

DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO
QUANDO COMPROVADA A NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA,
DEVIDAMENTE DEMONSTRADA PELA CELEBRAÇÃO DE CONTRATAÇÃO
TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO PARA AS MESMAS
FUNÇÕES OFERTADAS NO CERTAME

Jonas Moreno de Andrade Almeida*

RESUMO: *É patente o direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público quando a Administração celebra contratos temporários de excepcional interesse público para o preenchimento dos mesmos cargos ofertados no certame.*

PALAVRAS-CHAVE: *Concurso; Contratação; Nomeação; Direito*

Num primeiro momento gostaríamos de salientar que a doutrina é pacífica no tocante a aprovação em concurso não gerar direito absoluto à nomeação.

O mestre Hely Lopes Meirelles em sua obra “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores Ltda., 21 ed., p. 363, defende este entendimento quando afirma: “ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado”

Na mesma linha vem os posicionamentos de José dos Santos Carvalho Filho (“Manual de Direito Administrativo”, Lumen Juris, 2ª ed. pp. 418/419); José Cretella Júnior (“Diferentes Atos Administrativos”, Forense, 13ª ed., pp. 219/225), entre outros.

Desta feita o ato de provimento não está adstrito apenas ao êxito do candidato e sim ao poder discricionário do administrador, que avaliará o momento oportuno de sua efetivação, levando em conta não apenas a necessidade de pessoal, mas também aspectos financeiros.

A própria Constituição de 1988 prevê no Art 169º, critérios orçamentários a serem observados. Vejamos:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

* Auditor das Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

Ainda nesta linha podemos observar as vedações estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal para os órgãos que não obedecerem aos limites máximos de comprometimento da despesa de pessoal frente a receita corrente líquida:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - 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 art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provisionamento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias (grifos nossos)

Ora, dentro do contexto de admissão de pessoal, é sabido que o gestor público é dotado de certa discricionariedade para tomar medidas ou decisões que evitem uma descontinuidade na prestação do serviço público, uma vez que seria impossível ao legislador prever em sua totalidade todas estas hipóteses.

Desta forma, visando auxiliar o gestor público quando do surgimento de situações excepcionais, o dispositivo constitucional vislumbrou em seu Art. 37, inciso IX, mediante criação de lei regulamentadora, a contratação por tempo determinado para impedir a descontinuidade da prestação do serviço público, suprindo assim, a necessidade temporária de excepcional interesse público.

É notório que apesar do surgimento do instituto da contratação temporária, o concurso público ficou consagrado como o único meio lícito de ingressar no serviço público de forma continuada.

Desta forma, o Administrador, lançando mão da discricionariedade que lhe é atribuída, e com base em lei específica que estabelece critérios sólidos para contratação

temporária, para suprir uma necessidade também temporária, ficou autorizado a celebrar contratos com o objetivo de atender uma necessidade excepcional de interesse público.

Todavia, esta discricionariedade ou razoabilidade atribuída ao Administrador Público para realizar contratações temporárias, em hipótese alguma lhe confere poderes para agir além dos ditames legais, mas visa à obtenção do ato ideal, perfeito, que atenda plenamente à finalidade da lei.

Logo, em hipótese alguma o gestor público pode ao arrepio da lei, justificar a celebração de contratação que não seja para suprir especificamente uma necessidade temporária de interesse público, como nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 5ª Edição, pág. 55): “se com outorga de discricionariedade administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única - e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicada -, é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação atenda de modo perfeito à finalidade da lei”.

Assim sendo, é inconcebível que a falta de planejamento que geralmente proporciona uma deficiência na elaboração do orçamento público, que venha a gerar a carência de profissionais, venha prejudicar a finalidade do dispositivo constitucional que autoriza as contratações temporárias (Art. 37, Inciso IX).

O que determina uma contratação como sendo de excepcional interesse público não é à vontade nem um simples ato administrativo do gestor. De outra forma, qualquer alegação sobre a carência de pessoal capacitado para o exercício da função pública, geraria desmedidas contratações, fruto de uma má gestão.

Podemos verificar que a doutrina também recomenda uma ação preventiva do gestor público em planejar a sua administração a fim de que as possíveis carências sejam identificadas e sanadas de forma definitiva. Vejamos a recomendação nos Comentários à Constituição do Brasil por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. 1992, pág 98: “A urgência só se verifica em decorrência da omissão administrativa que, ao não alimentar a carreira com agentes em número suficiente, acaba por gerar, num dado momento, uma situação de premente necessidade de admissão de pessoal. Mas aqui a culpa é obviamente, da própria Administração. Hipóteses, que, tais não deverão, em nosso entender, ser contemplados como ensejadores da contratação com fundamento nesse inciso” (grifos nossos).

Logo não encontramos motivos que possam justificar a realização de contratações temporárias para o exercício de funções, salvo em casos excepcionais, (contratação em substituição temporária a servidora efetiva em licença maternidade ou casos semelhantes)

onde existem cargos vagos/criados e candidatos devidamente aprovados em certame público cujo prazo de validade ainda não teve o seu termo final.

