

# O direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados e os limites de despesas com pessoal

Noel Antonio Tavares de Jesus\*

## Resumo

O presente artigo trata do direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro do limite de vagas disponibilizadas pelo edital de concurso público. Analisa, também, os efeitos que a Lei de Responsabilidade Fiscal ocasiona ao referido direito subjetivo quando o limite prudencial ou máximo de gastos com pessoal é superado.

Palavras-chave: Concurso público. Direito subjetivo à nomeação. Lei de Responsabilidade Fiscal. Limites de despesa com pessoal.

## 1 INTRODUÇÃO

A doutrina administrativa e a jurisprudência dos Tribunais pátrios, durante décadas, sustentaram que o sujeito aprovado no concurso público, ainda que dentro do número de vagas disponibilizadas pelo edital, teria mera expectativa de direito. Assim, o ato administrativo de nomeação do concursado ficaria sob total discricção da autoridade competente. Contudo, essa interpretação resta completamente superada nos Tribunais Superiores (STF e STJ)<sup>1</sup>, pois prevaleceu o entendimento de que, na referida hipótese, os aprovados possuem o direito subjetivo à nomeação.

---

\* Advogado; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Especialista em Direito Administrativo pelo Cesusc/Florianópolis; Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Coordenador Adjunto do Curso de Pós-graduação em Direito Administrativo do Cesusc/Florianópolis; professor do Curso de Pós-graduação em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (Unidavi), Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) e Cesusc/Florianópolis; Membro-fundador e Diretor Executivo do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC); Membro-fundador do Escritório de Advocacia Cristóvam & Tavares Advogados Associados; Diretor de Eventos do Portal Gestão Pública Online; Avenida Professor Othon Gama D'êça, 900, Centro Executivo Casa do Barão, sala 609, 88015-240, Florianópolis, SC; noeltavares@gmail.com

Entretanto, há um problema jurídico que merece uma análise detida e segura acerca de quando o limite prudencial ou máximo<sup>2</sup> de gastos com pessoal fixados pela LRF é superado. Nesse caso, a dúvida é quanto à viabilidade jurídica de ser feita a nomeação do aprovado caso seja demonstrado o dito desequilíbrio fiscal. É esse aspecto que será objeto de análise e investigação nesta pesquisa.

### 1.1 O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS CONCURSADOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DISPONIBILIZADAS PELO EDITAL

O concurso público<sup>3</sup> é o procedimento administrativo pelo qual se avaliam as condições e as qualidades dos candidatos à investidura no cargo, emprego ou função pública. É por meio dele que se concretiza a igualdade de oportunidades para os cidadãos terem acesso ao serviço público e se exclui a possibilidade de contratação ou investidura abusiva, viabilizando, assim, a seleção dos mais aptos e capazes para a máxima concretização do princípio constitucional da eficiência.<sup>4</sup> Por isso, a Constituição Federal vedou a investidura em cargo, emprego e função pública mediante ascensão, transferência e aproveitamento (artigo 37, inciso II).<sup>5</sup>

Prestado o concurso público, os candidatos que alcançarem a nota mínima exigida pelo edital serão considerados classificados, pois demonstraram o preenchimento dos requisitos necessários ao exercício regular e eficiente do serviço público. Resta configurado, portanto, um atestado público de que todos os classificados são aptos ao exercício das atribuições públicas.

Todavia, os classificados podem ser divididos em duas categorias: aprovados e não aprovados. Os primeiros são aqueles que alcançaram classificação dentro do número de vagas disponibilizadas pelo edital do concurso público. A nota final obtida assegurou-lhes uma colocação dentro das vagas expostas à disputa. Já os segundos são aqueles cuja nota final obtida ensejou uma classificação inferior ao número de vagas existentes.

Um exemplo enseja uma compreensão definitiva. O edital ofereceu, por exemplo, dez vagas, e a nota mínima para classificação é sete. Os aprovados serão os candidatos que obtiverem as dez melhores notas acima da nota mínima. Já todos aqueles que obtiveram nota mínima de sete, mas inferiores às dez melhores notas, serão considerados classificados (mas não aprovados).

Prevaleceu durante anos na doutrina<sup>6</sup> e na jurisprudência<sup>7</sup> o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público, mesmo classificado no número de vagas previstas no edital do certame, era titular apenas de expectativa de direito à nomeação.

