

ano 16 - n. 64 | abril/junho - 2016
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Concurso público e o direito subjetivo à nomeação: uma análise a partir dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal¹

Tuany Baron de Vargas

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba – PR). Pesquisadora do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção (PPGD/UFPR). Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal do Paraná (PRPPG/UFPR). *E-mail:* <tuanybaron@gmail.com>.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 define como regra para investidura em cargos e empregos públicos, em seu art. 37, inc. II, a prévia aprovação em concurso público. Entretanto, embora seja o concurso público determinação axiomática, as formas de operacionalização de seu comando, bem como de seus efeitos, não estão libertas de controvérsias. Isso porque a legislação infraconstitucional não tratou de pormenorizar a imposição constitucional. Dessa realidade são extraídas dificuldades tanto ao se estabelecer quais são os efeitos jurídicos gerados aos participantes do concurso, quanto na verificação da medida em que a Administração está vinculada. Dessa forma, propõe-se no presente texto analisar os direitos dos candidatos aprovados em concurso público, especialmente quanto às possíveis restrições a esses direitos que possam ser impostas por decorrência direta do disposto no art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Palavras-chave: Concurso público. Direito subjetivo à nomeação. Responsabilidade fiscal.

Sumário: **1** A despesa de pessoal na Lei de Responsabilidade Fiscal – **2** O concurso público e o direito à nomeação – **3** Implicações dos limites prudenciais da LRF no direito dos candidatos à nomeação – **4** Conclusões – Referências

1 A despesa de pessoal na Lei de Responsabilidade Fiscal

Como exigência do Fundo Monetário Internacional, a Lei Complementar nº 101/2000 foi instituída dentro de um contexto em que se pretendia a reforma da Administração brasileira através de medidas concretizadoras da gestão pública responsável e transparente. Para isso, tais mecanismos objetivaram a diminuição da dívida pública e a manutenção de índices financeiros superavitários. Logo, pode ser

¹ Artigo vencedor do “Prêmio Professor Adilson Abreu Dallari”, classificado em 1º lugar no Concurso de Artigos Jurídicos promovido pelo XVI Congresso Paranaense de Direito Administrativo, entre os dias 25 e 28.8.2015 na Ordem dos Advogados do Brasil – Sede da Seccional do Paraná em Curitiba, Brasil.

traduzida na investida de aproximação da gestão pública das gestões prudenciais impostas no âmbito privado.² Uma gestão, portanto, fortemente preocupada com os princípios da eficiência e da publicidade administrativas.

A maioria das disposições da LRF são notadamente de matéria financeira e encontram suas bases em normas de matriz constitucional. A Lei Complementar nº 101/2000 preencheu a lacuna punitiva contra o mau administrador público, uma vez que as irregularidades nas operações de crédito, os gastos excessivos com pessoal e o desequilíbrio orçamentário passaram a ser fortemente fiscalizados e sancionados pela lei. Trata-se, portanto, de uma legislação rigorosa que traz consigo uma gama enorme de instruções ao administrador público e que visa à transformação do orçamento público em uma real peça de gerência. Desse conjunto normativo, passa-se ao estudo das normas disciplinadoras das despesas com pessoal.

Não há dúvidas de que as restrições com despesas de pessoal devem ser severas. Isso porque, em todos os níveis da Federação, mas especialmente nos entes federativos em que a capacidade financeira é menor, quais sejam os municípios, práticas comuns que remontam ao coronelismo tendem a arruinar os cofres públicos. Dessa maneira, as nomeações irresponsáveis são freadas através do cumprimento dos ditames legais para manutenção do equilíbrio financeiro.³

Todas as despesas devem ter respaldo constitucional ou legal, e observar as restrições que lhe possam ser impostas. A Constituição Federal, em seu art. 169, estabeleceu que a despesa com pessoal seria limitada por Lei Complementar e, em seus parágrafos, introduzidos pela EC nº 19/1998, estabeleceu as consequências para os casos em que os limites fixados em lei complementar sejam ultrapassados. Dessa forma, o art. 19, da referida legislação previu que as despesas de pessoal⁴ não ultrapassarão os percentuais de 50% da receita corrente líquida da União e de 60% da receita corrente líquida dos estados e municípios.

