STF manteve sua posição tradicional conforme se vê no julgado²⁵ de 2007, publicado no DJ em 11/10/2007.

Diante desses julgados, fica comprovado que o entendimento dominante não garantia ao candidato aprovado e classificado, com exceção da situação prevista na Súmula 15, o direito subjetivo à nomeação em regra. Deixava-se, pois, a cargo da esfera administrativa o poder de decidir quantos iria nomear ou até mesmo se iria nomear alguém.

Esse tipo de liberdade ofereceu margem para que a própria Administração Pública pudesse desvirtuar o instituto do concurso público, pois se abriu a possibilidade para casos em que, mesmo diante de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, nomeavam-se um número inferior ao divulgado ou não se nomeava.

Como o Judiciário não concedia o direito subjetivo à nomeação para os aprovados e classificados em concurso, o órgão público figurava numa posição de bastante conforto, pois poderia publicar edital e, depois, não precisava se comprometer com a contratação de nenhum candidato.

Na verdade, além de não precisar dispender receita nomeando os aprovados, gerava-se, na verdade, receita, isto é, lucro para o próprio órgão através dos valores das inscrições e até certo proveito político pela gestão ter realizado concurso público²⁶ – fato que sempre toma lugar na mídia devido ao grande interesse da população em ocupar cargos e empregos públicos efetivos.

Somente em 2011, o STF mudou de posição e evoluiu de forma acertada o seu entendimento sobre o direito subjetivo à nomeação no Recurso Extraordinário 598.099/MS com Repercussão Geral reconhecida cuja relatoria se deu pelo Ministro Gilmar Mendes, DJe 03/10/2011. Tal decisão se mostrou importante, pois forneceu maior segurança jurídica aos candidatos aprovados, além de impor planejamento por parte da Administração na quantidade de vagas ofertadas.

Ficou, então, pacificada a tese de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do concurso público possui direito subjetivo à nomeação. Salvo em casos

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Concurso Público. Nomeação. Ordem de classificação. Observância. Preterição. Inexistência. Aplicação da súmula 15. Recurso Extraordinário nº 306.938 AgR, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 18 de setembro de 2007. DJe-121 Divulgado em 10 de outubro de 2007. Publicado em 11 de outubro de 2007.

²⁶ FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabricio. Concurso Público e Direito à Nomeação. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et al (Coord.). *O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: Homenagem ao Professor Celso Antônio*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 127-142, p. 130.

excepcionais, surge um dever da Administração Pública de nomear, nascendo um direito subjetivo no lugar de mera expectativa de direito.

Seguem os principais trechos da ementa²⁷ que abarca pontos importantes dessa virada jurisprudencial tão significativa para os estudos acadêmicos sobre concurso público:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.

I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. **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 para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. **O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. (...)**

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. **Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. (...)**
(...)

V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (grifos acrescidos)

O fato de a Administração publicar um edital de concurso público representa intensão e necessidade de preencher certos cargos públicos. Todo o conjunto de planejamento que envolve esse tipo de certame representa – ou pelo menos deveria – uma possibilidade concreta e real de se obter mão de obra para o órgão que demonstrou interesse em realiza-lo.

Vê-se que o julgado trouxe uma tendência que a doutrina já expunha há algum tempo, isto é, da relevância de se considerarem os princípios da segurança jurídica com a sua vertente subjetiva que protege a boa-fé confiada pela população na própria Administração Pública.

Luciano Ferraz²⁸, já em 2005, argumentou que há uma grande responsabilidade do órgão que publica um edital para prover a contratação de pessoas. Assim, seria, no mínimo,

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 598099 MS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/08/2011, Tribunal Pleno, DJe-189, Data de Divulgação: 30-09-2011, Data de Publicação: 03-10-2011. REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO.

imprescindível a explicitação de motivos que sejam razoavelmente aceitáveis caso as nomeações não ocorram já que, na sua visão, os aprovados dentro do número das vagas previstas possuem direito subjetivo à nomeação.

Ele, ainda, vai além quando leciona que caso a Administração deixe claro através da publicação de um edital, ou de atos de desvio de poder, como contratações temporárias e terceirização de serviços, que precisa de mão de obra dos aprovados ou, ainda, caso surjam novas vagas durante o prazo do concurso, haveria uma mudança de mera expectativa de direito para direito subjetivo²⁹.