Contudo, essa interpretação encontra-se superada no âmbito dos Tribunais Superiores (STJ e STF). Os aprovados possuem o direito à nomeação durante o prazo de validade do concurso. Isso significa que o número de vagas disponibilizadas pelo edital terá de ser ocupado pelos concursados aprovados, ainda que tenha ocorrido a expiração do prazo de validade do concurso público. Há um direito subjetivo deles à nomeação ao cargo público que foi exposto à disputa.

O entendimento doutrinário<sup>8</sup> e jurisprudencial<sup>9</sup> evoluiu para essa nova interpretação, a qual é adequada aos preceitos constitucionais que exigem que a Administração Pública seja séria e responsável. Nota-se, portanto, que a tese explanada – o direito subjetivo à nomeação e posse dos concursados aprovados dentro do limite das vagas abertas pelo edital – encontrou guarida na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ).

Exige-se seriedade da Administração Pública quando lança um concurso público. Se ela lançou o edital com determinado número de vagas é porque essa é sua real necessidade administrativa, a qual foi, obrigatoriamente, apurada em processo administrativo sério e transparente. É que nenhum concurso público pode ser aberto sem que exista vaga aberta para ser preenchida e necessidade de novos serviços exigindo o ingresso de mais servidores públicos.<sup>10</sup>

Atribui-se, assim, à Administração Pública total responsabilidade quando da abertura de um concurso público. Há discricionariedade para o lançamento do referido edital. Porém, efetivada a publicação, o ente estatal fica vinculado à nomeação de todos os aprovados dentro do número de vagas disponibilizadas, ainda que já tenha decorrido o prazo de validade do concurso público.<sup>11</sup>

O mínimo que se espera da Administração Pública, em matéria de concurso público, é que a sua ação – lançamento do edital de concurso público para a seleção de cidadãos aptos à investidura nos cargos públicos – seja marcada pelos princípios da lealdade, moralidade, segurança jurídica e boa-fé. Trata-se de direito fundamental à Boa Administração Pública que, para Freitas (2007, p. 20), consiste no direito “[...] à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.”

Os candidatos classificados terão o direito à nomeação durante o prazo de validade do concurso público caso restem configuradas as seguintes hipóteses: violação da ordem descendente de classificação; direito de precedência, dentro do prazo de validade do certame, em relação aos candidatos aprovados em concurso superveniente;<sup>12</sup> nomeação de terceiros ao concurso público (exemplo, contratados temporários).<sup>13</sup> Essas são as hipóteses que podem configurar o direito subjetivo à nomeação dos concursados classificados. O concursado classificado, caso inexistentes os referidos pressupostos fáticos, durante o prazo de validade do concurso público, possui mera expectativa de direito.

Conclui-se, assim, que ambas as espécies de concursados possuem – dentro das hipóteses aventadas – o direito à nomeação ao cargo público que foi posto à disputa pelo edital.

A seguir, será examinado se o desequilíbrio fiscal decorrente de gastos com pessoal pode ensejar obstáculos à nomeação dos concursados dentro do número de vagas postas em disputa.

## **2 A SUPERAÇÃO DOS LIMITES DOS GASTOS COM PESSOAL FIXADOS PELA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E OS REFLEXOS NOS CONCURSOS PÚBLICOS**

Na seção anterior, assentou-se que a regra constitucional (artigo 37, inciso IV, da CF/88) é de que os concursados aprovados possuem direito subjetivo à nomeação até o número das vagas disponibilizadas pelo edital. Todavia, há um problema quando o limite prudencial ou máximo<sup>14</sup> de gastos com pessoal fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal é atingido pelo Poder ou Órgão. Nesse caso, a dúvida é quanto à viabilidade jurídica de ser feita a nomeação nos moldes defendidos anteriormente caso reste demonstrado o dito desequilíbrio fiscal. É nesse aspecto que será abordada a questão.

