



FUNDAÇÃO CARMELITANA MÁRIO PALMÉRIO - FUCAMP
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - FACIUS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JULIANA FÁTIMA PIRES DE OLIVEIRA

**O PODER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO QUE TANGE À
NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CERTAMES
PÚBLICOS**

MONTE CARMELO-MG

2018

JULIANA FÁTIMA PIRES DE OLIVEIRA

**O PODER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO QUE TANGE À
NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CERTAMES
PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Fucamp - Fundação Carmelitana Mário Palmério, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Tiago Nunes da Silva.

MONTE CARMELO-MG
2018

JULIANA FÁTIMA PIRES DE OLIVEIRA

**O PODER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO QUE TANGE À
NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CERTAMES
PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da FUCAMP - Fundação Carmelitana Mário Palmério, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mestre Tiago Nunes da Silva.

Aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora:

MONTE CARMELO-MG

2018

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho a toda a minha Família, em específico meus pais, esposo e minha pequena filha.

A todos meus professores que contribuíram para minha formação acadêmica e ao meu orientador Tiago Nunes, pela paciência, auxílio e dedicação a essa função de orientador, contribuindo positivamente para conclusão deste trabalho.

A todos, meu muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho teve como tema central o poder dever da Administração Pública, no que tange à nomeação de candidatos aprovados em concurso público. Foi objeto da pesquisa, o direito subjetivo do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital, versus o poder discricionário da Administração Pública no provimento de cargos públicos. Logo, a pesquisa buscou responder a seguinte indagação: a Administração Pública, ao realizar um concurso público com indicação de cargos vagos e respectivos aprovados, tem obrigatoriedade de nomeá-los e empossá-los aos respectivos cargos, ou se trata de uma discricionariedade do Poder Público? O objetivo da pesquisa foi demonstrar até que ponto a Administração Pública pode agir com discricionariedade, no que concerne à nomeação de aprovados, bem como o momento em que torna-se vinculada ao provimento dos cargos vagos. A pesquisa teve como justificativa a previsibilidade de eliminar, com argumentos sólidos, controvérsias existentes acerca do direito dos candidatos aprovados em concursos públicos dentro do número de vagas previstas no edital, haja vista a ocorrência de abusos por parte do Poder Público que, não raras vezes, faz uso de contratações precárias até o vencimento do edital para não nomear candidatos aprovados em concurso público. Para tanto, utilizou-se como metodologia o tipo de pesquisa bibliográfico, como método dedutivo, por meio da análise textual, temática e interpretativa de obras jurídicas sobre o tema, assim como o tipo de pesquisa documental, enquanto método indutivo, tendo como objeto a Constituição Federal como fonte primária de estudo e demais leis infraconstitucionais, para a exploração do tema discutido.

Palavras-chaves: Administração Pública. Certames Públicos. Discricionariedade. Provimento de Cargos Públicos. Vinculação.

ABSTRACT

The present work had as central theme the power duty of Public Administration, regarding the appointment of candidates approved in public competition. The subject of the research was the subjective right of the candidate approved in public competition within the number of vacancies set forth in the edict, versus the discretionary power of the Public Administration in the provision of public positions. Therefore, the research sought to answer the following question: the Public Administration, when conducting a public tender with the indication of vacant positions and respective approved, it is obligatory to appoint them and to take them to their respective positions, or it is a discretionary power Public? The objective of the research was to demonstrate the extent to which the Public Administration can act with discretion regarding the appointment of approved, as well as the moment when it becomes linked to the filling of vacant positions. The research had as justification the predictability of eliminating, with solid arguments, existing controversies about the right of the candidates approved in public tenders within the number of places foreseen in the public notice, given the occurrence of abuses by the Public Power, which, not infrequently, makes use of precarious hiring until the expiration of the public notice not to nominate successful candidates in public competition. For that, the type of bibliographic research, as a deductive method, was used as a methodology, through the textual, thematic and interpretative analysis of legal works on the subject, as well as the type of documentary research, as an inductive method, with the object of Federal Constitution as the primary source of study and other infraconstitutional laws for the exploration of the topic discussed.