Nesse contexto, importante registrar que a jurisprudência do STJ, também, evoluiu se mostrando atenta aos avanços doutrinários existentes e ao entendimento do STF conforme exposto.

Assim, o STJ reconhece que existe direito adquirido à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, para as vagas oferecidas durante a validade determinada pelo edital do concurso como se pode ver no RMS nº 23331/RO de 5 de abril de 2010³⁰.

Por fim, faz-se necessário esclarecer que, diante da evolução aqui apresentada, ainda se encontra previsto à Administração Pública a escolha do melhor momento para se realizar a nomeação de seus candidatos aprovados, desde que o faça dentro da validade estabelecida no edital do certame.

Outro ponto a ser iluminado é que esses entendimentos não vincularam o órgão público sempre a nomear seus candidatos aprovados. Evidentemente, no caso de alguma situação justificável e devidamente motivada, que possui as características da superveniência, imprevisibilidade, gravidade e da necessidade, há possibilidade de se não nomear. Entretanto, isso é a exceção³¹.

Percebe-se, portanto, que a doutrina junto com os Tribunais superiores buscaram organizar e, acima de tudo, fornecer segurança jurídica aos candidatos que se dedicam à realização de concursos públicos, porém sem engessar nem transpor a atuação da Administração Pública.

²⁸ FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 255.

²⁹ FERRAZ, Luciano, op. Cit., p. 255.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 23331/RO. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 16 de março de 2010. *DJe*. Brasília, 05 abr. 2010.

³¹ O STF já julgou uma suspensão de segurança em que o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu o pedido para suspender a segurança concedida a candidatos aprovados dentro do número de vagas num concurso público, pois a lei que estatual que criou unidade de serviço público era inconstitucional.

3 TUTELA DO DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO NO CADASTRO DE RESERVA: O CASO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311/PI

O concurso público, como meio de acesso a cargos e empregos públicos, se apresenta como um instrumento concretizador da democracia, selecionando candidatos de forma republicana e impessoal.

Ele garante o respeito aos princípios da Administração Pública expostos no art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, além de outros tantos sejam explícitos, como o da isonomia previsto no art. 5º, *caput*, CRFB/88, ou implícitos como o da boa-fé e da proteção à confiança.

A sua efetivação ocorre por meio de um processo administrativo em que o Estado procura, naquele momento, o candidato melhor preparado segundo as regras do edital, privilegiando-se o princípio constitucional da eficiência.

O certame deve, ainda, garantir de forma ampla, democrática e impessoal o acesso aos cargos e empregos estatais durante as fases editalícias, identificando os mais capazes por meio de critérios objetivos.

Tais características inerentes a todo concurso público garantem – ao menos em tese – o aniquilamento de qualquer tipo de privilégio ou favoritismo, como também impede qualquer tipo de tratamento discriminatório ou arbitrário.

Nesse sentido, as lições de Joaquim José Gomes Canotilho e de Vital Moreira³² se aplicam neste momento para fortalecer as discussões sobre o instituto em tela. Eles afirmam que o concurso público é um procedimento justo de recrutamento, vinculado aos princípios constitucionais e legais, a fim de se obter mão de obra através do mérito de cada candidato.

Na mudança de paradigma proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 598.099/MS – com ementa já transcrita neste trabalho – ele leciona de forma pertinente que o dever da boa-fé da Administração Pública obriga que se haja respeito completo às regras do edital, incluindo o quantitativo de vagas previstos.

Isso se justificaria, ainda segundo o Ministro, devido à necessidade completa de se respeitar a segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Haveria, portanto, um depósito de confiança no Estado administrador de todos aqueles que se submetem à realização do certame. Assim, um comportamento estatal responsável e que tenha como baliza o

³² CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 661.

princípio da segurança jurídica é o mínimo esperado pelo depositante, pautando-se sempre pela boa fé objetiva e subjetiva.

Conforme já mencionado, a abertura de um processo seletivo para obtenção de mão de obra demonstra clara necessidade e intenção de preenchimentos de determinados cargos ou empregos públicos.

