

10/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 598.099 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
RECDO.(A/S) : RÔMULO AUGUSTO DUARTE
ADV.(A/S) : ANA KARINA DE OLIVEIRA E SILVA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

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 no certame cria um *dever de nomeação* para a própria Administração e, portanto, um *direito à nomeação* titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

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. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como *princípio de proteção à confiança*. Quando a

Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

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. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) *Superveniência*: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente *posteriores* à publicação do edital do certame público; b) *Imprevisibilidade*: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) *Gravidade*: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) *Necessidade*: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando

absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente *motivada* e, dessa forma, passível de *controle* pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a *força normativa do princípio do concurso público*, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

10/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 598.099 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL**
RECDO.(A/S) : **RÔMULO AUGUSTO DUARTE**
ADV.(A/S) : **ANA KARINA DE OLIVEIRA E SILVA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, reconhecendo o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público, deu provimento a recurso ordinário em mandado de segurança, para determinar a nomeação do candidato, com a seguinte ementa:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO ENTRE AS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO PROVIDO.

1. A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo.

2. As disposições contidas no Edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os cargos com os candidatos aprovados no limite das vagas previstas. A discricionariedade na nomeação de candidatos só incide em relação aos classificados nas vagas remanescentes.

3. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, simplesmente omitir-se na prática dos atos de nomeação dos aprovados no limite das vagas ofertadas, em respeito aos investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, vem com às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público.

4. Precedentes desta Corte Superior: RMS 15.034/RS e RMS 10.817/MG.

5. Recurso Ordinário provido” (fl. 126).

No caso, cuida-se de concurso público de provas para o cargo de Agente Auxiliar de Perícia do Estado do Mato Grosso do Sul, de acordo com o Edital de Publicação Nº 001/2004 – SEGES/SEJUSP/PC. O certame foi homologado em 27 de dezembro de 2006 e tinha prazo de validade de 01 (um) ano, prorrogável por igual período.

O recorrido foi aprovado dentro do número de vagas estabelecido no edital, mas não foi nomeado pelo ora recorrente.

Sustenta-se, em síntese, que o acórdão recorrido viola o art. 37, inciso IV, da Constituição Federal, bem como o princípio da eficiência previsto no *caput* desse artigo.

Alega-se, também, que a nomeação do candidato por decisão judicial gera preterição na ordem de classificação dos demais aprovados.

Defende-se, ainda, o não cabimento de mandado de segurança, por ausência de direito líquido e certo.

Esses autos foram levados ao Plenário Virtual, pelo então Relator Min. Menezes Direito, oportunidade em que o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Em parecer de fls. 264 a 266, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do recurso, afirmando que há direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas especificadas no edital.

É o relatório.

10/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 598.099 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): A questão central a ser discutida nestes autos é se o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas possui direito subjetivo, ou apenas expectativa de direito, à nomeação.

Não é de hoje que esta Corte debate acerca do direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público.

Na Sessão Plenária de 13.12.1963, foi aprovada a Súmula 15, cuja redação é a seguinte:

“Dentro prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Dos precedentes que originaram essa Súmula (ACi-embargos 7387, Rel. Min. Orosimbo Nonato, DJ 5.10.1954; RMS 8724, Rel. Min. Cândido Motta Filho, DJ 8.9.1961; RMS 8578, Rel. Min. Pedro Chaves, DJ 12.4.1962) extrai-se que a aprovação em concurso dentro das vagas não confere, por si só, direito à nomeação no cargo.

Assim, pelo menos desde 1954, a Corte já afirmava a mera expectativa de direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público, transformando essa expectativa em direito subjetivo apenas quando houvesse preterição na ordem de classificação.

Daí em diante, a jurisprudência tem sido no sentido de que a aprovação em concurso público não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo-se em mera expectativa de direito. Nesse sentido cito: RE-AgR 306.938, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 11.10.2007; RE-AgR 421.938, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 2.6.2006, este último assim ementado:

“Concurso público: direito à nomeação: Súmula 15-STF.

Firmou-se o entendimento do STF no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, 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, a prorrogação desse mesmo prazo de validade pelo tempo correspondente à suspensão”.

A orientação predominante desta Corte, não obstante, reconhece o direito à nomeação no caso de preterição da ordem de classificação, inclusive quando provocada por contratação precária.

