

Aprovação em concurso público (primeira parte) – o posicionamento clássico de expectativa de direito à nomeação

Dênerson Dias Rosa

Em sessão plenária ocorrida em 13/12/1963, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula de nº 15, a qual dispõe que “Dentro do prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.”

Os precedentes do STF para a adoção desta foram os Recursos em Mandado de Segurança nº 8.587/SP e 8.724-SP, nos quais aquela corte constitucional proferiu entendimento de que a simples aprovação em concurso público não confere direito subjetivo ao candidato para a nomeação e posse, porquanto haveria apenas simples expectativa de direito.

Com este posicionamento da corte constitucional pátria, foi rejeitada a tese do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público, consagrando-se, em contrário, o entendimento de que a Administração Pública não pode ser compelida à contratação do candidato aprovado, por se encontrar esta análise no âmbito da apreciação discricionária, exceto quando houver expressa previsão legal determinando, em certo prazo, a efetivação do provimento dos cargos.

De acordo com Ney Troncon Costa , “..a doutrina e a jurisprudência aqui e alhures, consagraram o entendimento de que, a respeito do concurso, a Administração não fica na contingência de nomear o candidato habilitado, uma vez que, por si, o concurso não origina semelhante obrigação, a menos que exista lei que obrigue, em certo prazo, a efetivação do

provimento dos cargos. Conforme Duez e Debeyre (*Traité de droit administratif*, 1952, p. 652): ‘En principe, le pouvoir de nomination est discrétionnaire, l’autorité ayant le pouvoir de nomination désigne qui elle vent, quand elle vent et comme elle vent.’ ”

Antes de se analisar os efeitos no direito pátrio resultantes desta opção de posicionamento jurídico, deve-se compreender o cenário jurídico em que aquela Súmula foi editada. À época, o Supremo Tribunal Federal não possuía como papel precípua o de guardião e intérprete máximo da Constituição Federal, visto que sua atividade jurisdicional preponderante dava-se no âmbito de uniformização jurisprudencial e interpretação final do direito federal, papeis que a atual Carta Magna Brasileira reserva ao Superior Tribunal de Justiça.

Conforme consta em obra de Aliomar Baleeiro , que foi Ministro do Supremo Tribunal Federal por quase uma década no período em questão, a Súmula nº 15 do STF foi adotada tomando-se por referências legais os abaixo transcritos artigo 13 da Lei nº 1.711/52 (então vigente Estatuto dos Servidores Públicos da União) e artigo 1.512 da Lei nº 3.071 (Código Civil então vigente).

“Art. 13. A nomeação obedecerá a ordem de classificação dos candidatos habilitados em concurso.”

“Art. 1.512. Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de fazer o prometido.”

Nos julgados que precederam a adoção da Súmula nº 15, o Supremo Tribunal Federal analisou e refutou a tese de que o edital do concurso se caracterizaria como anúncio público de recompensa ou gratificação a quem preencha certa condição ou desempenhe certo serviço.

Transcreve-se parcialmente trecho do voto do Ministro Evandro Lins e Silva, prolatado no Mandado de Segurança n. 16.182-DF, o qual se apresenta como uma clara demonstração do entendimento vigente à data de seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 12/10/1966:

“O Presidente da República, mesmo em face do art. 62 da lei n. 4.242, de 17.7.63, não estava obrigado a nomear os impetrantes, no prazo de validade do concurso, para as vagas existentes. Estava obrigado, apenas, em caso de nomeação, a obedecer à ordem de classificação, para não preterir candidatos que tivessem obtido, no mesmo concurso, melhor colocação entre os aprovados.

Não sofre contestação e é hoje pacífico, assim na doutrina como na jurisprudência, que o candidato aprovado em concurso público não tem direito à nomeação, mas tão somente expectativa de direito. Só após a nomeação, é que o funcionário concursado fica com direito à posse assegurado, como está assentado na jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 16). O direito à nomeação, dentro do prazo de validade do concurso, só ocorre se o cargo fôr preenchido sem observância da classificação (Súmula n. 15)”

Lecionava então o saudoso professor Hely Lopes Meirelles que “Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso, na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; êsses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso público, antes, durante ou após a sua realização. E assim é, porque os concorrentes tem apenas uma expectativa de direito que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas. Assim mesmo a aprovação no concurso público não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo disputado.”

A única exceção então admita era na situação em que tivesse havido preterição na ordem classificatória, onde a nomeação de uma pessoa sem a nomeação dos melhor classificados implicaria, para estes, direito certo de serem também nomeados para o mesmo cargo.

Contudo, muito embora houvesse apenas mera expectativa, esta poderia ser automaticamente convertida em direito líquido e certo quando lei do respectivo ente federado estipulasse a obrigatoriedade da nomeação, conforme reconhecido no voto do Ministro Djaci Falcão, proferido no Recurso Extraordinário 116.044-6, julgado em 08/11/1988, conforme parcialmente se transcreve:

“Este vem sendo o entendimento da doutrina que ratifica o outrora manifestado pelo MINISTRO THOMPSON FLORES, pois JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, em sua “CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA”, editada pelo SARAIVA, ao lançar a nota ao artigo 97 e respectivos parágrafos, manifesta que a obrigação de nomear “é excepcional, dado que o candidato aprovado em concurso público não tem direito subjetivo à nomeação, salvo se o cargo for preenchido, dentro do prazo de validade do concurso, sem a observância da ordem de classificação (Súmula n. 15). O dever de nomear, contudo, existirá, desde que lei fixe o prazo dentro do qual este ato de provimento deva ser obrigatoriamente praticado pelo Poder Público”; e daí remete-nos às anotações feitas ao art. 81, VIII, da C.F., onde diz que apesar da nomeação ser um ato discricionário do Poder Executivo, o qual não pode ser compelido a praticá-lo, o direito à nomeação caracteriza-se, no entanto, se a lei fixar prazo dentro do qual este ato de provimento deva obrigatoriamente ser praticado pelo Poder Executivo, citando neste sentido CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, MÁRIO MASAGÃO E ANTÃO DE MORAES. (Cf. Parecer RDA 1;963 Parecer RT 155:19-26)

Desta forma, explícito está que o concurso gera direito líquido e certo à nomeação, e não mera expectativa de direito, desde que haja lei que fixe prazo dentro do qual esse ato de provimento – a nomeação – deva ser obrigatoriamente praticado pelo Poder Público..”

Todavia, esta situação não resultava em alteração do posicionamento anterior, visto que, caso o Poder Público não se obrigasse por expressa determinação legal, a nomeação de candidato aprovado em concurso público estaria no campo da discricionariedade, constituindo-se em mera expectativa de direito, exceto quando houvesse preterição da ordem de classificação.

Pelas três décadas seguintes, o direito pátrio brasileiro se nortearia por este entendimento, de que a aprovação em concurso público não resulta em direito à nomeação, mas sim apenas mera expectativa de direito à nomeação.

Dênerson Dias Rosa, ex-Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda de Goiás, é consultor tributário e Sócio de Dênerson Rosa & Associados Consultoria.

COSTA, Ney Troncon, Parecer AJG nº 11/80, Assessoria Jurídica de Governo de São Paulo. Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/sumulas/sumula18.htm>

BALEEIRO, Aliomar .O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

Disponível em:

Artigo enviado pelo autor

Acesso em: 10 junho 2008.