Os mecanismos de controle, que devem ser realizados em cada quadrimestre, são dispostos no art. 22. Tal dispositivo estabelece que ultrapassado o limite prudencial, que equivale a 95% dos limites fixados em lei para despesa de pessoal, independentemente de ato administrativo informador, as vedações estabelecidas em seus incisos deverão ser imediatamente observadas.

É relevante ressaltar que o segundo inciso,⁵ do parágrafo único, do art. 22 da LRF, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é inócuo. Isso porque ele veda a criação

² DERZI, Misabel Abreu Machado. Lei de Responsabilidade Fiscal: normas gerais de direito financeiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Tratado de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 433.

⁴ São englobados pelo conceito de despesas de pessoal todos os gastos com servidores públicos em atividade, independentemente da natureza do vínculo, com servidores inativos, com pensionistas e com mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e membros de Poder.

⁵ “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

de novos cargos, empregos e funções, porém nada fala no provimento, o ato que verdadeiramente implica o aumento da despesa. Por isso, deve ser lido em conjunto com o inc. IV,⁶ que proíbe o provimento a qualquer título, com ressalvas apenas aos casos de reposição de servidores em razão de aposentadoria ou falecimento em três áreas específicas: educação, saúde e segurança.⁷ O dispositivo é omissivo quanto aos casos de reposição em razão de vacância.

O descumprimento das disposições do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal implica sanções penais e político-administrativas, conforme o art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Logo, ao aplicar as restrições contidas na LRF, a Administração Pública protege a si mesma do cometimento de atos ilegais e seus agentes de graves sanções, atuando de acordo com o princípio da autotutela, previsto no Decreto-Lei nº 200/67.

Sendo norma de controle da atividade financeira, da aplicação de seus ditames, em princípio, não decorreriam prejuízos aos direitos daqueles que foram aprovados em concurso público. Entretanto, alguns pontos de tensão poderão surgir e é isso que se passa a analisar.

2 O concurso público e o direito à nomeação

O funcionamento do aparato estatal depende, necessariamente, de atuações materiais de indivíduos que se vinculam à Administração de maneira orgânica e manifestam a vontade estatal.⁸ Os agentes públicos distinguem-se, portanto, por conta da natureza da atividade que exercem e pela forma de investidura. A acessibilidade aos cargos públicos é garantida a todos os brasileiros, desde que atendidos os requisitos, e aos estrangeiros na forma da lei (art. 37, I, da Constituição Federal). Sendo assim, o requisito prévio que deve ser observado para que se garanta a acessibilidade ao cargo público é a aprovação do candidato em concurso de provas e títulos.

Estabelecida constitucionalmente, essa exigência tem como objetivo o preenchimento dos quadros da Administração com sujeitos aptos ao exercício da atividade, em homenagem ao princípio da eficiência administrativa. Além disso, é através desse processo de seleção equânime que se atende ao princípio da impessoalidade

cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso: [...] II - criação de cargo, emprego ou função”.

⁶ “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: [...] IV - provimento 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”.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Arts. 18 e 28. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento (Org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 214.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 873.

e se defende a moralidade administrativa na medida em que impede a utilização de recursos públicos para favorecimentos advindos de interesses puramente particulares do administrador.

Contudo, embora existam, como no caso da Lei nº 8.112/90, algumas especificações legais pontuais e que os editais estabeleçam regras visando à supressão das lacunas legislativas, em geral há uma verdadeira omissão em relação aos direitos dos candidatos. Disso extraem-se dificuldades no estabelecimento dos efeitos jurídicos produzidos na esfera dos participantes, bem como na delimitação da vinculação da própria Administração.⁹ Uma das grandes tribulações geradas por esse vácuo normativo diz respeito ao direito do candidato aprovado à nomeação.

A Constituição Federal de 1988, no art. 37, VI, estabelece que durante o prazo previsto no edital de convocação dos aprovados no concurso a nomeação deverá ser realizada de forma prioritária em relação a novos concursados para assumir o cargo ou emprego público. Daí o desafio, doutrinário e jurisprudencial, para estabelecer se a preterição é condição essencial para exercício desse direito.