No recente julgamento da SS-AgR 4196, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 27.8.2010, o Plenário desta Corte, por decisão unânime, entendeu que não causa grave lesão à ordem pública a decisão judicial que determina a observância da ordem classificatória em concurso público, a fim de evitar preterição de concursados pela contratação de temporários, quando comprovada a necessidade do serviço. O acórdão restou assim ementado:

“SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. Cargo. Nomeação. Preterição da ordem de classificação e contratação precária. Fatos não demonstrados. Segurança concedida em parte. Suspensão. Indeferimento. Inexistência de lesão à ordem pública. Agravo regimental improvido. Não há risco de grave lesão à ordem pública na decisão judicial que determina seja observada a ordem classificatória em concurso público, a fim de evitar preterição de concursados pela contratação de temporários, quando comprovada a necessidade do serviço”.

Cito também julgados com votações unânimes das duas Turmas da Corte: AI-AgR 777.644, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, decisão unânime, DJe 14.5.2010; e AI-AgR 440.895, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, decisão unânime, DJ 20.10.2006, este último assim ementado:

“Concurso público: terceirização da vaga: preterição de candidatos aprovados: direito à nomeação: uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso. 2. Recurso extraordinário: não se presta para o reexame das provas e fatos em que se fundamentou o acórdão recorrido: incidência da Súmula 279”.

Nesse sentido, de acordo com a jurisprudência do STF, a nomeação de pessoa não aprovada em concurso configura preterição na ordem de classificação, em detrimento de candidato regularmente aprovado.

A jurisprudência do STF, portanto, tem reconhecido o direito subjetivo à nomeação apenas nas referidas hipóteses: preterição na ordem de classificação e nomeação de outras pessoas que não aquelas que constam da lista classificatória de aprovados no certame público.

Divergindo da antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a 1ª Turma desta Corte teve a oportunidade de afirmar que candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a existir no prazo de validade do concurso. Assim foi o julgamento do RE 227.480, Relatora para o acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 21.8.2009, do qual se extrai a seguinte ementa:

“DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos

cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento”.

Na oportunidade, a eminente Min. Cármen Lúcia sustentou que *“há o direito subjetivo à nomeação, salvo se sobrevier interesse público que determine que, por uma nova circunstância, o que acontecer na hora da convocação ponha abaixo o edital”*.

Alegou, ainda, que não se trata de direito adquirido, mas de direito líquido e certo, porquanto *“o direito subjetivo pode ser afrontado por uma nova circunstância da Administração que o impeça e, então, não haveria um ilícito da Administração”*. Afirmou também que, caso não haja recursos, e ainda assim a Administração lance um edital de concurso, haveria de se responsabilizar o administrador, e não o candidato.

Importante destacar que ficou consignado nesse voto que *“a Administração não fica obrigada a nomear, a não ser que não haja nada de novo entre o concurso e a realidade e as condições administrativas”*.

Apesar de não encampar a tese do direito líquido e certo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, o Min. Ricardo Lewandowski fez consignar que não pode a Administração simplesmente deixar de nomear candidato aprovado sem nenhuma motivação.

O Min. Ayres Britto, acompanhando a divergência inaugurada pela Min. Cármen Lúcia, defendeu que *“os candidatos não podem ficar reféns de conduta que, deliberadamente, deixa escoar o prazo de validade do concurso, para, em seguida, prover os cargos mediante nomeação de novos concursados, ou o que é muito pior, por meio de inconstitucional provimento derivado”*.

Afirmou, também, que alterações fáticas podem ensejar mudança de planos, mas esta deve vir acompanhada de uma justa causa. O que descaracterizaria o direito adquirido à nomeação.

Na ocasião, o Min. Marco Aurélio também votou no sentido de que há direito subjetivo à nomeação.

RE 598.099 / MS

Já há, inclusive, decisão monocrática afirmando esse entendimento. Cito o RE 633.008, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 17.12.2010, do qual se extrai o seguinte trecho:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. APROVAÇÃO EM CONCURSO NO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO PARA CARGO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO”.

Recentemente, no RE 581.113, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 5.4.2011 e noticiado no Informativo nº 622, a 1ª Turma desta Corte reiterou esse entendimento.

Nesse último caso, o Min. Relator consignou que os recorrentes foram aprovados fora do número de vagas previstas no edital.

Contudo, por ocasião do surgimento de novas vagas pela Lei 10.842/2004, o TRE de Santa Catarina utilizava-se de servidores cedidos por outros órgãos da Administração.

Assim, nota-se que, nesse caso, o direito subjetivo surgiu em decorrência da preterição, uma vez que havia candidatos aprovados em concurso válido. O que não se tem admitido é a obrigação da Administração Pública de nomear candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, simplesmente pelo surgimento de vaga, seja por nova lei, seja em decorrência de vacância. Com efeito, proceder dessa forma seria engessar a Administração Pública, que perderia sua discricionariedade quanto à melhor alocação das vagas, inclusive quanto a eventual necessidade de transformação ou extinção dos cargos vagos.