Keywords: Public Administration. Public Events. Discretionary. Provision of Public Charges. Linking.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2. A PREVISÃO DE CONCURSO PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	9
2.1 Contexto histórico dos certames públicos	9
2.2 provimento de cargos e emprego público	12
2.3 Da nomeação e posse nos concursos públicos	13
2.3 Princípios administrativos norteadores do concurso público	15
2.4 Concurso público pós Constituição de 1988	16
3 PODER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO QUE CONCERNE À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO	20
3.1 Poder discricionário da Administração Pública.....	22
3.2 Interferências do Poder Judiciário nos atos discricionário da Administração Pública.....	25
3.3 A obrigatoriedade da Administração Pública nomear e empossar candidatos aprovados em concurso público.....	27
4 O DIREITO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO	31
4.1 Da mera expectativa de direito do candidato aprovado em concurso público	32
4.2 Do direito subjetivo à nomeação em cargos públicos	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central o poder dever da Administração Pública, no que tange à nomeação de candidatos aprovados em concurso público. Será objeto da pesquisa, o direito subjetivo do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital, versus o poder discricionário da Administração Pública no provimento de cargos públicos.

Logo, a pesquisa visa responder a seguinte indagação: a Administração Pública, ao realizar um concurso público com indicação de cargos vagos e respectivos aprovados, tem obrigatoriedade de nomeá-los e empossá-los aos respectivos cargos, ou se trata de uma discricionariedade do Poder Público?

O objetivo da pesquisa é demonstrar até que ponto a Administração Pública pode agir com discricionariedade, no que concerne à nomeação de aprovados, bem como o momento em que torna-se vinculada ao provimento dos cargos vagos.

A pesquisa justifica-se face à previsibilidade de eliminar, com argumentos sólidos, controvérsias existentes acerca do direito dos candidatos aprovados em concursos públicos dentro do número de vagas previstas no edital, haja vista a ocorrência de abusos por parte do Poder Público que, não raras vezes, faz uso de contratações precárias até o vencimento do edital para não nomear candidatos aprovados em concurso público.

Nesse sentido, a relevância científica da pesquisa diz respeito à possibilidade de, com base nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, demonstrar que não se trata de mera discricionariedade da Administração Pública à nomeação dos aprovados, nos casos de cargos vagos, mas, sim, de obrigatoriedade, podendo os candidatos recorrer ao Judiciário, a fim de fazer valer seu direito adquirido ao respectivo cargo.

Para desenvolvimento do trabalho será adotado o tipo de pesquisa documental, enquanto fonte primária de estudo, com análise de documentos legais referente ao tema da pesquisa, bem como, será adotado a pesquisa bibliográfica, enquanto fonte secundária, com análise a livros, manuais e outras fontes pertinentes ao tema.

Nestes termos, abordar-se-á o método dedutivo para a realização da pesquisa bibliográfica e documental, que parte de uma generalização para uma questão particularizada, a fim de descrever o problema enfrentado, a partir de premissas, com a finalidade de alcançar o resultado esperado pela pesquisa.

Enfim, o trabalho abordará no primeiro capítulo a previsão do concurso público no ordenamento jurídico brasileiro; no segundo capítulo discutirá acerca do poder da Administração Pública, no que tange à nomeação de candidatos aprovados em certames público e, o terceiro e último capítulo abordará o direito do candidato aprovado em concurso público ao provimento do cargo.

2. A PREVISÃO DE CONCURSO PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com a Constituição Federal de 1988, o ingresso aos cargos e funções públicas passa obrigatoriamente a exigir prévia aprovação em certames públicos, de provas e provas e títulos, salvo os cargos em comissão e funções, que são de livre nomeação e exoneração. E, devido a estabilidade oferecida pelos cargos públicos, o ingresso aos mesmos está cada vez mais disputado, exigindo dos candidatos uma prévia preparação e um amplo conhecimento da área para o qual está concorrendo.

