

# DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL

*Paulo Alexandre da Silva*

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB  
Pós-graduado em “Ministério Público, Direito e Cidadania” pela Fundação  
Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte – FESMP/RN  
Advogado

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público dentro das vagas previstas em edital. Primeiro, analisa os fundamentos constitucional e legal acerca dos concursos públicos. Após, traz a posição da doutrina clássica sobre o tema em apreço. Por fim, deslinda como se define o direito subjetivo dos aprovados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Concurso público. Vagas dispostas em edital. Candidatos aprovados. Direito subjetivo à nomeação.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Concurso Público. 2.1. Fundamentos. 2.2. Preceitos Normativos: Constituição Federal e legislação ordinária. 2.2.1. Preceitos constitucionais. 2.2.2. Legislação ordinária. 3. Posicionamento clássico: mera expectativa de direito. 3.1. Exceções. 4. Direito subjetivo à nomeação. 4.1. Fundamentação jurídica. 4.2. Discricionariedade do momento da nomeação. 4.3. Ocorrência de fato impeditivo do provimento de cargos. 4.4. Recente jurisprudência acolhedora do direito à nomeação. 4.5. Direito à nomeação e a Lei de Responsabilidade Fiscal. 4.6. Instrumento processual adequado. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A globalização da economia tem produzido, até os dias presentes, inúmeras consequências nos mais diversos setores de atividade. Indiscutivelmente, o mercado de trabalho é um deles.

A consolidação da abertura das economias nacionais ao comércio mundial aumentou, consideravelmente, a competição entre as empresas do ramo privado. Na ânsia de se atingir metas de lucros ou, pelo menos, de se manterem ativas, empresas têm tomado várias medidas que, ao final, implicam a redução de custos. A demissão de funcionários é uma das mais corriqueiras.

Diante disso, percebe-se que não só a permanência em um emprego tem sido difícil, mas também a simples procura por um. E como visto, a sua conquista não assegura àquele que o obteve a sua continuidade.

No nosso país, tais fatos, dentre outros, têm despertado a atenção das pessoas para o concurso público. Bons salários e, principalmente, estabilidade são os principais motivos colocados por aqueles que passam a almejar uma vaga no serviço público.

Pululam os cursos preparatórios para concursos públicos e, obviamente, a quantidade de candidatos. O problema é que, depois de uma acirrada disputa, os aprovados nem sempre são nomeados para as vagas oferecidas nos editais dos certames. As autoridades responsáveis costumam relacionar muitos empecilhos para não realizar as contratações, fundamentando todos eles na tradicional discricionariedade administrativa.

No entanto, recentes decisões judiciais vêm indicando uma nova concepção, na qual se reconhece o direito à nomeação ao candidato aprovado dentro das vagas postas no edital. Explicitar e corroborar essa concepção são, pois, o objeto deste trabalho.

## 2. CONCURSO PÚBLICO

### 2.1 FUNDAMENTOS

É inconteste a assertiva de que o Poder Público labora com vistas a atingir o bem comum. Mais especificamente, a atuação da Administração

Pública tem como alvo a satisfação dos seus legítimos interesses e os de seus administrados. Para isso, os agentes públicos devem agir eficazmente, de modo a que essas referidas metas sejam, de fato, alcançadas.

Porém, é intuitivo pensar que uma ação eficaz da Administração somente advirá se aqueles que a integrarem forem capazes de realizá-la, ou seja, se os que trabalham em nome da Administração tiverem capacidade profissional, na área respectiva, para trazer uma pronta solução para o problema que demandar intervenção estatal.

Diversos meios já foram utilizados para o preenchimento de cargos públicos, mas, sem dúvida, nenhum deles tem sido mais hábil a colher profissionais eficientes para o Estado do que o concurso público.

Ora, se o fim colimado é ter servidores públicos habilitados para o devido cumprimento de seus misteres, nada mais acertado do que pôr à prova todos aqueles dispostos a tanto e selecionar os que demonstrarem melhores aptidões no manejo dos instrumentos de conhecimento relativos à área daqueles mesmos misteres.

Nisso consiste o concurso público, conforme corrobora Carvalho Filho ao defini-lo como “o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas”.<sup>1</sup>

Deixam-se de lado critérios subjetivos e indicações, os quais abrem portas para o cometimento de vários abusos por parte das autoridades administrativas, nomeando para os cargos e funções públicas pessoas a elas vinculadas, no mais das vezes os próprios familiares.

Com os concursos públicos, privilegiam-se a objetividade e o objetivo de formar um serviço público eficaz. Assim, nomeia-se não mais aquele subjetivamente considerado eficaz pela autoridade executiva, mas sim o que o é após demonstrá-lo no exame de seus conhecimentos.

Demais desses fundamentos de ordem fática e teleológica, existem outros que se revelam em princípios jurídicos encartados na Constituição Federal e nas escolhas políticas feitas pela sociedade brasileira.

Primeiramente, tem-se o princípio da isonomia. Busca-se com ele oportunizar a chance de ingresso no serviço público a tantos quantos o quiserem, sem distinção de condições entre os concorrentes. Aqui, observa-

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 587.

se, também, a obediência ao valor político da democracia, uma vez que qualquer indivíduo que preencher os requisitos legitimamente previstos no edital do concurso, poderá dele participar, independentemente de cor, sexo, raça ou origem.

Em segundo lugar, como uma espécie de contiguidade do princípio da isonomia, aparece o princípio da moralidade administrativa. Este acena com a ideia de que a contratação de pessoal sem a realização de um certame público sinaliza a indiferença da autoridade responsável quanto aos verdadeiros fins do agir da Administração, usando a máquina pública na solução de seus assuntos privados. Assim, o princípio da moralidade veda a prática de atos dessa natureza, impedindo adoção de favoritismos e perseguições.

Por fim, obviamente, não poderia faltar o princípio da eficiência. Como já se disse, o que se espera da atuação do Poder Público é a resolução dos problemas que lhe são levados. E uma pronta resolução desses problemas se dá através do desempenho de agentes públicos eficientes. Estes, por sua vez, só se presumem depois de testada a sua capacidade. E o concurso público se afigura como a melhor forma de fazer esse teste.

## **2.2 PRECEITOS NORMATIVOS: CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA**

Embora não seja objeto deste trabalho o estudo do regime jurídico dos concursos públicos, é interessante que se façam considerações a respeito dos dispositivos normativos sobre eles formulados na Constituição vigente e na legislação infraconstitucional, até porque a sua análise auxiliará no momento de fundamentar a posição aqui defendida.

### **2.2.1 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS**

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, consignou-se um capítulo específico versando sobre a Administração Pública. A despeito de apenas formalmente ser matéria constitucional<sup>2</sup>, o fato é que

<sup>2</sup> Consideram-se substancialmente constitucionais apenas as matérias relativas à organização do Estado e dos poderes, aos direitos e garantias fundamentais, aos princípios fundamentais e aos

o Capítulo VII do Título III da Constituição de 1988 - denominado “Da Administração Pública” -, é o que fornece as diretrizes do regime jurídico-administrativo de nosso país.

Assim sendo, é metodologicamente correta a colocação das regras sobre os concursos no dito capítulo. Essas regras se apresentam em cinco incisos, dos vinte e dois existentes no art. 37.

O primeiro deles é o inciso segundo. Eis os seus termos:

Art. 37. *Omissis*

.....  
II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A norma acima é a mais importante, pois preceitua a regra geral da obrigatoriedade de ingresso no serviço público por meio de concurso público, quer seja de provas, quer seja de provas e títulos. Na verdade, o que interessa nesse dispositivo, fundamentalmente, é o comando de que a contratação de pessoal sem a prestação de certame público será situação excepcional, *que deverá encontrar fulcro em lei*.

Dessa forma, o art. 37, II, constitui-se como a principal previsão normativa da obrigatoriedade de realização de concursos públicos para o preenchimento de cargos e empregos públicos no direito positivo pátrio.

Taxativas são as palavras de Meirelles, ao comentar a regra ora em apreço:

Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.<sup>3</sup>

elementos de estabilização constitucional (Estado de Defesa e Estado de Sítio). As demais são constitucionais apenas por estarem presentes no texto da Carta Política.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 413.

