

CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO TEM DIREITO À NOMEAÇÃO APENAS SE MANTIDAS AS CONDIÇÕES EXISTENTES NA PUBLICAÇÃO DO EDITAL

Interessado: Carlos Alberto Arruda Bezerra, Prefeito do Município de Cachoeirinha (Consulta)

Relator: Conselheiro em exercício Ricardo Rios Pereira

Presidente em exercício: Conselheira Teresa Duere

RELATÓRIO

Consulta formulada pelo Prefeito do município de Cachoeirinha, Sr. Carlos Alberto Arruda Bezerra, que fez os seguintes questionamentos:

1. O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas no edital, tem direito adquirido à nomeação ou mera expectativa de direito?
2. O Município que está fora do limite previsto no art. 20, III, alínea b, da LRF, ou seja, que está gastando mais de 54% da receita com pessoal, pode nomear candidato que foi aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas no edital?

O processo foi encaminhado ao Ministério Público de Contas, que recebeu o Parecer MPC nº 676/2010, às fls. 11 a 15, da lavra do Procurador Dr. Ricardo Alexandre de Almeida Santos, que opina pela admissibilidade e, no mérito, faz as seguintes considerações:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi inicialmente firmada no sentido de que a aprovação em concurso público apenas geraria expectativa de direito à nomeação dos candidatos aprovados, mesmo nos casos em que a aprovação ocorresse dentro do número de vagas previsto no Edital do certame.

Na prática tal entendimento tornava a nomeação ato discricionário, sujeito, por conseguinte, à subjetiva análise de conveniência e oportunidade por parte da autoridade competente para a prática do ato. O problema é que a submissão da matéria ao prudente arbítrio do agente público competente muitas vezes abria espaço para a arbitrariedade, de forma que se tornaram comuns notícias de que algumas nomeações não eram realizadas pelo simples fato de o aprovado ser adepto de um grupo político considerado “inimigo” daquele integrado pelo governante do momento.

Diário Oficial Eletrônico – TCE, 30 mar. 2011, p. 8.

Percebendo tal situação, parte considerável da doutrina entendia que, ao deflagrar o concurso com a publicação do edital estipulando um certo número de vagas a serem preenchidas no certame, a administração afirmou a existência de conveniência e oportunidade para a admissão dos servidores, criando uma justa expectativa dos potenciais candidatos às vagas. Assim, se mantidas as condições fáticas e jurídicas presentes no momento da publicação do Edital, não seria possível a administração, contraditoriamente, afirmar não mais ser conveniente ou oportuna a nomeação dos aprovados.

Nessa linha, o próprio Supremo Tribunal Federal evoluiu no seu tradicional entendimento, passando a entender que o aprovado dentro do número de vagas oferecidas no concurso tem, em regra, direito subjetivo à nomeação.

Não obstante, há casos em que se torna lícita a não realização da nomeação, tendo em vista a superveniência de motivos que a tornam inconveniente ou inoportuna. A título de exemplo, imagine-se que um Estado tenha realizado concurso público para provimento de cargos com competência para fiscalizar o trânsito nas suas cidades e que, posteriormente à realização do certame, a legislação nacional atribua tal competência aos Municípios. Nesse caso, a nomeação não mais será justificável e a administração, fundamentadamente, deve deixar de promovê-la. O que não pode acontecer é a negativa pura e simples por parte da administração. Ressalte-se que a recusa à nomeação deve ser necessariamente fundamentada, sendo suscetível de controle judicial e pela Corte de Contas competente.

Na mesma linha, e por óbvio, a nomeação não deve ser realizada quando há algum impeditivo de ordem legal, como é o caso de extrapolamento do limite prudencial previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Seguindo o entendimento aqui esposado, de forma a afirmar o direito subjetivo à nomeação, mas com o cuidado de resguardar a possibilidade de não nomeação devidamente fundamentada, podem ser citadas as pedagógicas palavras do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE nº 227.480, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

“EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGO 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.

2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.”