Na Sessão Plenária de 3.2.2011, ao julgar o MS 24.660, o Tribunal, por maioria, nos termos do voto condutor da Min. Cármen Lúcia, concedeu a segurança em caso em que se discutia o direito à nomeação da impetrante no cargo de Promotora da Justiça Militar, em razão da improcedência da fundamentação apresentada pela Administração.

Nesse julgamento, a Min. Cármen Lúcia, ao tratar do art. 37, inciso

IV, da Constituição Federal, ressaltou que, “*nos termos constitucionalmente postos, não inibe a abertura de novo concurso a existência de candidatos classificados em evento ocorrido antes. O que não se permite, no entanto, no sistema vigente, é que, durante o prazo de validade do primeiro, os candidatos classificados para os cargos na seleção anterior sejam preteridos por aprovados em novo certame*”.

Citou, ainda, o magistério do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Como o texto (constitucional) correlacionou tal prioridade ao mero fato de estar em vigor o prazo de validade, segue-se que, a partir da Constituição, em qualquer concurso os candidatos estarão disputando tanto as vagas existentes quando de sua abertura, quanto as que venham a ocorrer ao longo do seu período de validade, pois, durante esta dilação, novos concursados não poderiam ocupá-los com postergação dos aprovados em concurso anterior”. (grifei)

Nessa linha de raciocínio, que segue o caminho dessa nítida evolução da jurisprudência desta Corte, entendo que 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. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como *princípio de proteção à confiança*.

Como esta Corte tem afirmado em vários casos, o tema da segurança jurídica é pedra angular do **Estado de Direito** sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê o princípio da confiança como aspecto do princípio da segurança:

“O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.” (Derecho Justo –

Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91)

O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa fé. Diz:

“Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa-fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público”. (Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95 e 96)

Quando a Administração Pública torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve-se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

Ressalte-se, no tocante ao tema, que a própria Constituição, no art. 37, IV, garante prioridade aos candidatos aprovados em concurso, nos seguintes termos:

“(...) durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira”.

Assim, é possível concluir que, dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um *direito* do concursando aprovado e, dessa forma, um *dever* imposto ao poder público.

De fato, se o edital prevê determinado número de vagas, a Administração vincula-se a essas vagas, uma vez que, tal como já afirmado pelo Min. Marco Aurélio em outro caso, “o edital de concurso, desde que consentâneo com a lei de regência em sentido formal e material, obriga candidatos e Administração Pública” (RE 480.129/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ 23.10.2009). Nesse sentido, é possível afirmar que, uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um *dever de nomeação* para a própria Administração e, portanto, um *direito à nomeação* titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

Esse direito à nomeação surge, portanto, quando se realizam as seguintes condições fáticas e jurídicas:

- a) previsão em edital de número específico de vagas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados no concurso público;
- b) realização do certame conforme as regras do edital;
- c) homologação do concurso e proclamação dos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, em ordem de classificação, por ato inequívoco e público da autoridade administrativa competente.

O **direito à nomeação** constitui um típico *direito público subjetivo* em face do Estado, decorrente do princípio que a Ministra Cármen Lúcia, em obra doutrinária, cunhou de **princípio da acessibilidade aos cargos públicos** (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva; 1999, p. 143). Na ordem constitucional brasileira, esse princípio está fundado em alguns princípios informadores da organização do Poder Público no Estado Democrático de Direito, tais como:

a) o *princípio democrático de participação política*, que impõe a participação plural e universal dos cidadãos na estrutura do Poder Público, na qualidade de servidores públicos;

b) o *princípio republicano*, que exige a participação efetiva do cidadão na gestão da coisa pública;

c) o *princípio da igualdade*, que prescreve a igualdade de oportunidades no acesso ao serviço público.

Nesses termos, a acessibilidade aos cargos públicos constitui um **direito fundamental expressivo da cidadania**, como bem observou a Ministra Cármen Lúcia na referida obra.

Esse direito representa, dessa forma, uma das faces mais importantes do *status activus dos cidadãos*, conforme a conhecida “teoria dos status” de Jellinek.

A existência de um direito à nomeação, nesse sentido, limita a discricionariedade do Poder Público quanto à realização e gestão dos concursos públicos. Respeitada a ordem de classificação, a discricionariedade da Administração resume-se ao **momento** da nomeação, nos limites do prazo de validade do concurso.

Não obstante, quando se diz 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.

Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o **excepcionalíssimo** não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, uma vez já preenchidas as condições acima delineadas, **é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características:**

a) *Superveniência*: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente *posteriores* à publicação do edital do certame público. Pressupõe-se com isso que, ao tempo da

publicação do edital, a Administração Pública conhece suficientemente a realidade fática e jurídica que lhe permite oferecer publicamente as vagas para preenchimento via concurso.

b) *Imprevisibilidade*: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital. Situações corriqueiras ou mudanças normais das circunstâncias sociais, econômicas e políticas não podem servir de justificativa para que a Administração Pública descumpra o dever de nomeação dos aprovados no concurso público conforme as regras do edital.

c) *Gravidade*: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital. Crises econômicas de grandes proporções, guerras, fenômenos naturais que causem calamidade pública ou comoção interna podem justificar a atuação excepcional por parte da Administração Pública.

d) *Necessidade*: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária. Isso quer dizer que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para a lidar com a situação excepcional e imprevisível. Em outros termos, pode-se dizer que essa medida deve ser sempre a *ultima ratio* da Administração Pública.

Tais características podem assim servir de vetores hermenêuticos para o administrador avaliar, com a devida cautela, a real necessidade de não cumprimento do dever de nomeação.

De toda forma, o importante é que essa recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas seja devidamente motivada e, dessa forma, seja passível de controle pelo Poder Judiciário.

Ressalte-se que o dever da Administração e, em consequência, o direito dos aprovados, não se estende a todas as vagas existentes, nem sequer àquelas surgidas posteriormente, mas **apenas àquelas expressamente previstas no edital de concurso**. Isso porque cabe à Administração dispor dessas vagas da forma mais adequada, inclusive transformando ou extinguindo, eventualmente, os respectivos cargos.

Se a Administração, porém, decide preencher aquelas vagas por meio do necessário concurso, o princípio da boa-fé impõe-se: as vagas devem ser preenchidas pelos aprovados no certame.

Quanto à alegação de que a nomeação por determinação judicial implica preterição na ordem de classificação dos demais aprovados, o recorrente tampouco tem razão. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se configura preterição quando a Administração realiza nomeações em observação a decisão judicial. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: RE-AgR 594.917, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 25.11.2010; AI-AgR 620.992, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, decisão unânime, DJe 29.6.2007; RE-AgR 437.403, de minha relatoria, 2ª Turma, decisão unânime, DJ 5.5.2006.

No que se refere à alegação de indisponibilidade financeira para nomeação de aprovados em concurso, o Pleno afirmou a presunção de existência de disponibilidade orçamentária quando há preterição na ordem de classificação, inclusive decorrente de contratação temporária. Nesse sentido, cito a ementa da SS-AgR 4189, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 13.8.2010:

“SERVIDOR PÚBLICO. Cargo. Nomeação. Concurso público. Observância da ordem de classificação. Alegação de lesão à ordem pública. Efeito multiplicador. Necessidade de comprovação. Contratação de temporários. Presunção de existência de disponibilidade orçamentária. Violação ao art. 37, II, da Constituição Federal. Suspensão de Segurança indeferida. Agravo regimental improvido. Não há risco de grave lesão à ordem pública na decisão judicial que determina seja observada a ordem classificatória em concurso público, a fim de evitar a preterição de concursados pela contratação de temporários,

quando comprovada a necessidade do serviço”.

Destaque-se que as vagas previstas em edital já pressupõem a existência de cargos e a previsão na Lei Orçamentária, razão pela qual a simples alegação de indisponibilidade financeira, desacompanhada de elementos concretos, tampouco retira a obrigação da administração de nomear os candidatos aprovados.

Também não incide, na espécie, o óbice do § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009. Assim é a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o pedido de nomeação e posse em cargo público para o qual o candidato fora aprovado em concurso público, dentro do número de vagas, não se confunde com o pagamento de vencimentos, que é mera consequência lógica da investidura no cargo para o qual concorreu. Nessa toada, cito Rcl 6138, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão unânime deste Plenário, DJe 18.6.2010, assim ementado:

“RECLAMAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA EM MANDADO DE SEGURANÇA. NOMEAÇÃO DE CANDIDATA APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 4/DF. INOCORRÊNCIA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. O pedido de nomeação e posse em cargo público para o qual a candidata fora aprovada em concurso público, dentro do número de vagas, não se confunde com o pagamento de vencimentos, que é mera consequência lógica da investidura no cargo para o qual concorreu. 2. As consequências decorrentes do ato de nomeação não evidenciam desrespeito à decisão proferida nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4/DF. Precedentes. 3. Reclamação julgada improcedente, prejudicado o exame do agravo regimental”.

Em síntese, entendo que a Administração Pública está vinculada às

normas do edital, ficando inclusive obrigada a preencher as vagas previstas para o certame dentro do prazo de validade do concurso. Essa obrigação só pode ser afastada diante de excepcional justificativa, o que, no caso, não ocorreu.

Por fim, deixo consignado que esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a **força normativa do princípio do concurso público**, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos.

O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos.

O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário para manter o acórdão recorrido.

É como voto.