A realização de concurso público pressupõe o cumprimento de diversas etapas prévias à publicação do edital. É preciso apurar, em processo administrativo devidamente instruído, o preenchimento dos seguintes requisitos materiais e formais: a existência de vagas devidamente instituídas por lei; a real necessidade de novos servidores para dar conta da demanda de serviços; demonstrativo de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que iniciar a exe-

cução e nos dois seguintes (artigo 16, inciso I, da LRF); demonstração da origem dos recursos para o custeio (artigo 17, parágrafo 1º, da LRF); comprovação de que a despesa a ser criada não comprometerá as metas de resultado fiscal previstas no Anexo de Metas Fiscais (artigo 17, parágrafo 2º, da LRF), indicando a forma de compensação dos efeitos financeiros nos exercícios seguintes; comprovação de compatibilidade com a LDO e de adequação orçamentário-financeira (dotação na LOA e disponibilidade financeira); declaração do ordenador da despesa sobre adequação orçamentária e financeira à LOA (artigo 16, inciso I, LRF) e de compatibilidade com o PPA e da LDO (artigo 16, inciso II); autorização específica na LDO (artigo 169, parágrafo 1º, inciso II, CF/88 e artigo 118 da CE/SC); prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (artigo 169, parágrafo 1º, inciso I, CF/88 e artigo 118 da CE/SC). Nesse sentido, destaca Mileski (2003, p. 75):

[...] ao regramento destinado à geração de despesa, para os atos que criem ou aumentem despesa obrigatória de caráter continuado (§1º do art. 17) é exigido que sejam instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 (estarem acompanhados de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício que devam entrar em vigor e nos dois subsequentes), com demonstração da origem dos recursos para o seu custeio [...]

Outro fator importante na lei é que, para criação ou aumento da despesa obrigatória de caráter continuado prevista no §1º, o ato terá de estar acompanhado de comprovação de que não afeta as metas de resultados fiscais previstas no anexo que acompanha a lei de diretrizes orçamentárias (§1º do art. 4º), com os seus efeitos financeiros, nos períodos subsequentes, devendo ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente da despesa (§2º do art. 17).

Verifica-se, assim, a total necessidade de planejamento estatal para a realização de concurso público.<sup>15</sup> A realização do referido procedimento enseja a expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado, razão pela qual é impositiva análise prévia das suas consequências fiscais antes do seu lançamento para evitar o cometimento de ilegalidades insanáveis. A ausência do preenchimento de qualquer um dos referidos elementos poderá ocasionar a nulidade do edital. Tudo isso possui o nítido propósito de evitar que o Poder ou Órgão seja submetido ao desequilíbrio fiscal em virtude da prática de atos destituídos de planejamento e responsabilidade fiscal.

Contudo, no transcorrer da execução do concurso público, as despesas com pessoal do Poder ou Órgão ficarão sujeitas às alterações, atingindo o limite pru-

dencial, que é de 95% do limite máximo. O aumento do percentual da despesa com pessoal em relação à receita corrente líquida pode decorrer de eventos que podem escapar da análise prévia feita pela autoridade competente, como foi o caso da crise global ocorrida no final de 2008, que ocasionou a redução drástica de receita em razão da queda violenta da arrecadação decorrente da queda de consumo.<sup>16</sup>

Verificado que o Poder ou Órgão excedeu seu limite prudencial, as nomeações dos concursados aprovados ficarão vedadas (artigo 22, da LRF), salvo a reposição de decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança. Nesses casos, ficou assegurada a continuidade administrativa naquelas áreas, que são prioritárias ao interesse público.

Atingido o limite prudencial, a LRF fixou uma série de proibições: concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do artigo 37 da Constituição; criação de cargo, emprego ou função; alteração da estrutura de carreira que implique aumento de despesa; provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título; contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do parágrafo 6º do artigo 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.<sup>17</sup>

No decorrer da execução do concurso público, as despesas com pessoal podem também superar o limite máximo fixado pelo artigo 19 da LRF. Nesse caso, o Poder ou Órgão, além de ficar impedido de realizar as ações administrativas previstas no artigo 22 da LRF, ficará obrigado: reduzir em, pelo menos, 20% as despesas com cargos em comissão e funções de confiança; a exonerar os servidores não estáveis. Se as referidas medidas forem insuficientes para assegurar a redução de gastos com pessoal aos limites legais tolerados, terá de ser determinada a perda do cargo pelos servidores estáveis que os ocupem.