Tal questionamento, embora permaneça atual, não é novidade. Na Sessão Plenária de 13.12.1963, o Supremo Tribunal Federal aprovou súmula com o seguinte enunciado: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.¹⁰ Esse entendimento, portanto, foi firmado dentro de uma cultura jurídica distinta da atual, uma vez que, sob a égide da Constituição Federal de 1946, não havia uma preocupação com a aplicação dos princípios constitucionais. E mais, não havia sequer uma preocupação com a noção de supremacia da Constituição. Porém, de qualquer sorte, e em sua literalidade, não guardando nenhuma incompatibilidade com a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal mantém tal entendimento sumulado.

Assim, a doutrina e a jurisprudência, em um primeiro momento, passaram a extrair do dispositivo constitucional e do entendimento consolidado da Corte Suprema duas consequências. A primeira delas é a de que, em caso de preterição da ordem de classificação, o candidato aprovado teria o direito de exigir sua nomeação. Ou, ainda, que a nomeação de candidatos aprovados em concurso público posterior para ocupação do cargo também geraria ao candidato o direito à nomeação.

Em todos os outros casos, o entendimento era no sentido de reconhecer a nomeação como mera expectativa de direito e, portanto, inexigível. Logo, não se apreendia de fato, por tal concepção, o direito à nomeação, somente se assegurava a

⁹ REISDORFER, Guilherme F. Dias. Convocação de candidatos aprovados em concurso público e direito à nomeação: considerações sobre o controle judicial da atividade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, out. 2014. p. 45.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília: Imprensa Nacional, 1964. p. 37.

proteção ao direito à não preterição. Tal orientação da doutrina, inclusive, foi defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello,¹¹ que no início da década de noventa afirmou:

O Supremo Tribunal Federal, acertadamente, tem jurisprudência firmada no sentido de que, em princípio, o aprovado não tem direito à nomeação, pois o momento de provimento dos cargos – bem como o momento de abertura de concurso para o preenchimento das vagas existentes – é de livre discricção do Poder Público e se determina em função da conveniência e da oportunidade administrativamente aferíveis.¹²

Foi justamente essa orientação que prevaleceu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.931/RJ. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro previa, em seu art. 77, inc. VII, que a aprovação em concurso público dentro do número de vagas previstas em edital assegurava o provimento no cargo no prazo de 180 dias contados da homologação do resultado. Os argumentos utilizados na fundamentação dos votos apontaram para possibilidade de se limitar a discricionariedade da Administração quanto à nomeação do candidato aprovado com base em uma dupla dimensão desse direito: a primeira seria o “implícito direito de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação de todos os aprovados (concurso é sistema de mérito pessoal) e durante o prazo de validade do respectivo edital de convocação”; já a segunda baseava-se no “explícito direito de precedência que os candidatos aprovados em concurso anterior têm sobre os candidatos aprovados em concurso imediatamente posterior, contanto que não escoado o prazo daquele primeiro certame”. A discricionariedade, nesse caso, restaria preservada no exato sentido em que o juízo de conveniência e oportunidade do chamamento continuaria a cargo da Administração.¹³

Lentamente, a admissão de uma terceira hipótese ensejadora do direito à nomeação passou a ser recepcionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: havendo contratação por tempo determinado, no prazo de validade do concurso, estaria configurado o direito à nomeação. A Corte passou a apontar que tal ato demonstraria a necessidade da Administração na ocupação da função e desrespeitaria o princípio do concurso público.¹⁴ Ou seja, através desses atos configuradores

¹¹ Esse posicionamento também foi acompanhado por José dos Santos Carvalho Filho, nas primeiras edições de seu *Manual de direito administrativo*, e por Hely Lopes Meirelles, na 21ª edição de *Direito administrativo brasileiro*. O primeiro autor mudou sua concepção com base na evolução jurisprudencial do STF, como será visto adiante. Nas últimas atualizações da doutrina de Meirelles também já há referência às novas correntes e tal entendimento foi excluído de sua obra.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 75.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.931/RJ. Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 24.2.2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 set. 2006.