Por ser a regra, é natural que se dê a essa norma a maior amplitude possível, exigindo-se a feitura de concursos nas diversas áreas do serviço público. De ver a lição de Carvalho Filho:

A regra abrange não só o provimento em cargos públicos, como também a contratação de servidores pelo regime trabalhista. O mandamento constitucional, aliás, faz referência à investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II). Por outro lado, o concurso deve ser exigido quer para a Administração Direta, quer para as pessoas da Administração Indireta, sejam as públicas, como as autarquias e fundações autárquicas, sejam as pessoas privadas, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.<sup>4</sup>

Ainda sobre o inciso II, é necessário mencionar que a contratação de pessoal, com dispensa de prestação de concurso público em hipóteses não previstas na legislação, será nula de pleno direito, porquanto estará eivada do vício de inconstitucionalidade. Por via de consequência, surgirão a invalidação das contratações feitas e as sanções aos seus responsáveis, mas estes assuntos requerem detalhamento específico, que foge do tema proposto neste trabalho.

O próximo inciso do art. 37 acerca do concurso público disciplina o prazo de validade do mesmo e a sua prorrogação. Abaixo, a transcrição de seu conteúdo:

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.

Antes de se passar diretamente aos comentários do objetivo central da norma acima - o prazo de validade do concurso propriamente dito -, é interessante que se entenda o fundamento de sua positivação, isto é, o porquê de conferir prazo de validade para um concurso.

Encontra-se solidificada a ideia de que o objetivo de um concurso é selecionar e contratar os melhores profissionais para o exercício das atribuições de um cargo no serviço público. Se a contratação de servidores é a meta do concurso e não se imagina que a Administração Pública, principalmente diante dos postulados da eficiência e do planejamento, vá

<sup>4</sup> Op. Cit. p. 589.

produzir atos inúteis, conclui-se que a realização de um certame público atende a uma atual necessidade de pessoal – ou, ao menos, iminente, que terá de ocorrer.

Nesse passo, a estipulação de prazo de validade para concursos está em sintonia com a assertiva da precisão de pessoal e, também, com a ideia de democracia. Explicando: no primeiro caso, o legislador constituinte compreendeu perfeitamente a concepção de que a elaboração de um concurso responde a uma presente exigência de contratação de servidores. Limitar a validade do certame a certo período de tempo significa enfatizar tal concepção às autoridades administrativas, no sentido de que sendo prementes as contratações, não há por que deixar indefinido o prazo para que elas sejam concretizadas. Logo, o prazo de validade do concurso chama a atenção do administrador público para a satisfação da demanda de pessoal, constituindo a expiração desse prazo uma punição para o administrador inerte, que resta sem a possibilidade de aperfeiçoar a sua gestão, a não ser que se promova nova prova, gerando, porém, novos gastos e ferindo o princípio da eficiência.

No que tange à relação do prazo de validade com a ideia de democracia, fácil é deduzir que, restringindo-se tal prazo e se sabendo das constantes renovações, ao longo do tempo, no setor de pessoal do Poder Público (por exemplo, por causa de aposentadorias ou demissões), abrir-se-á a oportunidade para que um maior número de pessoas possa integrar os quadros públicos. Diferentemente seria caso não houvesse o termo da validade, permanecendo a mesma lista de aprovados.

Além disso, assinala-se que a frequente realização de concursos mantém um bom nível intelectual dos aprovados, já que, em tese, aprovação em concurso só chega para os candidatos preparados. A inexistência de prazo-limite possibilitaria o comodismo e a defasagem do conhecimento dos aprovados.

Compreendido fundamento do inciso III, veja-se agora o que significam os seus termos.

O preceito mencionado informa que o prazo de validade do concurso público é de até dois anos. A indicação do período de tempo para determinado certame - dentro desses dois anos, é claro -, é discricionária, já que levará em conta aspectos administrativos, tais como número de vagas, rotatividade de servidores dentro do quadro respectivo, planejamento

orçamentário, dentre outros. É possível até que se elabore concurso para preenchimento imediato de vagas, não havendo prazo de validade. Ao menos, a Constituição não proíbe tal medida.

Outrossim, diz o dispositivo em comento que a duração da prorrogação terá tempo igual ao do prazo de validade inicialmente estipulado. Confirma Carvalho Filho:

Se o concurso foi programado para ter prazo de validade por dois anos, a prorrogação será de dois anos. Entretanto, se o prazo inicial fixado for de um ano, o prazo de prorrogação será também de um ano. Em outras palavras, a expressão *igual período* significa que o prazo da prorrogação tem que ser igual ao prazo inicialmente projetado para o concurso.<sup>5</sup> (grifo do autor)

Ainda, uma questão a respeito da prorrogação do prazo de validade do concurso poderia ser feita. Seria a seguinte: teria a Administração a obrigação de renovar a validade do concurso? De nossa parte, a resposta tem de ser negativa. A autoridade administrativa não está constrita a perfazer a prorrogação do certame.

Primeiramente, o termo usado no período do inciso III é o adjetivo “prorrogável”, que, segundo o Aurélio<sup>6</sup>, significa “que pode ser prorrogado”. Assim, denota-se a ideia de faculdade.

Em segundo lugar, verificado pelo administrador que todos os objetivos contidos no edital da seleção foram devidamente cumpridos, nada mais correto do que encerrar o procedimento. Visto que deste, diante das circunstâncias ordinárias, nada resultará, não se arrogam razões para a renovação do prazo de validade do concurso.

Ademais, para revalidar esse prazo, seria de bom grado que a Administração, na verdade, justificasse tal providência. Em outras palavras, as autoridades executivas demonstrariam bom domínio das regras de administração, informando os motivos pelos quais lhes resta alongar a validade do certame para o alcance do que estabelecido no edital.

O art. 37, IV, dispõe a respeito da precedência na convocação. Reza a norma:

<sup>5</sup> Op. cit. p. 596.

<sup>6</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o Dicionário da Língua Portuguesa. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005. p. 660.

IV - 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;

A regra acima, frise-se, não é um primor de técnica, se consideradas todas as ponderações feitas até aqui neste trabalho, à luz do verdadeiro espírito do concurso público.

O fito desse dispositivo é priorizar as vagas para cargos ou empregos públicos oferecidos em edital aos candidatos aprovados no certame previsto neste mesmo edital, em detrimento dos candidatos aprovados em concurso posterior realizado dentro do prazo de validade do primeiro.

Veja-se que a crítica a ser feita tem relação com a admissão, pela norma constitucional, da possibilidade de existirem, simultaneamente, mais de um concurso para um mesmo cargo ou emprego. Em outras palavras, a Constituição Federal parece permitir a interpretação de que a Administração Pública poderia abrir concurso para preenchimento de cargos públicos quando ainda está em vigor procedimento com o mesmo fim.

Ora, não é possível imaginar, diante do princípio da eficiência, o qual inspira todo o agir do Poder Público, que, existindo aprovados habilitados de um processo seletivo ainda válido, um administrador público determine a realização de novo concurso, já que poderia nomear os aprovados mencionados supra. Se tomar esta última medida, não gerará novos gastos e trará mais rapidez ao provimento dos cargos.

Se novo concurso é anunciado dentro do prazo de validade do atual aberto, significa dizer, conforme comentado neste trabalho, necessidade de pessoal. Só que pessoal já existe; são os aprovados no concurso com prazo de validade ainda vigente.

Um segundo ponto merecedor de menção é o que se refere à expressão “prazo improrrogável”. Contudo, não se encontra oposição à exegese de que estes termos levam em conta a possibilidade de aplicação da regra à prorrogação do prazo de validade quando necessário.

Ainda sobre o inciso em apreço, eis as palavras de Afonso da Silva:

Examinado isoladamente, esse dispositivo parece criar um direito subjetivo dos concursados para a nomeação, ainda depois de esgotado o prazo do concurso e ainda que já existam novos concursados. Mas isso seria um contrassenso. Esse inciso tem que ser entendido em harmonia com o inciso III do mesmo artigo. Se aqui prevê prazo de validade de concurso e esse prazo foi estabelecido, o direito de ser convocado só perdura dentro desse prazo e de sua prorrogação. Se por ventura se realiza novo concurso dentro do prazo de validade do anterior, aquele que foi aprovado neste não precisa impugnar sua realização, porque aí o seu direito de ser convocado, para ocupar o cargo ou emprego na carreira, permanece intacto, e essa abertura de novo concurso confirma o seu direito, porque demonstra a existência de vagas. Aberto o novo concurso, dentro do prazo de validade do anterior, pode reivindicar, desde logo, sua nomeação para uma dessas vagas.<sup>7</sup>

A análise desse trecho da obra do grande constitucionalista paulista leva a entender que, para ele, além de o inciso IV confirmar a ideia de que o legislador constituinte, com a positivação do prazo de validade, quis chamar a atenção do administrador para a satisfação da presente demanda de pessoal, não sendo válidas, portanto, contratações feitas após o termo de tal prazo, a elaboração de um concurso indica essa mesma demanda de servidores. E se realizada a seleção dentro do prazo de validade do que está aberto, essa ideia se confirma, gerando o direito de nomeação aos concursados do primeiro concurso.