Começa-se, nesse momento, todo um investimento emocional, físico, temporal e financeiro dos candidatos para que possam realizar as fases do exame. Incontáveis horas são dispendidas e inúmeras renúncias são feitas pelos pretendentes, a fim de se obter a almejada vaga.

Assim, como a Administração se submete, invariavelmente, às próprias regras do edital, o planejamento prévio certamente é feito, para que haja uma coerência entre a necessidade do órgão e o número de vagas previstas no instrumento convocatório.

A fim de maximizar a eficiência do certame, além de permitir economicidade e celeridade no provimento de cargos, existe a figura do cadastro de reserva.

Essa categoria se caracteriza quando o candidato foi aprovado segundo as regras do edital, porém restou numa classificação maior que a prevista no número de vagas previamente disponibilizadas. Nada mais é que um instrumento de planejamento do Estado que busca atender o interesse público.

Como o Administrador do órgão necessitante de mão de obra não pode prever com precisão, durante toda a validade do concurso, quantas vagas restarão vagas e quantas pessoas serão necessárias para o seu órgão, o cadastro de reserva se mostra uma ferramenta bastante eficiente para realizar um aproveitamento rápido e eficaz daqueles já aprovados sem abertura de novo concurso.

Segundo visto na parte de evolução jurisprudencial sobre nomeação, os aprovados dentro do número de vagas previsto possuem direito subjetivo à nomeação, podendo a Administração Pública fazê-lo a qualquer momento durante a validade do concurso.

Já os aprovados em cadastro de reserva possuem mera expectativa de direito, ficando a espera da necessidade Estatal e do surgimento de vagas para que sejam nomeados.

Existem, entretanto, alguns casos em que os aprovados em cadastro de reserva, que antes só detinham uma mera expectativa de serem nomeados, passam a ter direito subjetivo à nomeação.

Isso, geralmente, acontece quando a Administração realiza alguma ação ou demonstração inequívoca de que necessita de mão de obra e está se valendo de outros artifícios para consegui-la.

O caso a ser analisado aqui para melhor ilustrar uma dessas situações é quando o Estado abre novo edital, embora já há uma lista de aprovados para o mesmo cargo realizado em certame anterior e com validade em vigor.

Importante rememorar que o entendimento jurisprudencial³³ atual afirma que a mera abertura de novas vagas durante a validade do concurso não gera, automaticamente, o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em cadastro de reserva, ainda que tenha ocorrido durante a validade de outro concurso para o mesmo cargo.

O provimento dos cargos, como já se lecionou, está sujeito à análise discricionária da Administração Pública, baseando-se no binômio conveniência e oportunidade.

A impossibilidade imediata de surgir direito subjetivo à nomeação devido ao nascimento de novas vagas acontece pela possibilidade de haver razões e circunstâncias legítimas de interesse público que respaldem a impossibilidade de nomeação em curto prazo. Pode ocorrer, por exemplo, que o órgão não esteja de imediato preparado financeiramente para realizar a contratação de mão de obra em número acima do previsto no primeiro edital.

Se o surgimento de novas vagas desse um direito subjetivo automático aos candidatos aprovados em cadastro de reserva, isso fulminaria a atuação discricionária do Administrador Público, pois ele teria sempre que esperar a validade do outro concurso, mesmo que planejasse nomear os novos aprovados em tempo futuro.

A fim de exemplificar, percebe-se que um Administrador deseja realizar concurso para prover vagas para um determinado cargo, porém há outro concurso válido com candidatos aprovados em cadastro de reserva. O gestor pode querer realizar novo certame para escolher, novamente, os melhores preparados para exercer aquele cargo. Perceba que se houvesse um direito subjetivo automático, ele ficaria engessado e não poderia decidir se preferiria nomear os últimos colocados do concurso em vigência ou novos e, talvez, melhores candidatos.

Porém, se a Administração realiza ações que, propositalmente, objetivem o fim da validade, de modo desnecessário e até reprovável, do concurso para se evitar as nomeações dos aprovados no concurso anterior, tem-se outra situação.