¹⁴ Nesse sentido, conferir os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: RE nº 273.605. 2ª Turma. Julg. 23.4.2002. Rel. Min. Néri da Silveira; AI nº 381.529-AgR. 1ª Turma. Julg. 22.6.2004. Rel. Min. Sepúlveda Pertence e AI nº 440.895-AgR. 1ª Turma. Julg. 26.6.2006. Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

de desvio de finalidade, a Administração transparece que o exercício da função objeto do concurso é imediatamente necessária, fazendo com que a expectativa de direito se torne direito imediatamente exigível pelo candidato aprovado.¹⁵

De todo modo, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal raramente foram unânimes. No julgamento da referida ADI, o entendimento divergente e de vanguarda dos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, embora tenha restado vencido, merece destaque. O Ministro Marco Aurélio, na ocasião, afirmou:

O edital é a lei do certame, obriga o candidato, como obriga também a Administração Pública. O dispositivo em questão estabelece que, se o edital anuncia determinado número de vagas, elas devem ser preenchidas, gerando o direito público subjetivo do aprovado a ser nomeado – e é isso que se presume pelo critério, inclusive, da finalidade dos atos públicos.

Não vejo como, diante dessa previsão – e a Administração Pública não pode brincar com o cidadão, convocando o para o certame e depois, simplesmente, deixando esgotar o prazo de validade do concurso sem proceder às nomeações –, apontar inconstitucional o preceito.

Peço vênua ao ilustre relator para abandonar a jurisprudência, para mim vetusta, ultrapassada em termos de avanço cultural, que revelou, durante muitos anos, a existência do direito à nomeação apenas no caso de preterição.¹⁶

A percepção e o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas se faz presente, entretanto, na doutrina e na jurisprudência mais modernas sobre a temática.

Os argumentos que lhes apoiam são basicamente a observância dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica a que deve ser pautada a atividade da Administração Pública. Como apontado pelo Ministro Marco Aurélio, não se pode aceitar que os administrados fiquem reféns de uma total discricionariedade da Administração Pública, e da imprevisibilidade que pode revestir muitas das decisões políticas. Ou seja, significa apreender que, como leciona Romeu Felipe Bacellar Filho, na atuação da Administração não há lugar para “ciladas, rompantes ou açodamentos a caracterizar uma ‘administração de surpresas’”.¹⁷

Junto de tal orientação, alguns autores afirmam, como é o caso de Marçal Justen Filho, que o direito subjetivo à nomeação decorre, também, dos princípios da

¹⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 334.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.931/RJ. Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 24.2.2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 set. 2006.

¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 14, dez. 2004.

objetividade e da eficiência, sobretudo porque tais princípios “impedem que o aparato estatal seja movimentado a propósito de caprichos ou em termos irracionais”. Isso porque, de acordo com o autor, a promoção do concurso, a despeito da geração das despesas que lhe são inerentes, impõe sacrifícios aos particulares e deles exige a disponibilidade para assunção imediata. Logo, “se promoveu concurso público e homologou o resultado, o Estado apenas pode deixar de nomear mediante motivação satisfatória”.¹⁸

Não significa, entretanto, manietar a Administração. Note-se que a discricionariedade administrativa pode ser exercida nesses casos desde que dentro das imposições do princípio da legalidade. Ou seja, a Administração pode escolher, dentro do prazo de validade do concurso, o momento oportuno em que realizará a nomeação, porém não poderá dispor da própria nomeação. A expectativa de direito, nesses aspectos, reserva-se apenas aos candidatos aprovados fora do número de vagas estabelecidas em edital.

Hipótese divergente, entretanto, é a abertura de concurso público para formação de cadastro de reserva, hipótese na contramão de todo o avanço doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, sobretudo porque o pressuposto que a identifica é a mera expectativa de direito à nomeação.

Em âmbito federal, o Decreto nº 6.944/2009, que estabelece “medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”, autoriza expressamente¹⁹ a realização de concursos públicos para tal finalidade. Tem-se por certo que de tal mecanismo poderão ser evitadas contratações temporárias pela Administração Pública a despeito de realização de concurso. Entretanto, tal benesse não compensa os prejuízos causados.

Isso porque, o pressuposto para a abertura de um concurso público é a existência de cargos ou empregos vagos no âmbito da Administração e a necessidade de preenchê-los, o que não ocorre. Tal hipótese contraria diversos princípios regentes da Administração,²⁰ tais como (i) a moralidade administrativa, na medida em que o candidato não tem sequer a possibilidade de aferir suas reais condições de êxito no concurso, (ii) a publicidade, uma vez que não há a possibilidade de controle de toda a logística e despesas à realização do concurso, que dependem, em grande medida,

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 940-941.