Resta implícita a ideia de que Afonso da Silva admite a realização de um novo concurso dentro do prazo de validade de outro.

De nossa parte, a única hipótese que salva a utilidade da norma em comento é aquela em que o número de aprovados no concurso é menor do que o de vagas previstas no edital, e, assim, antes de realizadas as nomeações, novo concurso é aberto com vistas a preencher as vagas restantes do concurso anterior.

Percebe-se que na hipótese acima o inciso IV buscaria proteger os aprovados no primeiro concurso caso o posterior viesse a finalizar (a realização do concurso em si, não o seu prazo de validade) antes de

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 664.

qualquer nomeação do primeiro. É nesse sentido que é possível vislumbrar utilidade a essa regra constitucional, a despeito de tal situação não ser tão frequente.<sup>8</sup>

O próximo dispositivo do art. 37 pertinente aos concursos públicos é o seu inciso VIII, *in termis*:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

No âmbito do que proposto por este trabalho, a norma supra dispensa maiores comentários, não obstante a sua grande relevância.

O art. 37, VIII, consagra a política de ações afirmativas adotada pela Constituição Federal. Tal política, no gênero, busca redimensionar o aspecto de paridade, prejudicado em desfavor de determinadas pessoas que, por questões diversas, encontram-se em situação desfavorecida.

No dizer de David Araújo e Nunes Jr., citados por Lenza:

<sup>8</sup> Recente decisão do STJ abarcou uma nova hipótese na qual se pode contemplar a efetividade do dispositivo em comento. Trata-se do caso em que o edital preceitue que apenas serão considerados aprovados aqueles candidatos que se posicionarem classificados no número de vagas previstos pelo mesmo edital. Veja a ementa do mencionado julgado: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CURSO DE FORMAÇÃO. CANDIDATA ELIMINADA DO CERTAME ANTERIOR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO IMPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Havendo o edital estabelecido que todos os candidatos classificados além do número de vagas previsto estariam eliminados, não há falar em aprovados nessa situação, razão por que a abertura de novo concurso público no prazo de validade do anterior não gera direito líquido e certo à convocação para a fase subsequente, assim como não contraria o disposto no art. 37, incisos IV, da Constituição Federal.

2. Hipótese em que a recorrente se posicionou além do número de vagas previsto no concurso público para ingresso na carreira de Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, regido pelo Edital 3/02, razão pela qual foi eliminada, conforme Item 9.3. Assim, o lançamento de edital de novo certame, Edital 8/06, ainda que no prazo de validade do anterior, não gera direito líquido e certo à convocação para a segunda fase – curso de formação. Precedente do STJ.

3. Recurso ordinário improvido. Agravo regimental prejudicado.”

Nessa situação, novo concurso poderá ser deflagrado ainda que dentro do prazo de validade do anterior, já que deste não mais haverá aprovados. Assim, a norma do art. 37, IV protegerá os concursados do primeiro certame. (STJ, 5ª T, RMS nº 24.592/RS, Min, Arnaldo Esteves Lima, ac. de 11.09.2008, DJ 17.11.2008)

[...] o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.<sup>9</sup> (grifos do autor)

No caso em tela, o grupo determinado é o dos portadores de deficiência. O comando da norma constitucional, como está claro em seus termos, é no sentido de que uma lei discipline a reserva de um percentual sobre o número de vagas previstas no edital do concurso para o referido grupo, além do estabelecimento de critérios os quais indicarão que pessoas pertencerão a tal grupo. A título de informação, coube ao Decreto nº 3.076, de 1999, regulamentar a matéria em apreço.

Finalmente, o quinto inciso a versar sobre concurso público no art. 37 é exatamente aquele que dispensa a sua realização. Ei-lo:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Nesta situação, a contratação direta de servidores, sem prestação de concurso público, é bastante justificável, em razão de, não só buscar o atendimento de necessidades de excepcional interesse público, como também de ter um tempo de duração determinado, isto é, a contratação realizada terá um termo final pré-determinado, justamente para os servidores atuarem nas demandas oriundas dessas mencionadas necessidades. Assim sendo, percebe-se que nem todos os cargos e empregos públicos poderão ter o seu preenchimento através dessa modalidade.

A norma que dispõe a respeito dessa matéria é a Lei Federal nº 8.745, de 1993, alterada pela Lei Federal nº 9.849, de 1999. Esta legislação trouxe à baila o elenco das hipóteses que ensejam a contratação direta de servidores,

<sup>9</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 533.

mencionando, porém, que haverá um processo seletivo simplificado, à exceção de algumas dessas hipóteses.

Por fim, interessa informar sobre a lei supracitada que os servidores contratados, expirado o prazo de duração de seus contratos, passarão por uma espécie de “quarentena”, sem que possam ser novamente selecionados, por essa modalidade de ingresso, no serviço público. O prazo preceituado na lei é de vinte e quatro meses, embora se excepcionem dessa regra as situações de calamidade pública.

### 2.2.2 LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

Na esfera infraconstitucional, a normatização dos concursos públicos se encontra, via de regra, nas leis que estabelecem os estatutos dos servidores públicos. A Constituição da República confere a todas as pessoas políticas a competência para legislar sobre o regime jurídico de seus agentes públicos.

A nossa atenção, porém, dar-se-á para o ato normativo que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União: trata-se da Lei Federal nº 8.112, de 1990 e suas alterações. E basta o estudo desta porque as legislações dos Estados e dos Municípios praticamente a reproduzem, principalmente no ponto relativo aos concursos públicos.<sup>10</sup>

Eis os dispositivos que regulamentam o processo seletivo no âmbito da União:

Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade.

.....  
Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.

Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos,

<sup>10</sup> De registrar que os estatutos dos servidores públicos civis dos Estados do Maranhão, Pará e Rio Grande do Norte se destacam por garantirem o direito à nomeação dos aprovados dentro das vagas previstas no edital.

podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

§ 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

O art. 10 desta lei não apenas confirma (e não poderia ser diferente) a regra geral postada na Constituição Federal acerca da exigência de realização de concurso para ingresso no serviço público, como também traz dois comandos que detalham ainda mais a disciplina jurídica do tema em apreço.

O primeiro deles preceitua que a nomeação dos aprovados deve obedecer a ordem de classificação dos mesmos. A despeito de estar imbuída da mais pura lógica - já que, se o objetivo dos concursos públicos é recrutar os melhores profissionais, os mais bem classificados (e, assim, os melhores) terão precedência na nomeação -, a prática das autoridades administrativas continuava a burlar a demanda de eficiência do Poder Público com nomeações de apadrinhados políticos mal classificados no exame de seus conhecimentos.

Para afastar essas nefastas condutas da Administração, recorria-se à justiça para que a ordem de classificação fosse respeitada, o que significou o reiterado reconhecimento jurisprudencial no sentido de garantir a nomeação daquele melhor classificado, porém preterido. No Supremo Tribunal Federal, a matéria foi sumulada. Trata-se da súmula nº 15:

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

Dessa forma, é de entender a positivação dessa ideia tão-somente como meio de deixá-la clara aos administradores públicos. Admira-se que o legislador brasileiro, neste intento, não tenha posto “ordem *crescente* de classificação”.

O segundo detalhe previsto no art. 10, na verdade, é apenas o esclarecimento do que mal expressado pelo inciso IV do art. 37 da Carta

Política. Busca-se evidenciar que as nomeações de um determinado concurso só podem ser concretizadas enquanto este ainda se encontrar válido. Expirado o prazo de validade, ficam vedadas as nomeações.

Adiante, tem-se o art. 11, o qual dá diretrizes gerais no tocante à forma como o certame deve acontecer. Assinale-se que tal dispositivo determina a cobrança da taxa de inscrição apenas para o custeio do processo seletivo, e não como forma de se aferir receita para a Administração, conforme a prática tem mostrado.

Do art. 12, dispensam-se comentários a respeito de seu *caput*, uma vez que o mesmo repete os termos do inciso III do art. 37 da Constituição.