Caso a necessidade de preenchimento da vaga seja imediata com a abertura de novo concurso e, ainda, existam candidatos aprovados fora das vagas do certame antigo ainda

³³ Como exemplo podemos citar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. RE 598.099/MS, Repercussão Geral – Mérito, Tribunal do Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 10.08.2011 e as do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam AgRg no RMS 26947/CE, Rel. Min. Felix Fischer; EDcl no REsp 824299/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 2.6.2008. No mesmo sentido, ainda, o AgRg no AgRg no REsp 778118, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 15.02.2013.

válido, haverá uma vinculação do princípio da boa-fé com a discricionariedade da Administração, impondo-lhe o preenchimento das vagas com os candidatos já aprovados³⁴.

São nessas situações que, conforme leciona o Ministro Fux, a atuação discricionária da Administração em relação à melhor oportunidade de nomeação fica reduzida a um patamar tão pequeno, que resta quase nulo. Esse fenômeno é apontado pela doutrina alemã como “redução da discricionariedade a zero” (*Ermessensreduzierung auf Null*)³⁵.

A jurisprudência, então, só entende que há um direito subjetivo à nomeação dos aprovados no cadastro de reserva em caso excepcional como o que foi aqui discutido.

O gestor, dessa forma, detém a possibilidade de avaliar se preferirá os piores colocados de um concurso válido ou os melhores aprovados de um processo seletivo. Caso opte pela segunda opção, há de se ter o cuidado de se programar para as nomeações do novo concurso ocorrem após o fim da validade do primeiro.

Havendo atuação de má-fé do administrador público ao, intencionalmente, deixar findar o prazo de validade para favorecer, indevidamente, os candidatos aprovados no novo certame, nasce o direito subjetivo à nomeação dos candidatos da primeira seleção.

A própria Constituição garante a preferência aos candidatos aprovados em concurso prévio no seu inciso IV do art. 37.

Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶ afirma que os aprovados em concurso válido possuem prioridade em relação aos novos aprovados oriundos de novo certame. Além disso, a Administração Pública não pode, intencionalmente, deixar escoar o prazo do primeiro concurso para escolher os aprovados da seleção sucessiva.

O próprio STF³⁷, em 2011, teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto, corroborando com os argumentos aqui trazidos ao afirmar que a Constituição não impede a abertura de novo concurso quando se há um anterior válido para o mesmo cargo. O que não se aceita é preterir a nomeação dos aprovados em certame mais antigo em relação aos aprovados da última seleção.

Agir de forma diversa seria ferir gravemente os princípios da impessoalidade, eficiência, moralidade e da proteção à confiança.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº RE 837311/PI. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJe*. Brasília, 18 abr. 2016, p. 14.

³⁵ HUFEN, Christian. *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*. 2010, 603. Disponível em: <http://www.zjs-online.com/dat/artikel/20105373.pdf>, pág. 605 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº RE 837.311/PI. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJe*. Brasília, 18 abr. 2016, p. 14.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24660, Relatora Min. Ellen Gracie, Relatora p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJe* 23-09-2011.

Este último é, inclusive, essencial para fornecer uma margem estável de segurança jurídica aos administrados, a fim de que suas expectativas não sejam frustradas pela má-fé do Estado.

Nesse contexto, Canotilho³⁸ leciona que a segurança jurídica e a proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de direito, sendo elementos essenciais os indivíduos que vivem em sociedade planejarem suas vidas.

O Estado possui, pois, a obrigação de demonstrar ao cidadão de que suas ações são válidas, constitucionais e estão em total consonância com o ordenamento jurídico.

Ao se publicar um edital de concurso, que convoca irrestritamente todos aqueles que se interessarem e puderem realizar o certame para o preenchimento de vagas, há o nascimento de uma expectativa de que as regras ali postas no edital e as já existentes no ordenamento jurídico, que tenham relação com o concurso, sejam respeitadas.

Os candidatos aprovados, portanto, realizam um depósito de confiança no Estado administrador e espera que este atue de forma responsável desde a publicação do edital até às nomeações para provimento efetivo das vagas.

Por fim, apresenta-se um caso concreto analisando, recentemente, pelo STF que ilustra bem o contexto deste artigo.

O Recurso Extraordinário 837.311 – com repercussão geral – originário do Piauí, com acórdão publicado em 18 de abril de 2016, versa sobre o resultado de concurso público para Defensor Público do estado do Piauí que foi homologado em 24 de março de 2004, com prazo de validade de dois anos, tendo sido o certame prorrogado por igual período.