¹⁹ “Art. 12. Excepcionalmente o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar a realização de concurso público para formação de cadastro reserva para provimento futuro, de acordo com a necessidade, de cargos efetivos destinados a atividades de natureza administrativa, ou de apoio técnico ou operacional dos planos de cargos e carreiras do Poder Executivo federal”.

²⁰ Atualmente, dois projetos de lei tramitam em conjunto na Câmara dos Deputados (nº 1.704/2015 e nº 1.170/2015), sob os mesmos fundamentos que se apresentam neste artigo, visando à realização de concurso público exclusivamente para formação de cadastro de reserva.

da concorrência do certame, e (iii) a impessoalidade, já que o administrador, ao verificar o nome dos aprovados, poderá decidir arbitrariamente pela nomeação.²¹

Em tais casos, as vagas que abrirem no prazo de validade do concurso farão nascer ao candidato o direito subjetivo à sua nomeação, uma vez que, ao abrir o concurso para cadastro de reserva, pressupõe-se que a Administração Pública reputa tais cargos indispensáveis à Administração. O juízo de discricionariedade também é aqui limitado.

Entendimento contrário não poderia ser acolhido, sobretudo por questões atinentes à gestão eficiente de recursos – pela mobilização da máquina administrativa e pela geração de despesas despropositadas –, e, mais uma vez, pelo princípio da segurança jurídica e homenagem à boa-fé.

3 Implicações dos limites prudenciais da LRF no direito dos candidatos à nomeação

Os concursos públicos são processos administrativos complexos que têm como consequência a geração de despesas de caráter continuado, acarretando grandes impactos na gestão financeira do Estado. Justamente por esse motivo é que a Lei de Responsabilidade Fiscal deve ser observada para que seus atos não sejam reputados como inválidos ou ilegais.

Para a execução do processo é necessário, em primeiro lugar, carência de servidores para atendimento da demanda por serviços de maneira suficiente, e que as vagas estejam previamente instituídas por lei. Pela natureza da despesa, são necessários, ainda, de acordo com a LRF, (i) o estudo estimado do impacto orçamentário no exercício financeiro em que irá ser iniciada a execução da despesa, bem como nos dois exercícios subsequentes (art. 16, I); (ii) o demonstrativo da origem dos recursos que serão utilizados para seu custeio (art. 17, §1º); (iii) a comprovação de que não haverá ônus criado pela despesa para que sejam alcançadas as metas de resultado fiscal, inclusive com a indicação dos mecanismos de compensação de seus efeitos para os demais exercícios (art. 17, §2º); e (vi) a declaração do ordenador das despesas em que conste sua adequação à Lei Orçamentária Anual (art. 16, I), à Lei de Diretrizes Orçamentárias e ao Plano Plurianual (art. 16, II). Além dessas imposições, deverá existir autorização específica na LDO (art. 169, §1º, II, CF/88) e a prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (art. 169, §1º, I, CF/88).

Não observados tais requisitos, o concurso público é ilegal e os atos que dele decorrem não são passíveis de convalidação. Até porque o art. 21 da LRF estabelece

²¹ SILVA, Júlia Maria Plenamente. Considerações sobre a realização de concurso público para a formação de cadastro de reserva. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 161-181, jan./abr. 2012.

que os atos que estejam em desconformidade com os arts. 16 e 17 da referida lei serão nulos de pleno direito. Nesses casos, sequer há de se falar em direito subjetivo à nomeação, apenas em justa indenização aos candidatos que sofrem os danos em razão da atuação estatal ilegal.

Diante de tamanho rigor, e observados tais requisitos, em princípio, as restrições impostas pelo art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal não geram obstruções aos direitos dos candidatos. Até porque a Lei de Responsabilidade Fiscal não tem esse por seu objeto.