No que tange ao seu parágrafo primeiro, confirma-se a consagrada ideia de que o edital é lei do concurso público. É nele que se especificam todos os detalhes relativos à seleção.

Por fim, há o parágrafo segundo. Este dispositivo é bastante importante, ainda que pertença àquele grupo de normas que diz o óbvio.

A diferença, todavia, é que esse parágrafo segundo serve como esclarecimento do que mal redigido no art. 37, IV, da Lei Maior. Lá, tem-se a nítida impressão de que se admite a realização de concurso público dentro do prazo de validade de outro, ainda havendo candidatos aprovados, em uma clara infração ao princípio da eficiência.

A alternativa encontrada para não considerar aquele dispositivo em dissonância com a ordem constitucional vigente foi interpretá-lo no sentido de ser cabível apenas nos casos em que o número de aprovados no concurso for menor do que o de vagas previstas no edital. Fora dessa hipótese, não se faz necessário novo certame enquanto ainda válido o primeiro e existam candidatos aprovados.

O art. 12, §2º, corrobora o acerto da interpretação feita acima ao dispor, expressamente, que a existência de candidatos aprovados em concurso público, com prazo de validade ainda vigente, impede a realização de novo concurso.

Ora, essa norma aponta o óbvio. Se o concurso ainda é válido e existem candidatos aprovados, por que realizar nova seleção? Por que ensejar a prática de novos gastos quando a mesma solução pode ser alcançada sem a retirada de qualquer centavo do Erário? O parágrafo segundo do art. 12 se encontra em perfeita harmonia com o princípio da eficiência.

### 3. POSICIONAMENTO CLÁSSICO: MERA EXPECTATIVA DE DIREITO

Talvez, um dos postulados mais tradicionais no âmbito do direito brasileiro é o que considera a situação jurídica dos candidatos aprovados em concurso público - dentro ou fora das vagas disponibilizadas no edital - uma mera expectativa de direito.

Durante décadas, doutrina e jurisprudência têm reiterado a ideia de que a nomeação dos aprovados em certames públicos resta no centro da atividade discricionária dos administradores públicos.

Para os partidários desse posicionamento, as circunstâncias de ordem administrativa é que norteiam a avaliação da Administração Pública no que toca ao provimento de cargos abertos em face da realização de concurso. As autoridades administrativas preenchem - ou não - os cargos vagos com base nos juízos de oportunidade e conveniência, isto é, à medida que os interesses da Administração reclamarem.

Logo, segundo os defensores dessa tese, não se pode falar em direito à nomeação do candidato aprovado, uma vez que este cede perante os interesses superiores da máquina pública, representados, *in casu*, pela discricionariedade exigida para o provimento dos cargos.

Nesse sentido, ministra Meirelles:

Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; [...] E assim é porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito, que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas. *Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação ou à admissão, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado.*<sup>11</sup> Grifo nosso

Da mesma forma o faz Cretella Jr.:

Depois de realizado o concurso, a Administração não é obrigada a nomear os aprovados e classificados, pois o poder público é

<sup>11</sup> Op. Cit. p. 415.

o único juiz da oportunidade e conveniência da medida. Desse modo, os candidatos, mesmo aprovados e classificados, não têm direito líquido e certo à *nomeação*, mas apenas mera expectativa de direito.<sup>12</sup>(grifo do autor)

A jurisprudência dos tribunais superiores também tem estado em comunhão com esse entendimento, conforme se observa, a título de exemplo, nas decisões que se seguem:

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, 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 na prorrogação desse mesmo prazo de validade pelo tempo correspondente à suspensão.<sup>13</sup>

ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – FHEMIG – CANDIDATOS APROVADOS, PORÉM NÃO CLASSIFICADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO.

1 – A doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que os aprovados em concurso público têm apenas mera expectativa de direito à nomeação, eis que fato submetido ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, desde que respeitada e observada a ordem classificatória dos candidatos, evitando-se, assim, preterições. Entendimento da Súmula 15/STF.  
2 – Verificado que as impetrantes não se classificaram dentro do número de vagas previstas pelo edital e que inexistia prova de que as mesmas foram preteridas por conta de nomeações de outros candidatos de pior classificação, não há direito líquido e certo a ser amparado.

<sup>12</sup> CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 484.

<sup>13</sup> STF, 1ª T, Ag. Rg no RE nº 421.938/DF, Min. Sepúlveda Pertence, ac. 09.05.2006, DJ 02.06.2006.

3 – Recurso conhecido, porém, desprovido.<sup>14</sup>

### 3.1 EXCEÇÕES

A despeito da consolidação dessa construção teórica em favor da discricionariedade do administrador público na nomeação dos candidatos aprovados, a jurisprudência passou a analisar determinadas hipóteses que se davam na concretude dos fatos administrativos, julgando-as injustas e, assim, abrindo exceções à referida construção teórica.

Na ocorrência de tais hipóteses, a mera expectativa de direito que detêm aqueles candidatos, convola-se em direito subjetivo à nomeação. É que nessas hipóteses, conforme se verá, não só resta evidenciada a necessidade de contratação de pessoal pela Administração, como também a existência de efetiva contratação em flagrante desrespeito ao edital e aos direitos dos candidatos.

Eis algumas das situações que conferem aos aprovados o direito subjetivo à nomeação:

a) Preterição da ordem classificatória: aqui, dá-se a nomeação de candidato sem a observância da ordem de classificação. Nesse caso, percebe-se a evidência da necessidade da nomeação de candidato, já que realizada (mesmo que inválida), como também a sua ilegalidade face à inobservância da lista ordinatória de aprovados. A presente situação, como visto no tópico dos preceitos normativos, ganhou abrigo nos estatutos dos servidores públicos e se tornou assunto sumulado pelo STF (súmula nº 15);

b) Demonstração inequívoca da necessidade de pessoal: nessa hipótese, tem-se clara a necessidade de agentes públicos em função de atos praticados pela Administração Pública. Os mais diversos atos podem dar fundamento à flagrante precisão, como, por exemplo, a publicação de edital de novo concurso, dentro do prazo de validade do atual, sem que tenha sido feita qualquer nomeação e haja número de candidatos aprovados, pelo menos, igual ao de vagas previstas;

c) Contratação de terceiros a título precário: nesse caso, pessoas

<sup>14</sup> STJ, 5ª T, RMS nº 10.961/MG, Min. Jorge Scartezzini, ac. 19.04.2001, DJ 13.08.2001.

estranhas ao concurso público são contratadas a título precário, isto é, sem qualquer vínculo efetivo com a Administração. Obviamente, faz-se mister que haja candidatos aprovados no concurso cujo prazo de validade vige. Assim sendo, exsurge o direito líquido e certo do candidato aprovado, consoante tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL AGROPECUÁRIO FEDERAL. ACORDOS DE COOPERAÇÃO TÉCNICA ENTRE A UNIÃO E MUNICÍPIOS PARA FISCALIZAÇÃO DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL. DEMONSTRAÇÃO DE NECESSIDADE DE PESSOAL. PREENCHIMENTO DE VAGA EXISTENTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. Os acordos de cooperação técnica celebrados entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e diversos Municípios catarinenses têm por nítido escopo fazer com que servidores municipais desempenhem, sob o comando da União, as atividades tipicamente desenvolvidas pelos fiscais agropecuários federais.
2. Nesse caso, embora a União não contrate diretamente terceiros, em caráter precário, para desempenhar as funções do cargo em questão, ela o faz de maneira indireta, ao passar a se utilizar da mão de obra de servidores municipais disponibilizados pelas prefeituras, os quais passam a exercer funções próprias da Administração Federal.
3. A ratio essendi de a contratação precária de terceiros fazer surgir o direito líquido e certo dos aprovados em concurso público à nomeação às vagas existente, decorre do fato de ela demonstrar a necessidade de pessoal para desempenho de determinada atividade administrativa.
4. Pela mesma razão de ser, a celebração de acordos de cooperação entre a União e Municípios, por meio do qual pessoas que são estranhas aos quadros da Administração Federal passam, sob a supervisão e controle da União, a exercer funções por lei atribuídas aos Fiscais Agropecuários Federal, faz surgir o direito à nomeação daqueles aprovados em concurso público para o aludido cargo, desde que comprovada a existência de vaga.

5. Demonstrado que a impetrante fora aprovada em concurso público para o aludido cargo, para o Estado de Santa Catarina, que seria a próxima a ser nomeada, bem como haver vaga desocupada, exsurge o direito líquido e certo à sua nomeação.