Os aprovados no certame, tendo alcançado a média final exigida, impetraram um Mandado de Segurança, apesar de terem ficado na classificação final, além do número de vagas previstas no Edital.

Ocorreu que, tempo depois, mas, ainda, dentro da validade do mencionado concurso, o Estado manifestou inequívoco interesse, havendo, inclusive, a previsão orçamentária para tanto, de realizar novo concurso para o mesmo cargo.

Ficou constatado, ainda, que, menos de seis meses após o término da validade do concurso em tela, a própria Defensoria Pública do Estado do Piauí reconheceu, expressamente, que deveriam ser nomeados quarenta defensores.

Assim, conforme comenta o Ministro Relator Luiz Fux³⁹, a instituição não poderia, portanto, ter deixado escoar o prazo do concurso sem nomear os aprovados no cadastro de

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição, Coimbra – Portugal: Ed. Almedina, 2000, p. 257.

reserva, especialmente frente ao reconhecimento, em reunião entre os representantes da Defensoria Pública e o Governador do Estado do Piauí ocorrida em 2007, de que a regionalização da Defensoria justificaria a referida nomeação conforme consta nos autos processuais.

Tem-se, portanto, uma situação singular, isto é, extraordinária, em que a instituição, no caso concreto, reduziu a sua discricionariedade a patamares baixos, autolimitando-se na discricionariedade quanto ao melhor momento para nomear os seus defensores públicos.

Diante dos argumentos aqui apresentados para esse caso, o Ministro, então, negou provimento ao Recurso Extraordinário⁴⁰, que foi ajuizado pelo Estado do Piauí, sob os

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº RE 837.311/PI. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJe*. Brasília, 18 abr. 2016, p. 25.

⁴⁰ 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. ARBITRÁRIO. 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.**

(...)

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.

(...)

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. (...) (grifos acrescidos)

argumentos da clara necessidade de novos defensores públicos para o estado, dos princípios da eficiência, da boa-fé, da moralidade, da impessoalidade e da proteção à confiança.

O julgamento desse caso se mostrou importante, pois existem entendimentos divergentes recentes sobre a matéria de nomeação sobre aprovados em cadastro de reserva no STF.

Em 2014, a Primeira Turma do referido Tribunal, em 2014, concluiu, num Agravo Regimental no RE 757.978 relatado pelo Ministro Luiz Fux⁴¹, que o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não faz nascer, de forma automática, direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital.

Por outro lado, a Segunda Turma do mesmo Tribunal, em outro Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 790.897 relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski⁴², também em 2014, assentou que o direito de nomeação, também, se estenderia ao candidato aprovado no cadastro de reserva desde que surgissem novas vagas no prazo de validade do concurso.

A Administração Pública deve possuir, pois, responsabilidade e planejamento no campo da nomeação de aprovados em concurso público, a fim de não ferir os princípios e demais normas citados do ordenamento jurídico brasileiro em nome da liberdade de atuação conferida pelo poder discricionário.

O delineamento no RE em tela permitiu, portanto, o fim de uma discussão importante sobre o tema nomeação em concurso público, gerando segurança jurídica aos jurisdicionados e fortalecendo o instituto constitucional do concurso público.

CONCLUSÃO

A nomeação de aprovados em concurso público para cargos ou empregos é de cunho discricionário. Assim, o gestor possui a liberdade de escolher o melhor momento para fazê-lo, levando em conta o binômio conveniência e oportunidade, desde que respeite os limites da lei, o critério de razoabilidade e os direitos fundamentais dos administrados.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 837311 PI, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 Data de Divulgação: 15-04-2016, Data de Publicação 18-04-2016.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - ARE: 757978 MG, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: **DJe-068** DIVULG 04-04-2014 PUBLIC 07-04-2014.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF – ARE: 790.897 RJ, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 25/02/2014 , Segunda Turma, **DJe-045** DIVULG 06-03-2017 PUBLIC 07-03-2014.

Viu-se que, apesar de haver esse espaço de liberdade, ele não pode ser arbitrário, caso contrário estará viciado e será considerado ilegal, deixando de surtir efeitos no mundo jurídico.

Dessa forma, quando há atitudes arbitrárias da Administração Pública na metodologia da nomeação dos candidatos que lograram êxito, é possível impor freio à discricionariedade administrativa.