Assim, a despeito da exigência de muita preparação e competência para ingresso aos cargos públicos, o índice de aprovação é muito alto, o que faz com que muitos candidatos aprovados jamais consigam ingressar no cargo tão esperado, devido a quantidade altíssima de pessoas aprovadas por vagas.

Por outro lado, outro problema que os candidatos vêm enfrentando é a falta de nomeação por parte do Poder Público que, se valendo da discricionariedade administrativa, realiza certames públicos, mas, em muitos casos sequer nomeiam quaisquer candidatos aprovados, restando vagos os cargos e o candidato com mera expectativa de nomeação.

Diante disso, não restou alternativa aos Tribunais Superiores senão a intervenção na esfera administrativa para compelir o Poder Público a convocar os candidatos aprovados, nomeá-los e empossá-los aos respectivos cargos, quando houver necessidade de nomeação.

Como se não bastasse tamanha arbitrariedade em nome da discricionariedade administrativa, não raras vezes o Poder Público faz uso de contratações precárias para preenchimento de cargos vagos, mesmo com candidatos aprovados aguardando nomeação, isso quando não burlam a ordem classificatória, o que se denomina de preterição na ordem de classificação. Portanto, o direito à nomeação a cargos públicos é muito discutido pela doutrina e jurisprudência.

2.1 Contexto histórico dos certames públicos

O instituto do concurso público, ao longo da história passou por diversas alterações se comparado aos primeiros certames públicos que remonta os séculos XIX (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

A criação do instituto do concurso público foi uma necessidade histórica de reorganização da Administração Pública, que nas épocas remotas ocupava seus cargos de forma hereditária. Assim, o instituto apresentou um marco muito grande para os cidadãos que pleiteavam igualdade nas oportunidades de acesso aos cargos públicos, com isso, a ocupação destes passou a ocorrer segundo a meritocracia e o talento de cada indivíduo (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

O concurso público se desenvolveu na Europa, em França, através de Napoleão. As seleções ocorriam por sorteio, compra e venda de herança, arrendamento, nomeação, eleição e concurso.

Assim, o sorteio era um meio utilizado na Antiguidade, pelas Comunas Italianas da Idade Média e, em especial, pelos gregos de Esparta e de Atenas. Esse meio ficou muito famoso pelas circunstâncias especiais em que cargos políticos eram sorteados. No mais, também existia o sorteio puro aplicado às pessoas que passavam pelo crivo de um processo seletivo, e o sorteio condicionado aplicado às pessoas que apresentavam determinadas condições especiais, dentre os que poderiam ser escolhidos para os cargos públicos (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

A compra e venda consistia na alienação pela própria Administração a particular, a título oneroso, dos empregos públicos. Esse sistema foi muito utilizado na Idade Média, principalmente pelos franceses. Era muito comum também na Idade Média ingressar nos cargos públicos pela hereditariedade (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

O instituto do arrendamento também foi muito comum na Idade Média com os feudos, consistia no meio pelo qual o Estado cedia determinados cargos aos feudos por prazo determinado e mediante pagamento de certa quantia advinda dos lucros para os cofres públicos (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

Existia, também, a livre nomeação absoluta e relativa, a primeira consistia em uma forma de designação para o cargo público, efetuado por um só indivíduo, sem a interferência de qualquer poder. Já a relativa, ao contrário da livre nomeação absoluta, se dava por meio de ato administrativo complexo, que necessitava da manifestação de vontade de um poder sob a aprovação de outro poder, para que o indivíduo fosse nomeado ao cargo (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

Ademais, estabeleceram também, a forma de ingresso aos cargos públicos por meio da eleição, forma pela qual os cidadãos escolhiam os funcionários para determinados cargos, através do sufrágio, direto ou indireto (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