Conforme fixado no artigo 169 da Constituição Federal, as exonerações de servidores estáveis obedecerão às normas gerais fixadas pela Lei Federal n. 9.801, de 16/6/1999, e serão precedidas de ato administrativo motivado, especificando a atividade funcional e o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. Os servidores que perderem o cargo nessas condições farão jus à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. Os cargos-objeto da redução de pessoal serão considerados extintos e fica vedada, nos próximos quatro anos, sua recriação, assim como a de empregos ou funções assemelhadas.

Para Bandeira de Mello (2007), a determinação da perda dos cargos por parte dos servidores estáveis, com indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, é inconstitucional. Segundo o referido autor, houve a superação dos limites do poder de emenda, pois:

[...] tal perda só poderia ocorrer com a extinção do cargo e colocação de seus ocupantes em disponibilidade remunerada, como previsto na Constituição (art. 41, §3º). Salta aos olhos que uma simples emenda não poderia elidir o direito adquirido dos servidores estáveis a somente serem desligados do cargo em razão de faltas funcionais para as quais fosse prevista a pena de demissão. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 260).

Discorda-se do referido entendimento doutrinário em razão de dois fundamentos básicos: primeiro, a Emenda Constitucional n. 19/98 não foi atacada no STF, motivo pelo qual permanece em vigor no ordenamento jurídico; segundo, os servidores públicos não possuem direito adquirido a determinado regime jurídico, conforme já julgado pelo STF. Por isso, considera-se que o constituinte derivado possui legitimidade constitucional para fixar novas regras quanto aos servidores públicos.

Se não for alcançada a redução determinada no prazo fixado de dois quadrimestres, sendo pelo menos um terço no primeiro deles, o Poder ficará sujeito, após o transcurso do referido prazo, à aplicação imediata das penalidades, não podendo: receber transferências voluntárias (não abrangidas as constitucionalmente previstas como obrigatórias); obter garantia, direta ou indireta, de outra unidade federada ou contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao financiamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal (parágrafo 3º, incisos I, II e III, do artigo 23, da LRF). Essas restrições são aplicadas imediatamente se a despesa total com pessoal exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato dos titulares de Poder ou Órgão (parágrafo 4º, artigo 23, da LRF), sem que seja necessário aguardar os dois quadrimestres seguintes.

Os Tribunais de Contas são responsáveis pela apreciação da legalidade das contratações de pessoal que ocorrem no âmbito da Administração Pública direta e indireta (artigo 71, inciso III, da CF/88). Em virtude disso, caso as nomeações de servidores tenham ocorrido no momento em que o respectivo Poder ou Órgão ultrapassou 95% de seu subteto, aquelas Cortes de Contas devem impedir o seu referido registro.

Feita essa rápida análise dos efeitos jurídicos decorrentes da superação dos limites com gastos de pessoal fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, retorna-se ao problema jurídico, objeto deste trabalho acadêmico.

Há de um lado regra jurídica que obriga a nomeação dos concursados dentro do número de vagas disponibilizadas pelo edital (artigo 37, inciso IV, da CF/88). Por outro lado, há regra que veda a referida nomeação quando o Poder ou Órgão superar o limite prudencial ou máximo fixados em lei complementar para despesas com pessoal (artigo 169, parágrafo 1º, da CF/88). No caso da reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança, inexistente vedação, ainda que estejam superados os referidos limites legais fixados pela LRF. Trata-se de antinomia jurídica, a qual resta configurada

[...] naqueles casos em que uma regra ordena que se faça algo, enquanto outra proíbe fazê-lo, em uma situação de contrariedade; ou quando uma regra ordena fazer e outra permite não fazer, em uma situação de contraditoriedade; ou ainda, naqueles casos em que uma regra proíbe que se faça algo e outra permite fazê-lo, novamente em uma situação de contraditoriedade. (CRISTOVAM, 2006, p. 224-225).

Nesse caso, deve-se recorrer aos postulados da ponderação e da concordância prática entre os valores que cada uma das regras constitucionais expressa para buscar sua máxima harmonização e concretização. Trata-se da realização de uma interpretação sistemática dos preceitos constitucionais, a qual procura:

[...] atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação. (FREITAS, 2002, p. 80).

Assim, a interpretação adequada, para o caso ora enfrentado, é aquela que obriga o Poder Público a realizar a nomeação dos concursados aprovados, exceto quando o Poder ou Órgão nomeante se encontrar comprovadamente com as despesas com pessoal acima dos limites prudencial e máximo. Nessa hipótese, a nomeação restará vedada enquanto persistir o quadro fiscal precário.