Ainda mais, o Supremo Tribunal Federal já tem se posicionado acerca da obrigatoriedade de nomeação de candidato aprovado em concurso público caso seja comprovada a necessidade de pessoal do órgão público, e principalmente quando esta necessidade torna-se visível pela celebração de contratação temporária para os mesmos cargos ofertados no certame. Vejamos:

Informativo
265 (RE-273605)

Título
Concurso Público: Direito à Nomeação
Artigo

Por ofensa ao art. 37, IV, da CF (“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 Turma deu provimento a recurso extraordinário para assegurar a nomeação de candidatos aprovados em concurso público para o cargo de professor assistente da Universidade de São Paulo - USP. Considerou-se que, no caso concreto, ficara comprovada a necessidade da Administração no preenchimento das vagas, haja vista que a Universidade de São Paulo contratara, no prazo de validade do concurso, dois professores para exercerem o mesmo cargo, sob o regime trabalhista - sendo um deles candidato aprovado do mesmo concurso. Afastou-se, ainda, a fundamentação constante do acórdão recorrido no sentido de que seria necessária a abertura de novo concurso pela Administração para a comprovação da existência das vagas. Precedente citado: RE 192.568-PI (DJU de 13.9.96). RE 273.605-SP, rel. Min. Néri da Silveira, 23.4.2002. (RE-273605) (grifos nossos)

O Parecer do Procurador Geral da República no caso mencionado também seguiu o mesmo raciocínio. Vejamos:

Entretanto, caso superados tais óbices, melhor sorte aguarda os recorrentes. Por certo o poder público nomeia, ou deixa de fazê-lo, segundo juízo de conveniência e oportunidade administrativa, inserto nos limites de sua competência discricionária. Porém, se há vacância de cargos e são contratados precariamente, no prazo de validade do certame, pessoas alheias ao contingente selecionado e, até mesmo, candidatos então aprovados, com vistas ao desempenho de idênticas funções às do cargo pleiteado, *emerge direito subjetivo à nomeação dos habilitados, de acordo com a ordem geral classificatória, pena de configurar-se sua manifesta preterição, em afronta ao que preceitua o Art. 37, inciso IV, da Lei Maior.* (grifos nossos)

Salientamos, ainda, que O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco já tem se pronunciado inclusive contra outras formas de contratação que nem de longe visam o

interesse público, onde o prazo do exercício da função pelo contratado demonstra que a necessidade de pessoal é continuada e não temporária. Vejamos:

Decisão T.C. N: 1333/95

Assunto: CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

É lição do insigne Hely Lopes Meirelles: “Convênios Administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”. (Direito Administrativo Brasileiro, 18a Edição, Malheiros Editores, página 354).

Ora, a marca distintiva da Sociedade Cooperativa é justamente a sua finalidade: promoção dos interesses dos seus associados. Funda-se na certeza dos seus associados de que a mútua assistência é a via mais adequada para a consecução dos seus objetivos individuais. Os associados subsistem autonomamente no desempenho de suas atividades, vindo a cooperativa no seu auxílio. Daí, não se confundirem as atividades dos associados com as atividades da Cooperativa. Sociedade que se caracteriza pela promoção de ações voltadas para os associados. Ações estas que não os substituam na sua atividade primordial.

Tal dicotomia entre as atividades da Cooperativa e as atividades dos seus associados impõe concluir que somente cabe convênio quando o interesse público nele encerrado coincidir com a finalidade da Sociedade Cooperativa. Casos há em que o Poder Institucionalizado visando a dado interesse público lança-se à promoção de certas ações que coincidem com aquelas atendidas por Cooperativas. O que torna presente o interesse comum reclamado pelo douto jurisperito acima mencionado.

No caso proposto pela presente consulta, o interesse público objetivado é a educação sanitária de caráter preventivo. O que vem a ser, esclarece o consulente, a atividade desempenhada por Agentes Comunitários, ou seja, o interesse público está presente no resultado do trabalho destes Agentes. O que não se confunde com a atividade da Cooperativa que eventualmente os congregue.

Importa realçar: trata-se, in casu, de Cooperativa de Trabalho e qualquer que venha a ser sua finalidade, esta não poderá coincidir com a atividade primordial dos seus associados, sob pena de descaracterizá-la. Cooperativa,

na espécie, assiste o associado, sem chegar ao ponto de substituí-lo no desempenho individual de sua atividade.

Em conclusão, não cabe convênio, pois, não há comunhão de interesses entre a Administração pública e a Sociedade Cooperativa. Aquela visa, no caso sub examine, ao resultado da atividade dos cooperativados, e esta tão-somente promover interesses dos seus membros.

Origem: TCE PE

ÓRGÃO JULGADO: PREFEITURA DE JABOATÃO DOS
GUARARAPES

Data Publicação: 05/12/95

Em muitos casos os entes públicos, apesar da existência de candidatos aprovados em certames públicos, tem lançado mão de outros institutos para contratar pessoal necessário ao seu funcionamento cotidiano, principalmente o da contratação temporária por excepcional interesse público.