Por fim, surgiu a figura do concurso público, que consiste em um processo de seleção normal de provimento da maioria dos cargos públicos da modernidade. Nada mais é que um procedimento para apurar as aptidões das pessoas que tenham interesse em ocupar determinados cargos públicos, submetendo-se a atividades e julgamentos de uma comissão examinadora (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

O instituto do concurso público, com o surgimento do Estado de Direito, é o meio mais utilizado para ingresso aos cargos públicos, haja vista que se trata de um meio de ingresso que não viola o princípio da legalidade, da isonomia da imparcialidade dentre outros, pois possibilita qualquer pessoa a ingressar aos cargos públicos, desde que apresenta habilidades para tais e preencha todas as exigências do concurso e tenha prévia aprovação nos exames aplicados.

No Brasil, a Constituição do Império de 1824, foi a primeira a fazer referência ao ingresso aos cargos públicos, pois previa que todo cidadão poderia ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, com base nos seus talentos e virtudes (AGLANTZAKIS, 2003, n. p.).

Entretanto, a primeira Constituição Federal a dispor explicitamente sobre a figura do concurso público, como meio de ingresso aos cargos públicos foi a Constituição de 1934 que em seu artigo 170 dispôs sobre o concurso público para a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinasse. Assim, na prática, o concurso era aberto aos candidatos para a primeira investidura há alguns cargos em específico, sendo os demais cargos providos apenas através de concurso interno (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

Já a Carta Política de 1988 passou a exigir a figura do concurso de provas ou provas e títulos para os cargos e empregos públicos, com exceção apenas para os cargos em comissão ou de confiança, elencados na Emenda Constitucional nº 19 de 04 de Junho de 1998 (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

Portanto, desde a promulgação da Carta Magna de 1988 até os dias atuais, a figura do concurso público vem se modificando sistematicamente. Devido a várias lacunas não regulamentadas por lei, a jurisprudência dos tribunais pátrios vem formando entendimentos a respeito dos concursos públicos para evitar arbitrariedade por parte da Administração Pública e violação aos direitos dos candidatos.

2.2 provimento de cargos e emprego público

Provimento é um fato administrativo que tem por objetivo o preenchimento de determinado cargo público. Esse fato depende de manifestação volitiva da autoridade competente em cada caso. O fato provimento é consubstanciado através de um ato administrativo de caráter funcional, denominado de ato de provimento. Assim, o provimento consiste em um evento de preenchimento de um cargo vago (CARVALHO FILHO, 2012, p. 612).

Existem dois tipos de provimento, de acordo com a situação do indivíduo que vai ocupar o cargo vago. De um lado o provimento originário, de outro, o provimento derivado.

O provimento originário tem-se o início de uma nova relação estatutária, seja, porque o servidor não pertencia ao serviço público anteriormente, seja, porque pertencia a quadro funcional regido por outro estatuto, diverso do que rege o cargo agora provido (CARVALHO FILHO, 2012, p. 612).

Portanto, o provimento originário diz respeito a um vínculo inicial entre a Administração e o servidor, considerando determinado cargo, e não a pessoa que ocupará, pois tal pessoa pode ou não ter outro vínculo com a Administração Pública, porque pode ocorrer provimento de quem era servidor público e deseja mudar de cargo, prestando um novo concurso público.

O concurso público não pode ser só de provas títulos, pois tal modalidade encontra vedada pela Constituição Federal, ou seja, deve haver uma prova apta a examinar as aptidões dos candidatos para tal cargo. Todavia, é permitido haver exigência de provas e títulos (CARVALHO FILHO, 2012, p. 613).

Já, no que concerne ao provimento derivado, este ocorre sempre que o cargo for preenchido por alguém que já possui um vínculo anterior com a Administração, sujeito ao mesmo estatuto. Exemplo: servidor que ocupa um cargo de assistente nível “A” e passa a ocupar outro cargo de assistente nível “B” com a Administração (CARVALHO FILHO, 2012, p. 613).