6. Ordem concedida.<sup>15</sup>

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA SEM ÔNUS AO PODER PÚBLICO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. Comprovada a existência de vaga e demonstrada a necessidade de pessoal, em razão da contratação temporária para exercício da função, exsurge o direito líquido e certo do impetrante à nomeação no cargo para o qual fora aprovado.

2. Uma vez inexistindo a contratação precária com ônus ao Poder Público, mas mera cessão pelo Município de funcionários, sem ônus ao Poder Judiciário, não se caracteriza a preterição do candidato aprovado. Direito líquido e certo inexistente.

Recurso desprovido.<sup>16</sup>

Em não ocorrendo situações de natureza semelhante às referidas acima, a autoridade administrativa não poderia ser impelida a realizar as nomeações dos candidatos aprovados, ainda que dentro das vagas previstas no edital do concurso.

#### **4 . DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO**

Registre-se, de início, que toda a argumentação doravante exposta, em defesa do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados, vale tão-somente para aqueles cuja classificação ocorre dentro do número de vagas veiculadas no edital do concurso e os casos derivados, como, por exemplo, aquele em que o candidato que ocupa a primeira posição além do limite de

<sup>15</sup> STJ, 3ª S, MS nº 13.575/DF, Min. Jane Silva, ac. 10.09.2008, DJ 01.10.2008

<sup>16</sup> STJ, 5ª T, RMS nº 23.962/RJ, Min. Félix Fischer, ac. 27.03.2008, DJ 05.05.2008

vagas ofertadas, mas um dos que estão dentro desse limite desiste do cargo ou, já empossado, por algum motivo, desliga-se dele antes de feitas todas as nomeações previstas.

#### 4.1. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Sabe-se que um dos atributos dos atos administrativos é a sua presunção de legitimidade, isto é, a suposição inicial de que tais atos estão de acordo com as regras pertinentes a sua produção (embora essa presunção possa cair em face de prova em contrário).

Em tema de concurso público, o ato administrativo específico a se abordar é o edital que deu publicidade ao certame. O edital, como o contrato no âmbito do direito privado, faz lei entre as partes, ou melhor, é a lei do concurso. Desde que observadas as normas constitucionais e infraconstitucionais, as quais apenas indicam questões pontuais, as disposições incluídas no edital passam a reger todos os aspectos relativos ao concurso a ser realizado.

Em muitas oportunidades, os editais dos concursos públicos trazem a indicação do número de vagas disponíveis para os cargos oferecidos. Quando esta hipótese tem lugar, é inofismável, diante do ordenamento normativo pátrio, a concepção de que a Administração Pública encontra-se vinculada ao perfazimento do provimento daqueles mesmos cargos. De ver por quê.

Inicialmente, consoante se disse acima, presume-se, até prova em contrário, que os atos administrativos são legítimos, isto é, o conteúdo do que enunciam é verdadeiro. Logo, se um edital lançado pela Administração abre tantas vagas para determinados cargos, extrai-se a inequívoca conclusão, sob o ponto de vista lógico-jurídico, de que a mesma Administração carece do provimento desses cargos.

Reforça-se essa ideia com o que argumentado no tópico referente aos fundamentos da realização do certame público. Ora, seria totalmente descabida a afirmação de que o Estado poderia praticar atos sem utilidade, haja vista que a atuação estatal, via de regra, significa gastos. E é aqui desnecessário lembrar o conjunto de normas que proíbe a conduta pródiga com o erário público.

Dessa forma, o anúncio da feitura de um concurso sinaliza claramente a necessidade de pessoal por que passa determinado setor do Poder Público.

Nesse sentido, as límpidas lições de Maia e Queiroz:

Ora, se a Administração tem, na maioria dos casos, discricionariedade em lançar ou não o concurso público, de certo que, *quando resolve deflagrar o certame, o faz porque há necessidade de provimento dos cargos vagos*. Do contrário, seria o administrador irresponsável por estar abrindo concurso público, com os mais diversos ônus para a Administração, sem a respectiva necessidade de admitir mais pessoas no serviço público, atitude essa que pode gerar consequências no âmbito da improbidade administrativa.<sup>17</sup> (Grifo nosso)

Em mudança de entendimento, Carvalho Filho passou a corroborar essa posição, consoante se vê a seguir:

Se o edital do concurso previu determinado número de vagas, a Administração fica vinculada a seu provimento, em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções. Assim, deve assegurar-se a todos os aprovados dentro do referido número de vagas direito subjetivo à nomeação.<sup>18</sup>

E a menção ao número de vagas disponíveis, pela mesma razão e com base na presunção de legitimidade, quantifica a referida necessidade.

Além disso, ao se evidenciar a carência de funcionários com realização do concurso, expressando-a em números, o não preenchimento das vagas implica a infringência ao princípio constitucional da eficiência, porquanto falta à Administração a quantidade, para ela, ideal de agentes para que possa fazer frente às demandas que se lhe apresentem.

Impõe-se, daí, o provimento dos cargos, afastando-se a ideia de discricionariedade.

Frente a tais circunstâncias, o candidato aprovado cuja classificação se deu dentro do número de vagas disponíveis passa a ter o direito subjetivo a ser nomeado.

O primeiro fundamento a sustentar a tese acima é o princípio da

<sup>17</sup> MAIA, Márcio Barbosa. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 226-227.

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 594.

legalidade, na sua acepção mais ampla. Isto porque, como demonstrado, as autoridades administrativas estão vinculadas às disposições do edital, que nada mais é do que um ato regulamentar derivado dos comandos constitucional e legal da obrigatoriedade de realização de concurso para o preenchimento de cargos e empregos públicos.

De conferir, novamente, a doutrina de Maia e Queiroz, cujo conteúdo avaliza a vinculação da Administração ao que esculpido no edital:

Assim, no momento em que a Administração publica o Edital de abertura do concurso público, convocando a sociedade para nele participar, vincula-se a seus termos, bem como à necessidade de concluir o concurso e nomear os candidatos.<sup>19</sup>

Destarte, o provimento dos cargos vagos previstos no edital constitui obediência da Administração ao postulado da legalidade, em completa harmonia com o atributo da presunção de legitimidade.

O princípio da moralidade administrativa também se encaixa no suporte jurídico ao direito à nomeação do candidato aprovado. Ora, imbuídos da ideia de que a previsão de vagas no edital queira dizer a necessidade de pessoal e, por consequência, contratações, os candidatos se inscrevem nos concursos, com o pagamento da respectiva taxa.

O transcurso do prazo de validade – e sua eventual prorrogação – sem a nomeação de algum candidato aprovado no número de vagas oferecidas importa na conclusão de que o cargo não era necessário, tendo sido demonstrada uma diferente (e falsa) ideia aos candidatos. Insistindo-se na concepção de que a nomeação é um ato discricionário, torna-se fácil rematar que a Administração usou de má fé contra os candidatos para angariar recursos com o pagamento das taxas de inscrição, pois estipulou a existência de cargos cuja nomeação não viria a ser feita, iludindo aqueles candidatos, que pagaram a taxa de inscrição na crença de que, aprovados no número vagas fixado, seriam nomeados.

É certo que esse tipo de atitude é mais evidente quando nomeação alguma é feita; porém, mesmo quando algumas das vagas são preenchidas, a situação permanece em desrespeito à moralidade administrativa, já que quanto mais vagas forem disponibilizadas, maior será o número de

<sup>19</sup> OP. CIT., p. 227.

candidatos. Exatamente por causa das maiores chances de aprovação.

A ausência de uma justificativa fundamentada que legitime a não realização das nomeações – não vale a discricionariedade – implica em uma conduta antiética e desonesta por parte do administrador público, em contraste com os propósitos da moralidade administrativa.

Neste diapasão é que surge a questão do famigerado “cadastro de reserva”. Tal expediente não raro tem sido utilizado em editais de concurso com o fito de não comprometer o ente administrativo responsável no que tange a futuras nomeações, já que a alegação de inexistência de vagas inviabilizaria as demandas dos candidatos. Oficialmente, argumenta-se no sentido de que à medida que surgirem vagas, o cadastro será utilizado.

Tal expediente se revela como um lídimo absurdo jurídico.

É inconcebível imaginar que a Administração possa realizar concurso público sem estar necessitando de pessoal. A defesa desta possibilidade é fruto do mais rudimentar e obtuso raciocínio. Ora, qual o sentido de se gastar recursos financeiros e humanos com a organização do certame se não existe a previsão de vagas a serem preenchidas, ou seja, se inexistente necessidade?