Ora, quando no certame público não foi identificado qualquer irregularidade que pudesse eivá-lo de ilegalidade, entendemos que o ente público deverá proceder a nomeação dos concursados cujos cargos têm sido exercidos de maneira precária por pessoas contratadas temporariamente.

Gostaríamos de salientar que precária não é forma de previsão da contratação temporária, que é legal e legítima, mas precária é a forma de preenchimento da necessidade de pessoal, visto que a mesma não é temporária e sim continuada.

Podemos verificar que tem sido um entendimento quase que unânime a contratação temporária por excepcional interesse público nos 180 dias que antecedem o final do mandato, como exceção a vedação prevista no Art. 21, parágrafo único da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Salientamos, ainda que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco tem se pronunciado favoravelmente quanto às contratações temporárias celebradas na área de saúde e educação, devidamente justificadas, mesmo que estejam ultrapassados os limites estabelecidos na LRF.

Este entendimento nasce do prisma de que em hipótese alguma o dispositivo constante na Lei de Responsabilidade Fiscal referente ao comprometimento da despesa de pessoal frente à receita corrente líquida, foi elaborado com o objetivo de engessar a máquina pública, e talvez até prejudicar os deveres constitucionais do Estado previstos nos Art. 6º, 196º e 205º da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição;

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Corroborando nossa opinião citamos Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, Saraiva, 2001, p. 156), comentando a regra do parágrafo único do art. 21 da LRF: “O dispositivo, se fosse entendido como proibição indiscriminada de qualquer ato de aumento de despesa, inclusive atos de provimento, poderia criar situações insustentáveis e impedir a consecução de fins essenciais, imposto aos entes públicos pela própria Constituição”.

E ainda, a respeito da primazia da Constituição: “A superioridade normativa da Constituição traz, ínsita, em sua noção conceitual, a idéia de um estatuto fundamental, de uma ‘fundamental law’, cujo incontrastável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva instituída pelo Estado”. (RTJ 140/954, RE 107.869, Rel. Min. Célio Borja).”

Logo, mesmo neste período, se caracterizada for a necessidade pública continuada e não temporária, não há justificativa para realização contratação temporária em detrimento da nomeação de candidato aprovado em concurso público.

Um entendimento semelhante foi expresso em Parecer emitido pela Exma. Autitora Substituta de Conselheiro, a Sra. ROSANE HEINECK SCHMITT, do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, que a título exemplificativo citou algumas despesas que podem ser assumidas pelo titular de órgão ou Poder, nos 180 dias anteriores à vedação posta no parágrafo único do art. 21 da LRF, mesmo que impliquem em aumento de despesa, e dentre elas, o provimento de cargos efetivos vagos, preexistentes, quer em substituição de servidores inativos, falecidos, exonerados, ou seja qual for a causa da vacância. Vejamos:

Assim, e com caráter exemplificativo, e considerando ainda as hipóteses específicas elencadas nas fls. 2 e 3 do Processo nº 5010-02.00/01-6, enumeram-se as seguintes despesas com pessoal que podem ser assumidas pelo titular de órgão ou Poder, nos 180 dias anteriores à vedação posta no parágrafo único do art. 21 da LRF, mesmo que impliquem em aumento desta despesa, como segue:

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

1) Provimento de cargos efetivos vagos, preexistentes, quer em substituição de servidores inativos, falecidos, exonerados, ou seja qual for a causa da vacância;

2) Provimento de cargos efetivos vagos, seja qual for a causa da vacância, inclusive por vagas que venham a ser concretizadas no período de vedação, desde que a respectiva autorização legislativa para sua criação tenha sido encaminhada, pelo titular de Poder ou órgão competente,

ao Poder Legislativo, antes do início daquele prazo e, isto, porque a demora, aqui, cabe ao Legislativo, não se podendo, por isso, imputar ao administrador ilegitimidade para a prática de tais atos;

3)...

4)...

5) Contratação temporária de pessoal, porque autorizada pela própria Constituição Federal, no inciso IX do art. 37, sempre que necessário para “atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, devendo estar caracterizada a emergência legitimadora desta... (grifos nossos)

Desta forma, entendo que existe o direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público, quando comprovada for a necessidade do ente público, devidamente demonstrada pela celebração de contratos temporários por excepcional interesse público para as mesmas funções/cargos ofertadas no certame.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Maria Lúcia Miranda. *A eficiência como fundamento da reforma do aparelho de Estado*. Disponível em www.jus.com.br, Acessado em 21 jul.2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FEDERAL, *Constituição*, 25. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

FILHO, Jose dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*, 2. ed. São Paulo,

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 21. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992..

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999;

JUNIOR, Jose Cretella. *Diferentes atos administrativos*, 13. ed. São Paulo: Forense.

PERNAMBUCO, Tribunal de Contas do Estado de. *Como admitir, manter e dispensar servidores públicos*. Recife, 1999; (Série: Orientação Preventiva, 1).

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, São Paulo: Editora Saraiva, 2001.