Isso ocorre devido à lei e ao Direito, pois todo ato deve-se pautar em respeito ao princípio da juridicidade, que, de forma ampla, compreende não só as normas positivadas, mas também todo o conjunto que forma o ordenamento jurídico.

Perante casos irregulares e diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário não pode se esquivar de analisar tais atos praticados no exercício da competência discricionária.

Atualmente, firma-se, pacificamente, nos Tribunais superiores que o aprovado dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação dentro do período de validade do concurso. Já os aprovados no cadastro de reserva possuem apenas mera expectativa de direito.

Entretanto, a mera expectativa pode se tornar direito subjetivo, quando a Administração Pública fere os princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança depositada pelos administrados e da boa-fé objetiva.

Quando isso ocorre, está-se diante de uma situação limitadora da discricionariedade conferida ao poder público na nomeação, pois acontece o fenômeno alemão “redução da discricionariedade a zero” (*Ermessensreduzierung auf Null*). Logo, a atuação discricionária ficaria tão reduzida que se alcançaria um patamar quase nulo.

Foi, pois, o que ocorreu no caso analisado no Recurso Extraordinário 837.311/PI – com repercussão geral – relatado pelo Ministro Luiz Fux. Mostrou-se, que a mera abertura de novo concurso para o mesmo cargo, não geraria direito subjetivo à nomeação, porém como houve sinalização inequívoca da necessidade imediata de se nomear mais defensores para atuar no Estado com outro concurso válido, quebrou-se a proteção à confiança dos candidatos aprovados e não nomeados do primeiro exame.

Assim, diante de uma atuação dessa monta, que feriu não só o princípio citado, mas também os princípios da eficiência, impessoalidade, economicidade e da boa-fé, o poder de atuação discricionária foi reduzido bruscamente, gerando, então, o surgimento do direito subjetivo à nomeação no lugar de uma mera expectativa de direito.

Conclui-se, portanto, que, devido ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e à necessidade da atuação administrativa estar sempre baseada no ordenamento jurídico mesmo quando haja uma margem para atuação criativa do gestor, é possível legalmente e faticamente reduzir o campo de atuação discricionária do Administrador Público, gerando direito subjetivo a seus administrados quando, de forma inequívoca, se fere princípios basilares do Direito, em especial, os aqui citados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.481 / MT, Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento no dia 17/08/2006, Órgão julgador a quinta turma – T5, publicado no Diário de Justiça do dia 11/09/2006, na página 316.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 23.331/RO. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 16 de março de 2010. *DJe*. Brasília, 05 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 501573 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 12/04/2005, *DJ* 26-08-2005 PP-00020 EMENT VOL-02202-12 PP-02560.

_____. Supremo Tribunal Federal. RMS 24.823, DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento dia 18/04/2006, Órgão julgador segunda turma, publicado no *Diário de Justiça* do dia 19 de maio de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 306.938 AgR, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 18 de setembro de 2007. *DJe*-121 Divulgado em 10 de outubro de 2007. Publicado em 11 de outubro de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº RE 837.311/PI. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJe*. Brasília, 18 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24.660, Relatora Min. Ellen Gracie, Relatora p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJe*. Brasília, 23 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE: 598099 MS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/08/2011, Tribunal Pleno, *DJe*-189, Data de Divulgação: 30-09-2011, Data de Publicação: 03-10- 2011. REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 1ª ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição, Coimbra – Portugal: Ed. Almedina, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª edição, Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 245-255.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Concurso Público e Direito à Nomeação. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et al (Coord.). *O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: Homenagem ao Professor Celso Antônio*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 127-142.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. 1ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

_____. *Invalidação judicial da discricionariiedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

GUERRA, Sérgio. Discricionariiedade Administrativa e sua Transformação no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 205-228, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ucam.edu.br/portal/images/PDFs/revista_fdcem/Ucam16.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2017.

_____. Discricionariiedade administrativa – Limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 205-240.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15 ed. Auflage. München: Verlag Beck, 2004.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RICCI, Jean-Claude. *Droit Administratif General*. 5e Edition. Paris: Hachette Supérieur, 2013.

TOURINHO, Rita. *O Concurso Público no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.