É isso que representa o cadastro de reserva. Em sua defesa, alega-se que se trata de um artifício que dá praticidade ao procedimento em que colocado o concurso, já que na hipótese de repentino surgimento de vagas, já existem candidatos aprovados que poderão ser utilizados.

No entanto, esse argumento vem apenas a confirmar que não é atual (nem iminente) a carência de funcionários, pois somente “se” esta última – a carência de funcionários - acontecer, os aprovados do cadastro serão contratados.

Se, por insistência (em defender o cadastro), se disser que, na verdade, necessidade existe, mas falta dinheiro para custear as contratações necessárias, e por isso o cadastro de reserva seria útil para que quando surgissem os recursos as nomeações pudessem ser feitas, incorrer-se-á em inobservância das regras de boa administração (um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa).

Isto se dá porque, obviamente, se há necessidade, mas míngua os recursos, espera-se que estes apareçam para se organizar o concurso, cuja necessidade será satisfeita. Até porque, ademais, configura-se mau exemplo de gestão pública dispensar numerários financeiros com a

complexa organização de um concurso público e não efetivar o objetivo do mesmo concurso em função de deficiência orçamentária. Porém, ainda poderia a autoridade administrativa dizer que o arrecadado com as taxas de inscrição cobriria os gastos advindos do processo seletivo. Aí, também nessa hipótese, o princípio da moralidade urge relacionado com a posição dos candidatos.

Ora, é evidente que os concorrentes a um cargo público se inscrevem nos concursos com o objetivo de integrar o quadro de pessoal do serviço estatal. A partir do momento em que a Administração se utiliza do artifício do cadastro de reserva, ela deixa expressa a possibilidade de não serem feitas nomeações caso não surjam vagas durante o prazo de validade do certame. Assim, resta incontestado o desrespeito à boa fé dos candidatos, já que se prevê a possibilidade de inexistir provimento de cargo, a despeito do embolso do que apurado com as taxas de inscrição. Esta atitude, inegavelmente, constitui infração à moralidade administrativa.

É preciso que esteja clara para os administradores públicos a óbvia idéia de que o objetivo de um concurso é a contratação de pessoal para os quadros da Administração respectiva. E, ao menos no âmbito do manejo do dinheiro público, somente se contrata se houver precisão de servidores. Dessa forma, a realização de processo seletivo só será, administrativa e juridicamente, admissível quando houver carência de funcionários, fato este que impõe a quantificação dessa necessidade mediante a indicação de cargos vagos e, conseqüentemente, o seu devido provimento.

Diante do que exposto, repita-se, também deve se tornar cristalino para as autoridades administrativas o entendimento de que, se é devido e necessário o provimento dos cargos públicos indicados como vagos no edital, os candidatos que forem aprovados dentro da quantidade indicada terão direito à nomeação durante o prazo de validade do concurso. A desobediência a essa fere os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência.

#### 4.2. DISCRICIONARIEDADE DO MOMENTO DA NOMEAÇÃO

Não obstante a posição acolhida neste trabalho pelo acolhimento do direito à nomeação do candidato aprovado, com base na vinculação da Administração ao edital do concurso quando há previsão de vagas, cumpre

assinalar que tem discricionariedade a autoridade administrativa, dentro do prazo de validade, no que diz respeito ao momento da contratação.

É preciso perceber que uma série de questões de ordem administrativa motiva o surgimento de cargos vagos no interior da Administração. A aposentadoria compulsória, por exemplo, é uma delas. De acordo com a Constituição Federal, o servidor que completar 70 anos de idade será compulsoriamente aposentado do serviço público.

Ante tal circunstância, o setor de recursos humanos de determinado órgão, vislumbrando a ocorrência, em breve, de fato como o acima citado, toma eficiente providência ao informar à autoridade administrativa da necessidade de recompor o quadro de pessoal, que em data futura e *certa* estará defasado.

Concluída a realização do concurso, que, por exemplo, previu número de vagas igual ao de cargos vagos pelo evento aposentadoria, apenas quando esta se der é que a Administração poderá efetuar as nomeações.

Demais disso, circunstâncias imprevisíveis pela Administração podem impedir a contratação do candidato aprovado.

E não há dizer que admitir a discricionariedade para o momento das contratações é estar em contradição com a idéia de necessidade que deu ensejo à realização do concurso. A razão que impede esse raciocínio se encontra na própria estipulação de um prazo de validade para o certame.

Ora, sabe-se que a determinação do período de tempo do prazo de validade é discricionária (dentro dos dois anos), em virtude de se conceder ao administrador a prerrogativa de analisar a situação administrativa do ente que comanda e poder organizar da melhor forma possível o cronograma de provimento dos cargos que irão satisfazer a necessidade existente. Caso contrário, não se poderia existir prazo de validade nos concursos públicos, já que a necessidade demandaria imediata nomeação dos aprovados.

É, portanto, possível conciliar a necessidade de provimento das vagas com a discricionariedade concedida para o momento de sua ocorrência, até porque, no âmbito do que discutido, a previsão de vagas demonstrará a necessidade, e a discricionariedade indicará apenas em que momento ela (a necessidade) *deverá* ser satisfeita. Em outras palavras, o prazo de validade é o período de tempo que a Administração considera necessário para, *efetivamente*, atender aos reclamos de seu quadro de pessoal, e a estipulação de vagas é a garantia para o atendimento desses reclamos.

#### 4.3 OCORRÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO DO PROVIMENTO DE CARGOS

Resta nitidamente demonstrada a concepção de que a oferta de vagas no edital de concurso público indica a necessidade de contratação, o que faz vincular a Administração à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas.

Não obstante o acerto da tese mencionada acima, seria um contra-senso tê-la como um direito absoluto dos candidatos aprovados, não devendo ser-lhes conferido os cargos obtidos com a aprovação sob o peso de quaisquer circunstâncias, até porque um dos fundamentos da dita vinculação da Administração é a presunção de legitimidade dos atos administrativos, que cede ante prova em contrário.

Diante disso, admite-se a possibilidade de que determinadas hipóteses possam sinalizar a não realização do provimento dos cargos que foram veiculados no edital. Porém, essas hipóteses deverão apontar para um fato imbuído de três características: a superveniência à realização do concurso, a imprevisibilidade de sua ocorrência e o distúrbio financeiro provocado.

É até lógico que o fato impeditivo da nomeação deva ocorrer após o encerramento do concurso, uma vez que, ocorrido antes, ter-se-ia a situação de suspensão do mesmo. Ora, se o fato é prévio à realização do processo seletivo, as normas de boa administração aconselham a sua suspensão, ou, se for o caso, o próprio cancelamento - com o devido reembolso das taxas de inscrição já pagas pelos candidatos -, já que a continuidade do procedimento poderá render gastos inúteis.

Confirmando a idéia acima, as precisas palavras de Maia e Queiroz:

Contudo, pode haver mudança de direção da posição anteriormente adotada pela Administração, pautada sempre por interesse público *superveniente* e objetivamente determinante dessa mudança de postura, caso em que legítimo será o escoamento do prazo de validade do concurso sem o respectivo provimento dos cargos, uma vez que o anterior interesse em ocupá-los desapareceu.<sup>20</sup> (grifo nosso)

No que tange à marca da imprevisibilidade, tem de ficar claramente

<sup>20</sup> Op. cit., p. 228.

comprovado que as autoridades administrativas não tinham como antever o acontecimento dos eventos que importarão na impossibilidade de nomeação dos aprovados. Em uma linguagem mais rasteira, é preciso que os fatos peguem a Administração de surpresa.

Assim, fácil é perceber que apenas situações extraordinárias se encaixarão nos termos expostos. A tradicional justificativa de ausência de previsão orçamentária não mais poderá ser utilizada, porque, diante do raciocínio até aqui elaborado, se o concurso é feito para preencher uma necessidade de pessoal, não há como realizá-lo se inexistir dotação orçamentária para remunerar esse mesmo pessoal de que tanto precisa a Administração. A renitência em assim proceder revela a irresponsabilidade do administrador, descuidado com o bom andamento administrativo de sua gestão.

No caso acima, abrir concurso público com oferta de vagas, mas sem numerários para efetivar o provimento dos cargos, retira qualquer marca de imprevisibilidade. Já se sabia que não haveria dinheiro suficiente.