Portanto, caso a despesa com pessoal atinja o limite prudencial ou máximo, a nomeação dos concursados aprovados ficará expressamente vedada, salvo para

as exceções já declinadas. Nesse caso, deve-se realizar uma interpretação sistemática que viabilize a interrupção do crescimento das despesas com pessoal, a fim de evitar o comprometimento dos orçamentos futuros e a inviabilização das novas gestões públicas. A regularidade fiscal terá prevalência sobre o direito subjetivo dos concursados à nomeação aos cargos públicos, mas o direito à nomeação ficará obstado apenas enquanto os gastos com pessoal estiverem no limite prudencial ou máximo. Porém, se no prazo de validade do concurso público ocorrer a alteração desse quadro fiscal, a nomeação dos concursados aprovados dentro do número de vagas disponibilizadas pelo edital será impositiva.

### 3 CONCLUSÃO

Ao assegurar o direito subjetivo à nomeação dos aprovados em concurso público dentro do limite de vagas disponibilizadas pelo edital, a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF) conferiu eficácia ao direito fundamental à boa Administração Pública. Passou-se a exigir desta uma postura pautada pela seriedade e pela boa-fé, jamais deixando à sua total discricionariedade a nomeação dos aprovados. Ora, ao instaurar um concurso público, pressupõe-se que a autoridade competente se cercou de todas as cautelas administrativas prévias para apurar a existência de vagas, a disponibilidade financeira e a necessidade dos préstimos dos futuros concursados. É o mínimo que se espera da Administração Pública em matéria de concurso público.

Contudo, após a realização do certame, pode ocorrer aumento na despesa com pessoal, ocasionando a superação do limite prudencial ou máximo. Isso pode decorrer, por exemplo, em virtude da queda inesperada da arrecadação, causando, assim, o desequilíbrio fiscal. Nesse caso, a nomeação dos aprovados ficará expressamente vedada, salvo para a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança. Assim, a regularidade fiscal terá prevalência sobre o direito subjetivo dos concursados à nomeação aos cargos públicos, sem prejuízo da responsabilização da autoridade competente, caso tenha agido com dolo ou culpa durante os atos prévios à realização do concurso. Porém, o direito à nomeação ficará obstado apenas enquanto os gastos com pessoal estiverem no limite prudencial ou máximo.

## ***The subjective right to the nomination of candidates approved in the exams for civil servant work and the limits of expenses with staff***

### *Abstract*

*The present article is about the subjective right to the nomination of candidates approved in the exams for civil servant work, within the limit of vacancies available by the set of rules of such exams. It also analyzes the effects that the Tax Responsibility Law causes to the mentioned subjective right, when the prudential or maximum amount of expenses is surpassed.*

*Keywords: Exams for civil servant work. Subjective right to the nomination. Tax Responsibility Law. Limits of expenses with staff.*

### Notas explicativas

- <sup>1</sup> Abreviaturas: Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF); Constituição Estadual de Santa Catarina (CE/SC); Constituição Federal de 1988 (CF/1988); Plano Plurianual (PPA); Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); Lei Orçamentária Anual (LOA); Supremo Tribunal Federal (STF); Superior Tribunal de Justiça (STJ).
- <sup>2</sup> O limite máximo de despesa com pessoal em relação à receita corrente líquida encontra-se fixado no artigo 19 da LRF. Para cada ente federativo, há um limite: a União (50%); os Estados (60%); os Municípios e o Distrito Federal (60%). Esses são os limites máximos que podem ser gastos com despesas com pessoal. Porém, a LRF estabeleceu em seu artigo 22, parágrafo único, o limite prudencial, que corresponde a 95% dos limites máximos que se atribuem a cada Poder (subteto). Por exemplo, o limite prudencial, no Município, para o Poder Executivo, implica a 51,30% da receita corrente líquida (95% x 54%); já para a Câmara de Vereadores, o referido limite equivale a 5,7% da receita corrente líquida (95% x 6%). Trata-se de um limite cautelar, que, uma vez configurado, exige uma série de medidas, conforme será visto oportunamente.
- <sup>3</sup> Para Netto de Araújo (2006, p. 276), “[...] o concurso público a que a Constituição se refere é um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados.”
- <sup>4</sup> Destaca Bandeira de Mello (2007, p. 272-273) que “O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta, indireta e fundacional. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público.”
- <sup>5</sup> O Supremo Tribunal Federal já sumulou a matéria: “Súmula 685 – Inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” (BRASIL, 2003).