A problemática advém, então, dos casos em que o concurso está em total conformidade com os impositivos legais e a nomeação não é feita sob alegação de insuficiência orçamentária ou, ainda, de saturação dos quadros da Administração Pública de acordo com os percentuais previstos no art. 19 da LRF.²²

Durante a discussão da referida ADI nº 2.931/RJ, o Min. Gilmar Mendes argumentou que não haveria razões por se conceber o direito subjetivo à nomeação para que, diante de impossibilidades econômico-financeiras, o Estado exercitando o contingenciamento de despesas conforme a conveniência possa parar de nomear os aprovados em concurso. Entretanto, esse argumento não poderá sustentar-se, cabendo nessas situações, inclusive, a possibilidade de responsabilização civil do ordenador de despesas pelos danos causados pela atuação imprudente e, sobretudo, ilícita.

Porém, é de se notar que o direito à nomeação não tem caráter absoluto e seu reconhecimento não impõe peremptoriamente o provimento. Em situações excepcionais, e com ampla motivação, o Estado poderá deixar de nomear os candidatos aprovados.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive em recurso extraordinário de relatoria do próprio Ministro Gilmar Mendes, passou a impor como condições básicas para que não houvesse nomeação a superveniência do fato, a imprevisibilidade da situação, a gravidade dos acontecimentos e a necessidade da solução adotada,²³ e essa é a atual orientação da Corte. Tais requisitos prestam-se, justamente, à proteção da imposição constitucional do concurso público. Isso porque, acertadamente, o STF passou a entender o direito à nomeação como uma garantia fundamental da plena

²² A título de exemplo, mencione-se o concurso que aprovou mais 95 candidatos ao cargo de Defensor Público que foi aberto em 2012 no Paraná, com 197 vagas previstas em edital. Embora a homologação do resultado tenha sido feita em maio de 2013, as nomeações demoraram a ser feitas. As despesas do Governo Estadual com folha de pagamento, que ultrapassaram o limite prudencial estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, foram o principal impedimento apontado pelo Estado para que as nomeações fossem barradas. Essa, inclusive, foi a justificativa apresentada quando da prestação de informações nos mandados de segurança nºs 1.314.856-8, 1.134.874-6, 1.304.989-9 e 1.530.233-5, com trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 set. 2011.

efetividade do princípio do concurso público, sobretudo em homenagem aos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos.²⁴

De tal modo, o dever de planejamento e a execução orçamentária responsável impõem ao administrador uma atuação pautada em eficiência e razoabilidade. No momento da abertura do edital do concurso, o Estado declara-se capaz de suportar as despesas que se propõe a gerar ao erário, como explicitado acima. Nesse contexto, os limites com a despesa de pessoal devem ser imperiosamente observados. E da abertura do certame pressupõe-se observância aos ditames da responsabilidade. Assim as imposições da Lei de Responsabilidade Fiscal não poderão ser alegadas como fato superveniente, sobretudo porque tal situação é resultado de ausência de planejamento fiscal. Dessa forma, os ônus da má gestão pública não poderão ser imputados aos candidatos aprovados em concurso público. Não podendo ser afastado, portanto, o direito à nomeação.

Quanto à imprevisibilidade da situação, a impossibilidade de se alegar os limites prudenciais da LRF para afastamento do direito do candidato é ainda mais clara. A imprevisibilidade impõe a ocorrência de circunstâncias excepcionais à época do edital. De tal modo que a alegação de que a majoração posterior dos gastos com pessoal, a nível de tornar impossível novas nomeações, não poderá ser caracterizada como situação imprevisível, demonstrando, inclusive, a má-fé da Administração Pública.

O mesmo ocorre ao requisito da gravidade: “os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital”.²⁵

O último requisito, o da necessidade, infere que o não cumprimento do dever de nomeação somente poderá ser adotado se não existirem outros meios mais adequados de solucionar tais situações excepcionais e imprevisíveis. Inicialmente, como já se demonstrou, não há nesses casos excepcionalidade ou imprevisibilidade. E ainda que possa vir a se enquadrar em tais requisitos, o afastamento do direito de ser nomeado não é medida indispensável. Em tais situações, inclusive para que se preserve a segurança jurídica, a readequação dos limites de tal despesa deve se dar conforme o disposto no art. 169, §3º, I, da Constituição Federal de 1988, que prevê a redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança.