A terceira característica diz respeito aos problemas financeiros ocasionados pela ocorrência de um fato superveniente e imprevisível. É imprescindível que o referido fato venha a trazer reais impactos no orçamento financeiro do ente responsável pela contratação dos aprovados no concurso. Exige-se, assim, uma justificativa deveras bem fundamentada para que se legitime a impossibilidade (jurídica, administrativa, financeira, etc.) de concluir as nomeações estipuladas nas disposições editalícias. Em outras palavras, não basta uma menção abstrata do problema, mas sim dos efeitos concretos deste.

Por fim, cumpre assinalar dois pontos esclarecedores.

O primeiro é o de que as características do fato impeditivo de nomeação são cumulativas, ou seja, é preciso que o citado fato seja, simultaneamente, superveniente à realização do concurso, imprevisível e causador de reais distúrbios financeiros.

O segundo ponto diz respeito ao momento em que a Administração deverá se pronunciar sobre o empecilho de cumprir o que previu no edital quanto às nomeações. É natural que tal momento se dê apenas quando do encerramento do prazo de validade do certame público – ou de sua prorrogação. E a razão para tanto se funda no fato de ser discricionária, dentro do prazo de validade e sua eventual prorrogação, a atribuição do administrador para realizar as nomeações.

O direito subjetivo do candidato aprovado se ergue tão-somente ao final do prazo mencionado supra sem que tenha sido realizada contratação, já que assim a Administração, a princípio, desobedeceu a determinação do edital e deixou implícita a conclusão de que o cargo não era necessário. É nessa ocasião que a autoridade administrativa precisa *justificar fundamentadamente* o fato que a impediu de preencher os cargos vagos.<sup>21</sup>

Lembre-se de que a não prorrogação do prazo de validade, tendo já sido preenchidas as necessidades previstas no edital, prescinde de qualquer motivação por parte da Administração, dando-se o contrário caso, nas circunstâncias apontadas, houver determinação para a prorrogação.

#### 4.4. RECENTE JURISPRUDÊNCIA ACOLHEDORA DO DIREITO À NOMEAÇÃO

Decisões proferidas nos últimos anos por nossos tribunais superiores têm começado a infirmar a tese clássica da mera expectativa de direito, passando a reconhecer o direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas pelo edital.

O pioneirismo adveio do Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstram os acórdãos abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ATO VINCULADO.

Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso.

Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF.

<sup>21</sup> Quanto à necessidade de motivar a decisão de não prover cargos previstos no edital, Maia e Queiroz vaticinam: “Nesses casos, deve o administrador motivar expressamente seu ato, demonstrando claramente a superveniência dos fatores que culminaram na troca de rumo da Administração para o atendimento do novo interesse público.” (Op. cit, p. 228).

Recurso provido.”<sup>22</sup>

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO - OMISSÃO QUANTO À NOMEAÇÃO DO SERVIDOR CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DECADÊNCIA DO WRIT NÃO OPERADA ENQUANTO VIGENTE O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO - RECURSO PROVIDO.

1. Enquanto vigente o prazo de validade do concurso público, não se opera a decadência para impetrar mandado de segurança, contra ato omissivo de autoridade pública que não nomeia servidor classificado dentro das vagas previstas em edital.

2. Desde que aprovado dentro do número de vagas veiculadas em edital, o candidato em concurso público possui direito subjetivo à investidura no cargo. Precedentes desta Corte.

3. Recurso provido.”<sup>23</sup>

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO – CONCURSO APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO.

1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse.

2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes.

<sup>22</sup> STJ, 5ª T, RMS nº 15.034/RS, Min. Félix Fischer, ac. de 19.02.2004, DJ de 29.03.2004

<sup>23</sup> STJ, 6ª T, RMS nº 15.945/MG, Min. Paulo Medina, ac. de 02.02.2006, DJ de 20.02.2006.

3. Recurso ordinário provido.<sup>24</sup>

Neste último aresto, existem alguns trechos do voto do Min. Rel. Paulo Medina que sustentam o que já esposado no presente texto.

No tocante à presunção de legitimidade pertinente à necessidade de pessoal com a oferta de vagas no edital, diz o ministro:

O acórdão recorrido fundamentou-se no sentido de que a posse e nomeação de candidato em cargo público parte da premissa da necessidade da Administração.

Trata-se de uma premissa, até o momento em que a Administração não torna expressa essa necessidade, veiculando, em edital, a oferta de certo número de vagas para determinado cargo.

A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover 98 (noventa e oito) vagas de Oficial de Justiça, o que seria, a princípio, um ato discricionário, torna-se um ato vinculado para o poder público, ensejando, em contrapartida, direito subjetivo à nomeação e à posse, para os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas previstas no edital.<sup>25</sup>

Em relação à característica da imprevisibilidade que impede a realização de nomeação:

No que concerne à alegação do Recorrido da ausência de disponibilidade financeira para prover a Recorrente no cargo, esta relaciona-se, como o próprio reconhece, à questão da governabilidade e governabilidade pressupõe um mínimo de responsabilidade para com os atos que praticam, mormente quando afetam de forma direta a esfera jurídica dos cidadãos.<sup>26</sup>

Em outro julgado do qual foi relator, o mesmo ministro arrazoa no ponto atinente à infração dos princípios da legalidade e da moralidade:

Assim, tem entendido a Jurisprudência desta Corte que, embora a aprovação em concurso público gere mera expectativa de direito

<sup>24</sup> STJ, 6ª T, RMS nº 20.718/SP, Min. Paulo Medina, ac. de 04.12.2007, DJ de 03.03.2008.

<sup>25</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>26</sup> Idem, *ibidem*.

à nomeação em cargos e empregos públicos, se a Administração Pública veicula número certo e definido de vagas, está adstrita a provê-las, por obediência aos princípios da legalidade, que pressupõe a vinculação ao edital, e da moralidade administrativa<sup>27</sup>.

Já o Supremo Tribunal Federal, através de sua Primeira Turma, decidiu também no sentido de conferir o direito à nomeação aos que são aprovados dentro das vagas. Eis o resumo da decisão, disponibilizado no Informativo de Jurisprudência nº 520 do Pretório Excelso:

Por vislumbrar direito subjetivo à nomeação dentro do número de vagas, a Turma, em votação majoritária, desproveu recurso extraordinário em que se discutia a existência ou não de direito adquirido à nomeação de candidatos habilitados em concurso público — v. Informativo 510. Entendeu-se que, se o Estado anuncia em edital de concurso público a existência de vagas, ele se obriga ao seu provimento, se houver candidato aprovado. Em voto de desempate, o Min. Carlos Britto observou que, no caso, o Presidente do TRF da 2ª Região deixara escoar o prazo de validade do certame, embora patente a necessidade de nomeação de aprovados, haja vista que, passados 15 dias de tal prazo, fora aberto concurso interno destinado à ocupação dessas vagas, por ascensão funcional.<sup>28</sup>

Ainda, na esfera da Corte Constitucional, o tema em apreço teve reconhecida a sua repercussão geral, restando no aguardo para a decisão final a seu respeito. Eis a justificativa arrolada pelo Min. Menezes Direito:

Considero que a matéria constitucional presente nestes autos extrapola o interesse subjetivo das partes, na medida em que se discute a limitação do poder discricionário da Administração Pública em favor do direito de nomeação dos candidatos que lograram aprovação em concursos públicos e que estão classificados até o limite de vagas anunciadas no edital que regulamenta o certame. A questão possui repercussão, notadamente, no aspecto social ao atingir diretamente o interesse de relevante parcela da população que

<sup>27</sup> STJ, 6ª T, RMS nº 19.216/RO, Min, Paulo Medina

<sup>28</sup> SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo520htm>>. Acesso em 28 set. 2008.

participa dos processos seletivos para ingressar no serviço público. Afeta, também, a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal que, a partir da decisão emanada por esta Suprema Corte, poderá elaborar e realizar os concursos públicos ciente da extensão das obrigações que possui em relação aos candidatos aprovados e incluídos no rol das vagas ofertadas no processo seletivo. Assim, considero presente a repercussão geral.<sup>29</sup>

#### 4.5 DIREITO À NOMEAÇÃO A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Complementar Federal nº 101/00, cujo conteúdo estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, surgiu com o objetivo de tornar legal algo que para as regras de boa administração e o bom senso é óbvio: a autoridade administrativa não pode gastar mais do que arrecadar.