No citado julgado, o voto da Ministra Carmem Lúcia é um brilhante libelo contra a irresponsabilidade do gestor que deflagra concurso público e esnoba as justas expectativas daqueles que se prepararam nos exatos termos constantes do Edital, cumpriram as exigências legais e simplesmente não são nomeados pela administração.

Não obstante, seguindo o mesmo raciocínio aqui defendido, a eminente Ministra reafirma a possibilidade de não se proceder à nomeação em virtude de circunstância superveniente ao início do certame, citando, como exemplo, a seguinte situação hipotética:

“Pode ocorrer - e por isso não falo em direito adquirido - que, depois de aberto o concurso, depois de realizado o certame, sobrevenha uma circunstância administrativa. Por exemplo, em um município, há uma epidemia. Aquelas verbas destinadas a prover ou a aumentar o número de professores não podem mais ser utilizadas pela singela circunstância de que esse dinheiro tem de ser destinado a fazer face à epidemia. Nesse caso, há um dado da Administração que prova para a sociedade que houve uma alteração nos fatos e não se poderia exigir que houvesse a nomeação. Portanto a Administração não fica obrigada a nomear, a não ser que não haja nada de novo entre o concurso e a realidade e as condições administrativas”.

No mesmo voto, resumindo de forma lapidar a tese aqui explanada, a Ministra afirma: “ou bem o cargo não é necessário e não se pode abrir o concurso, ou é necessário e então se abre o concurso”.

1.0 CONCLUSÕES

Em face do exposto, opina o Órgão Ministerial pelo **CONHECIMENTO** da consulta formulada e, **no mérito**, pela solução nos seguintes termos:

1. O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas no edital, tem direito adquirido à nomeação ou mera expectativa de direito?

O candidato aprovado em concurso público, dentro do número das vagas previstas no edital tem direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso, desde que mantidas as condições fático-jurídicas da data da publicação do edital.

2. O Município que está fora do limite previsto no art. 20, III, b, da LRF, ou seja, que está gastando mais de 54% da receita com pessoal, pode nomear candidato que foi aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital?

O ente federado não poderá proceder à nomeação do aprovado na hipótese de existência de qualquer impedimento jurídico, como

são os casos do extrapolamento do limite de despesa com pessoal ou mesmo do limite prudencial, previstos, respectivamente, nos artigos 20 e 22, parágrafo único, ambos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Em qualquer caso, a não realização da nomeação no prazo de validade do concurso deverá ser motivada e estará sujeita a controle judicial e pela Corte de Contas.

Alerte-se ao consulente que a resposta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto que porventura venha a ser submetido ao crivo do Tribunal.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Acolho integralmente o Parecer MPC nº 676/2010.

Voto pelo conhecimento da presente consulta para que se responda ao consulente nos exatos termos propostos pelo Ministério Público de Contas, deste Tribunal, como segue:

- O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas no edital, tem direito adquirido à nomeação ou mera expectativa de direito?

O candidato aprovado em concurso público, dentro do número das vagas previstas no edital, tem direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso, desde que mantidas as condições fático-jurídicas da data da publicação do edital.

- O Município que está fora do limite previsto no art. 20, III, “b”, da LRF, ou seja, que está gastando mais de 54% da receita com pessoal, pode nomear candidato que foi aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital?

O ente federado não poderá proceder à nomeação do aprovado na hipótese de existência de qualquer impedimento jurídico, como são os casos do extrapolamento do limite de despesa com pessoal ou mesmo do limite prudencial, previstos, respectivamente, nos artigos 20 e 22, parágrafo único, ambos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Em qualquer caso, a não realização da nomeação no prazo de validade do concurso deverá ser motivada e estará sujeita a controle judicial e pela Corte de Contas.

OS CONSELHEIROS SEVERINO OTÁVIO RAPOSO, FERNANDO CORREIA, CARLOS PORTO, MARCOS LORETO E MARCOS NÓBREGA VOTARAM DE ACORDO COM O RELATOR. PRESENTE O PROCURADOR-GERAL, DR. DIRCEU ROFOLFO DE MELO JÚNIOR.