- <sup>6</sup> O posicionamento de Netto de Araújo (2006, p. 278-279) é neste sentido: “[...] o que a Constituição garante, na realidade, é a prioridade para essa nomeação ao concursado aprovado, na ordem respectiva de classificação, e não o direito subjetivo a essa nomeação (ou admissão). Essa preferência costuma ser denominada direito de não preterição (também existente, em termos parecidos, quanto ao direito ao contrato, aos licitantes vencedores nas licitações), quer por concursados habilitados em outro concurso público posterior, quer por concursados abaixo do interessado na lista de classificação. Ou seja, o aprovado não tem (só por esse fato) o direito à nomeação porque o momento, seja de abertura do concurso, seja do preenchimento das respectivas vagas colocadas em disputa, é de decisão discricionária da Administração, que se determina pela conveniência e (principalmente) oportunidade, as quais podem se subordinar mesmo a condicionantes de ordem orçamentária ou legal. Trata-se, portanto, de expectativa de direito, apenas.” Nessa mesma linha, é o posicionamento de Bandeira de Mello (2007, p. 274): “No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV). Como consequência desta prioridade, a Administração só com eles poderá preencher as vagas existentes dentro de seu período de validade, quer já existissem quando da abertura do certame, quer ocorridas depois.” Este também é o entendimento de Gasparini (2006, p. 178): “O concursando deve demonstrar suficiência, estar entre os classificados e em correspondência com as vagas abertas. Nenhum direito subjetivo tem à nomeação, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.” O argumento central é de que a nomeação subordina-se à conveniência e à oportunidade da Administração Pública. Por isso, o ato de provimento originário, na visão tradicional, fica à inteira discricção do Poder Público.
- <sup>7</sup> O Tribunal de Justiça de Santa Catarina assim decidiu: “Embora a aprovação em concurso público não gere direito à nomeação, porque constitui mera expectativa de direito, viola direito líquido e certo da impetrante aprovada para o cargo de Professor, a contratação para o cargo vago, mesmo que em caráter temporário, de terceiros que não participaram do certame, em detrimento da candidata nele classificada.” (BRASIL, 2004).
- <sup>8</sup> No plano doutrinário, sustenta Ferraz (2005, p. 255) que os aprovados e classificados dentro do número de vagas informadas no edital de concurso público possuem direito líquido e certo à nomeação durante o seu prazo de validade: “É por isso que, a despeito de o Poder Público insistir em afirmar o contrário, a aprovação no concurso público não gera simples expectativa de direito a ser nomeado ao aprovado, gera-lhe o direito subjetivo presumido à nomeação. Com efeito, se a Administração deixa transparecer, seja na publicação do edital, seja mediante a prática de atos configuradores de desvio de poder (contratações temporárias e terceirizações de serviços), que necessita da mão-de-obra dos aprovados, ou ainda que surgirem novas vagas durante o prazo de validade do concurso, a expectativa se transmuda em direito subjetivo. Vislumbra-se, conforme exposto ao longo deste ensaio, que os aprovados no concurso possuem direito subjetivo presumido à nomeação e à prorrogação do prazo de validade, inteligência que, na prática, transfere à Administração Pública o ônus de demonstrar, com argumentos razoavelmente aceitáveis (v.g. excesso de despesa de pessoal), os motivos que ensejaram a não adoção dessas medidas.” No mesmo sentido, é o posicionamento de Fernandes (1999): “Se a Administração oferece no edital determinado número de vagas é evidente que os candidatos aprovados no limite tem efetivamente direito à nomeação. Se, contudo, não foi fixado o número de vagas cuja ocupação se pretende, – o que em princípio não nos parece correto, – é razoável presumir-se que o concurso se destina às vagas existentes e as que vierem a ocorrer no período de validade do concurso. A não nomeação nessas condições viola direito líquido e certo do cidadão-candidato, passível de ser contrastado não só perante o Judiciário, mas também junto aos Tribunais de Contas.”
- <sup>9</sup> Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “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.” (RE 227.480, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16-9-08, Informativo 520). (BRASIL, 2008c). A matéria também foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo que a decisão foi no sentido de que o candidato classificado dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação: “DIREITO ADMINISTRATIVO. RE-

CURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR DA REDE DE ENSINO DO DISTRITO FEDERAL. NOMEAÇÃO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. RECURSO PROVIDO. 1. O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação para o cargo que concorreu. Precedentes do STJ. 2. Hipótese em que o impetrante foi aprovado dentro das vagas previstas no concurso público para cargo de professor de História, Regional Gama, turno diurno, da rede de ensino do Distrito Federal. 3. Recurso ordinário provido.” (BRASIL, 2009a). No mesmo sentido: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. NOMEAÇÃO. NÚMERO CERTO DE VAGAS. PREVISÃO. EDITAL. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Em conformidade com a jurisprudência que vem se firmando na 3ª Seção do STJ, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação, e não mera expectativa de direito. 2. Consoante precedentes da 5ª e 6ª Turmas do STJ, 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. 3. Recurso ordinário conhecido e provido, para conceder a ordem apenas para determinar ao Estado de Minas Gerais que preencha o número de vagas previstas no Edital.” (BRASIL, 2008a, 2008b).

<sup>10</sup> Destaca Gasparini (2006, p. 178) que: “Os cargos hão de estar sem os respectivos titulares ou em estado de vacância. De sorte que o concurso somente pode ser aberto se existir cargo vago, pois só a necessidade do preenchimento do cargo justifica esse certame. Se não existir cargo vago e se se deseja ampliar o quadro em razão da necessidade de serviço, devem-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso.”

<sup>11</sup> A Quinta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, determinar a nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital, mesmo já expirado o prazo de vigência do certame e não tendo ocorrido a contratação precária ou temporária de terceiros durante sua vigência. Os ministros destacaram que o oferecimento de vagas em concurso obriga a Administração a preenchê-las com os aprovados, sob pena de ilegalidade. (RMS 27311). (BRASIL, 2009b).

<sup>12</sup> Nesses termos, já decidiu o STF: “A Constituição Federal assegura, durante o prazo previsto no edital do concurso, prioridade na convocação dos aprovados, isso em relação a novos concursados. Insubstância de ato da Administração Pública que, relegando a plano secundário a situação jurídica de concursados aprovados na primeira etapa de certo concurso, deixa de convocá-los à segunda e, em vigor o prazo inserido no edital, imprime procedimento visando à realização de novo certame.” (BRASIL, 1996).

<sup>13</sup> Nesse sentido, já decidiu o STJ: “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL DO TRABALHO. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS NA PRIMEIRA FASE DO CERTAME. DECADÊNCIA. CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. PRETERIÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS. SUBVERSÃO DA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. LIMINAR CASSADA. [...] IV – Constatando-se a quebra na ordem classificatória ou contratação para preenchimento de vagas em caráter precário, dentro do prazo de validade do concurso, bem como a necessidade perene de preenchimento de vaga e a existência de candidato aprovado em concurso válido, a expectativa se convola em direito líquido e certo. [...] VII – Ordem denegada, devendo ser cassada a liminar concedida.” (BRASIL, 2005).

<sup>14</sup> Os artigos 19 e 20 da LRF fixaram os percentuais máximos da receita corrente líquida que podem ser gastos com pessoal para cada ente federativo: I – União: 50%, sendo: 2,5 para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União; 6% para o Judiciário; 40,9% para o Executivo, destacando-se 3% para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do artigo 21 da Constituição e o artigo 31 da Emenda Constitucional n. 19; 0,6% para o Ministério Público da União; II – Estados: 60%, sendo: 3% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; 6% para o Judiciário; 49% para o Executivo; 2% para o Ministério Público dos Estados; III – Municípios: 60%, sendo: 6% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, onde houver; 54% para o Executivo. Sobre os referidos limites, esclarece Míleski (2003, p. 92): “Da estrutura regradora atinente ao controle da despesa total com pessoal, constam procedimentos destinados à

verificação dos aspectos relativos ao cumprimento dos limites fixados nos artigos 19 e 20, juntamente com a indicação das medidas que devam ser aplicadas ao caso, o estabelecimento de uma espécie de sublimite, comumente chamado de limite prudencial, bem como os procedimentos que, obrigatoriamente, devem ser adotados para a recondução dos gastos ao limite legal determinado, quando este for ultrapassado.