Ainda, o art. 22, IV, traz exceção às suas limitações. O inciso estabelece que é vedado o provimento de qualquer natureza, salvo em caso de reposição decorrente

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 set. 2011.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 set. 2011.

de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança. Tal reserva se faz em razão do altíssimo grau de essencialidade de tais serviços. Embora a lei não trate da vacância nos casos de exoneração ou demissão de servidores, a interpretação extensiva de tal dispositivo se faz necessária para que seja assegurada sua coerência. Dessa maneira, havendo vacância nesses setores, e tendo o concurso o objeto-fim de ocupar tais cargos, não se poderá alegar, sob hipótese alguma, a ultrapassagem dos limites prudenciais para que se afaste o direito à nomeação.

Por fim, cabe ressaltar que, em relação aos concursos abertos exclusivamente para cadastro de reserva, os estudos de impacto econômico-financeiro não são viáveis, sobretudo porque não há mínima previsão da própria abertura de vagas a serem preenchidas. Nesse caso, os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal deverão ser estritamente observados, cabendo ao candidato, nesse caso, apenas a reparação dos danos sofridos. Por outro lado, se criadas novas vagas – que devem ser precedidas de estudos sobre seus impactos financeiros – coincidentes ao objeto do concurso no período, não poderá a Administração alegar as restrições da lei para escusar-se de garantir o direito daqueles que se submeteram ao concurso público. Nesses casos, o contingenciamento de despesas e a readequação dos limites da despesa de pessoal também deverão observar o disposto no art. 169, §3º, I, da Constituição Federal de 1988.

4 Conclusões

Pelo exposto, observa-se que a doutrina e jurisprudência pátrias evoluíram positivamente no campo de proteção dos direitos dos concursandos. Isso porque, somente a partir do reconhecimento do direito subjetivo de nomeação, é possível assegurar a plena efetivação do princípio do concurso público.

Ainda, pelas imposições da gestão pública responsável se faz necessário tal reconhecimento. Isso porque a discricionariedade da Administração na operacionalização de seu orçamento não pode ser ilimitada, gerando insegurança jurídica aos administrados. A discricionariedade é exercitada no momento em que a Administração considera oportuna a abertura de concurso público, antecipando qualquer juízo de conveniência que pudesse ser feito quanto à nomeação no momento em que delimita o número de vagas a serem preenchidas.

Dessa forma, o estudo econômico-financeiro, que deve ser feito em momento anterior à abertura do edital do certame, deve levar em conta os limites prudenciais impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não podendo, posteriormente, a Administração alegar o aumento, realizado espontaneamente e em tempo posterior à abertura do concurso público, de suas despesas de pessoal para justificar o afastamento do direito de ser nomeado.

Public tender and the subjective right of appointment: an analysis within the limits imposed by the Fiscal Responsibility Law

Abstract: The Federal Constitution of 1988 defines as rule for the investiture of public offices and positions in its article 37, II, prior approval by a public tender. However, although it is an axiomatic determination, forms of operationalizing this command and its effects are not free of controversies. This is caused because infra-constitutional law has not detailed the constitutional imposition on this regard. From this reality are extracted difficulties not only to establish the legal effects generated to the participants of the public tender, but also to verify in which measure de Public Administration is bound. Therefore, this work proposes to analyze the rights of candidates approved on public contests, especially the possible restrictions to these rights which may be imposed due to what is written in article 22 of the Financial Responsibility Law.

Keywords: Public tender. Subjective right of appointment. Financial responsibility.

Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 14, dez. 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.931/RJ. Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 24.2.2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 set. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10.8.2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 set. 2011.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Lei de Responsabilidade Fiscal: normas gerais de direito financeiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Tratado de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Arts. 18 e 28. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento (Org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento (Org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- REISDORFER, Guilherme F. Dias. Convocação de candidatos aprovados em concurso público e direito à nomeação: considerações sobre o controle judicial da atividade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, out. 2014.

SILVA, Júlia Maria Plenamente. Considerações sobre a realização de concurso público para a formação de cadastro de reserva. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 161-181, jan./abr. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal* – Anexo ao Regimento Interno. Brasília: Imprensa Nacional, 1964.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VARGAS, Tuany Baron de. Concurso público e o direito subjetivo à nomeação: uma análise a partir dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 253-265, abr./jun. 2016.

Recebido em: 27.12.2015

Aprovado em: 12.03.2016