A relação desta lei financeira com o direito à nomeação tem a ver com o que preceitua o seu art. 21, parágrafo único:

Art. 21. *Omissis*

.....  
Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa de pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

Esta norma jurídica resolveu dois problemas de uma só vez. Diretamente, ela protege as finanças públicas não só ao evitar que o gestor público atual, por estar em fim de mandato (e no caso de perda da eleição, ele mesmo ou o seu candidato), faça gastos excessivos na contratação de servidores, como também protege a gestão seguinte, que poderia ficar vinculada àqueles gastos excessivos, se fossem realizados.

Indiretamente, foi o bom andamento das eleições preservado, porque nos cento e oitenta dias do último ano de mandato sempre estará contido o período da campanha eleitoral. Assim, a vedação de nomeação impede a autoridade administrativa de usar as nomeações como moeda de troca por votos.

<sup>29</sup> STF, Pleno, RE 598099, Rel. Min. Menezes de Direito, ac. 23.04.2009.

O que nos interessa, porém, na análise dessa norma é o fato de que ela pode vir a frustrar o direito à nomeação de um candidato aprovado. É possível que, coincidentemente (ou não), o prazo de validade de um concurso, ou até a sua prorrogação, venha a ter cabo durante esses últimos 180 dias de mandato, sem que todos os cargos previstos no edital tenham sido providos e, dessa forma, as nomeações restantes fiquem inviabilizadas, já que o administrador público poderia alegar infração à lei financeira em resposta a uma eventual providência judicial por parte dos candidatos.

Entretanto, uma interpretação teleológica do parágrafo único do art. 21 junto com a exegese do sistema da Lei de Responsabilidade Fiscal (doravante LRF), caso proposta a devida ação judicial pelo candidato prejudicado, vem ao socorro do direito deste.

Do ponto de vista teleológico, já se viu o que busca o conteúdo do parágrafo único do art. 21: o resguardo das finanças públicas e da administração seguinte à atual. Todavia, encerrado o prazo de validade do certame com cargos vagos não providos e ajuizada ação por candidato que deveria ter sido nomeado, a decisão judicial que determina à autoridade administrativa que nomeie o respectivo candidato eximirá aquela de desobediência aos termos da lei financeira.

*In casu*, a nomeação realizada pela Administração terá fulcro em uma decisão judicial, que, por sua vez, estará reconhecendo um direito dos candidatos aprovados. Logo, os desígnios da LRF serão observados.

Completa-se esse raciocínio com uma interpretação sistemática de outro dispositivo da LRF. Trata-se do § 1º do art. 19, que estabelece exceções aos limites de gastos com pessoal dos entes políticos, sendo uma delas a despesa decorrente de decisão judicial (o inciso IV). O STJ já confirmou a força dessa exceção em caso de reintegração de servidores:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA - AGRAVO REGIMENTAL  
- INTERVENÇÃO DO MP - NÃO OBRIGATORIEDADE -  
REINTEGRAÇÃO DE SERVIDORES - CONTRAPRESTAÇÃO  
EM SERVIÇOS - LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL -  
NÃO CONFIGURAÇÃO DA LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA

1. É faculdade do Presidente do Tribunal oportunizar a intervenção do Ministério Público no pedido de Suspensão de Segurança;

2. A via de Suspensão de Segurança não se presta ao conhecimento de razões de mérito do Mandado de Segurança;
3. Em compensação à reintegração dos servidores, há a contraprestação do efetivo serviço por eles prestados. Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00, art. 19, § 1º, IV) excetua a restrição com gastos com pessoal quando há decisão judicial. Não há que falar, pois, em lesão à economia pública;
4. Não trouxe o Município elementos que permitam avaliar a possível influência dos agravados na condução do processo administrativo instaurado para apurar alegadas irregularidades em concurso público.
5. Agravo Regimental não provido.<sup>30</sup> Grifo nosso

Ora, se a lei financeira legitima gastos com pessoal excedentes aos limites por ela mesma estabelecidos, desde que fundados em decisão judicial, não fere as normas de gestão fiscal a nomeação feita pelo administrador, ainda que dentro dos últimos 180 dias de mandato, também provocada por decisão do Judiciário, até porque, nesta última situação, não necessariamente haverá extrapolação aos limites previstos pela lei.

Portanto, no caso em estudo, o prazo estabelecido no parágrafo único do art. 21 não poderá prosperar enquanto alegação da Administração para não nomear e não servirá de impedimento a que a justiça determina àquela entidade que preencha os cargos que reputou necessários no edital, principalmente quando esta providência não ultrapasse os limites consagrados no art. 19 da LRF, já que há um direito subjetivo sendo albergado.

#### 4.6. INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

A ação de mandado de segurança é a via processual indicada para que seja requerido, jurisdicionalmente, o provimento do cargo a que tem direito o candidato aprovado dentro das vagas.

<sup>30</sup> STJ, CE, AgRg na SS Nº 1231/SC, Min. Edson Vidigal, ac. 25.10.2004, DJ 22.11.2004

Sabe-se que o mandado de segurança tem previsão constitucional no título em que a Carta Política prevê os direitos e garantias fundamentais. Também é sabido que, não obstante o texto da Lei Maior destine o dito *writ* para a proteção de *direito* líquido e certo, a doutrina sempre tem buscado demonstrar que os fatos é que devem configurar liquidez e certeza, conforme observa Lenza:

Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que devem ser líquidos e certos para o cabimento do *writ*.<sup>31</sup> Grifo do autor

Assim sendo, já na proposição da ação, as provas que a sustentarão precisam estar completas, definidas, totalmente capazes de formular um juízo de subsunção com a norma jurídica respectiva, dispensando um momento posterior de produção de provas.

No caso em tela, exige-se dos impetrantes que acostem à petição inicial do *mandamus* determinados atos do procedimento administrativo atinente ao certame público, a fim de que se possa aferir a liquidez e a certeza do quadro fático apresentado.

Em termos práticos, os atos mencionados supra consistem nos editais que indicam a abertura do concurso (com oferta de vagas), o resultado definitivo e a sua homologação (com a listagem de aprovados), os atos de nomeação dos aprovados à frente do impetrante (se houver), o ato de renovação do prazo de validade (caso prorrogado) e o que declara o final deste prazo (se realizado), sem que tenha havido todas as nomeações previstas.

De posse dessa documentação (cópias do jornal oficial), basta estabelecer a ordem cronológica dos fatos, que resultaram na não nomeação do candidato. A fundamentação jurídica é aquela exposta no tópico 4.1.

A Administração, em sua resposta, apenas poderá alegar irregularidades formais pertinentes à documentação apresentada pelo impetrante ou fundamentar a ocorrência de fato superveniente, imprevisível e causador de desordem administrativa, que inviabilizou as nomeações previstas.

A autoridade coatora é aquela responsável pela realização da nomeação

<sup>31</sup> Op. Cit. p. 578.

e o prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança corre a partir do primeiro dias após o encerramento do prazo de validade ou de sua prorrogação, uma vez que Administração estará omissa em praticar um ato que a ordem jurídica lhe impele.

## 5. CONCLUSÕES

Ante o que desenvolvido até aqui, é possível serem feitas as seguintes conclusões:

1) o objetivo da deflagração de um concurso público é satisfazer a necessidade de pessoal da Administração;

2) com base na presunção de legitimidade dos atos administrativos, a previsão de vagas no edital demonstra a carência de servidores, quantificando-a;

3) o candidato aprovado dentro das vagas oferecidas no edital tem direito subjetivo à nomeação, pois, pela presunção de legitimidade e pelo princípio da legalidade, a Administração está vinculada às vagas que veiculou no edital;

4) o princípio da moralidade também serve à fundamentação jurídica do direito à nomeação do aprovado, porque o escoamento do prazo de validade do concurso sem o provimento de cargo vago significa que o mesmo não era necessário, incrustando uma falsa idéia aos que concorreram ao posto e obtiveram a aprovação;

5) o administrador público detém discricionariedade apenas para decidir o momento da nomeação;

6) a ocorrência de fato superveniente, imprevisível e causador de real impacto negativo na atividade administrativa pode impedir as nomeações, desde que devidamente fundamentado;

7) não são incompatíveis a nomeação de aprovado pela autoridade administrativa após ordem judicial e a proibição de nomeação da Lei de Responsabilidade Fiscal prevista no seu parágrafo único do art. 21;

8) a ação de mandado de segurança é a via processual adequada para se pugnar judicialmente a nomeação do candidato aprovado dentro das vagas.

## **BIBLIOGRAFIA**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa**. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso Público e o Seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.