A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 deverá ser realizada ao final de cada quadrimestre (art. 22, *caput*), cuja função é atribuída aos encarregados da fiscalização da gestão fiscal – o Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, e o sistema de controle interno (art. 59) –, sendo destinada ao Tribunal de Contas a atribuição de alertar os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando o montante da despesa com pessoal ultrapassar 90% dos respectivos limites (art. 59, §1º, II, LRF).

Evidentemente que, se os Poderes e órgãos relacionados no art. 20 devem ser alertados, desse alerta deve ocorrer um efeito prático. Não se trata, tão somente, de um mero aviso, sem maiores consequências. O alerta objetiva fazer com que as autoridades gestoras adotem providências para a contenção dessas despesas ou medidas para as reduções indicadas, sob pena de responsabilização.”

<sup>15</sup> Alerta Mileski (2003, p. 52) que “Quando essas questões envolvem o Poder Público e a sociedade, tendo em conta a precariedade de recursos para o atendimento do elevado grau das necessidades coletivas, com muito mais razão deve o Estado se utilizar do planejamento, a fim de poder investir e prestar melhores serviços, com uma aplicação mais inteligente dos seus recursos.” Conclui o referido autor que “[...] o planejamento tornou-se elemento técnico imprescindível para o desenvolvimento econômico e social, planejar significa aplicar um processo contínuo que fundamenta, antecede e acompanha a elaboração orçamentária.” (MILESKI, 2003, p. 53).

<sup>16</sup> Rossi e Toledo Júnior (2002, p. 151) sustentam que “[...] a apuração desse gasto relaciona sempre duas variáveis fazendárias: a despesa de pessoal de cada Poder e a receita corrente líquida de todo o ente federado; [...] Aquelas duas variáveis, ademais, incorporam doze meses de execução orçamentária; não há despesa de pessoal e receita corrente líquida de um, de dois ou de seis meses, mas, tão só, de doze meses.”

<sup>17</sup> Destaca Mileski (2003, p. 92) que “[...] o parágrafo único do art. 22, no caso de a despesa total com pessoal exceder a 95% do limite, estabelece uma série de providências vedatórias, as quais estão contidas nos seus incisos I a V, a fim de evitar que seja ultrapassado o limite fixado no art. 20. É o chamado limite prudencial. Como fator de prudência, a fim de que a despesa total com pessoal não chegue ao limite estipulado, a lei fixa um sublimite – 95% do limite – para serem adotadas providências de contenção dos gastos com pessoal.”

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Lei Complementar Federal n. 101, de 5 de maio de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS n. 26.507/RJ. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, 10 de outubro de 2008. **DJE**, 10 out. 2008a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS n. 22.597/MG. Relator: Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 25 de agosto de 2008. **DJE**, 25 ago. 2008b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC n. 2001.013586-8. Relator: Jaime Ramos. **DJ/SC**, 31 maio 2004. Disponível em: <<http://www.tj.sc.jus.br>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 10048/RJ. Relator: Ministro Paulo Gallotti, 1 de agosto de 2006. **DJU**, 1 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS n. 27.508/DF. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 16 de abril de 2009. **DJU**, 18 maio 2009a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 685, aprovada em sessão plenária de 24/9/2003. **DJU**, 9 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.311. Relator: Ministro Jorge Mussi, 4 de agosto de 2009. Superior Tribunal de Justiça, 4 ago. 2009b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Mandado de Segurança n. 5.563. Relator: Gilson Dipp, 12 set. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 227.480. Relator: Cármen Lúcia, 16 set. 2008c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento n. 188.196. Relator: Marco Aurélio, 26 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais** – Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica. Curitiba: Juruá, 2006.

DIAS, Fábio Henrique Alves. Concurso Público: uma vinculação recíproca. O direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 12, n. 1.844, 19 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11514>>. Acesso: 19 jul. 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Concurso Público e os direitos dos candidatos. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=389>>. Acesso em: 19 jul. 2009.

FERRAZ, Luciano. Concurso Público e Direito à Nomeação. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSSI, Sérgio Ciquera; TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2002.

Recebido em 14 de setembro de 2009

Aceito em 13 de outubro de 2009