O provimento derivado pode ocorrer por transferência, promoção, remoção, acesso, reintegração, readmissão, enquadramento, aproveitamento ou reversão. Diz respeito a uma alteração na situação do serviço do servidor.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica provimento derivado como sendo vertical, horizontal ou por reingresso. O provimento derivado vertical é aquele em que o servidor é

remetido para cargo mais elevado e se efetua, por meio da promoção, por merecimento ou antiguidade, dentro da própria carreira (MELLO, 2011, p. 316).

Por outro lado, o provimento derivado horizontal diz respeito à readaptação do servidor, isto é, a transferência do servidor para outro cargo compatível com sua limitação atual de capacidade física ou mental, apurada em inspeção médica (MELLO, 2011, p. 316).

Quanto ao provimento derivado por reingresso, diz respeito àquele em que o servidor retorna ao cargo anteriormente ocupado por ele, a qual não exercia por impossibilidade temporária (MELLO, 2011, p. 316).

São hipóteses de provimentos derivados por reingresso, a reversão que é o reingresso do aposentado aos quadros públicos a pedido. O aproveitamento que é o reingresso do servidor que encontrava em disponibilidade para o cargo anteriormente ocupado ou em cargo de equivalentes atribuições e vencimentos. A reintegração, que diz respeito ao retorno do servidor, ilegalmente despedido, possibilitando-o a retornar a seu cargo novamente ou, não sendo possível a reintegração ao mesmo cargo, ocorrerá à reintegração do servidor para um cargo equivalente (MELLO, 2011, p. 317).

E, por fim, a recondução, que é o retorno do servidor estável para o cargo que dantes ocupava, seja por inabilitação ao estágio probatório de outro cargo que tomou posse, ou mesmo, por haver sido desalojado em decorrência de reintegração do precedente ocupante (MELLO, 2011, p. 316).

Assim sendo, o provimento de cargos públicos trata-se de um meio de preenchimento dos cargos vagos na Administração Pública. Sendo que o mesmo se dá em duas modalidades, isto é o provimento originário, aquele em que o servidor era estranho aos quadros da Administração Pública e o provimento derivado, que se subdivide em provimento derivado vertical, horizontal e por reingresso, sendo que este último se dá em quatro hipóteses na reversão; no aproveitamento; na reintegração e na recondução.

2.3 Da nomeação e posse nos concursos públicos

A investidura nos cargos públicos retrata uma operação complexa, constituído de atos da Administração Pública e do interessado, a fim de permitir o legítimo provimento do cargo público. A nomeação é ato administrativo que materializa o provimento originário de um cargo. Essa exige que o candidato além de ter sido aprovado no concurso, preencha todas as exigências para sua investidura no respectivo cargo.

Dessa forma, após a nomeação, não fica mais ao exclusivo critério da Administração, o desfazimento da nomeação, pois uma vez ocorrida essa é necessário para seu desfazimento um processo administrativo ou judicial, que assegure ao nomeado o contraditório e a ampla defesa (CARVALHO, 2016, p. 614).

Portanto, a nomeação é única forma de provimento originário, assim, é deste provimento inicial que irradiará todos ou outros. Já as outras formas de provimento, ou seja, as derivadas serão determinadas de acordo com a situação do servidor, titular do cargo.

Assim sendo, para que haja nomeação é necessário que o indivíduo tenha sido aprovado previamente no certame público de provas e/ou provas e títulos, com exceção aos cargos em comissão. Cabe à autoridade estatal competente, de forma unilateral, conceder o cargo ao seu devido titular.

Depois de nomeado, o candidato se submete ao ato da Posse. Essa é o ato de investidura pelo qual ficam atribuídos ao servidor às prerrogativas, os direitos e encargos referentes ao cargo. Portanto, é o ato de posse que completa a investidura, e é neste momento que candidato assume o compromisso do fiel cumprimento das obrigações referentes ao cargo, e se torna um servidor público (CARVALHO, 2016, p. 615).

Assim, o nomeado aceita o cargo, com o compromisso de bem servir e desempenhar suas funções previamente definidas para o respectivo cargo. Ocorre com este ato o travamento da relação entre a Administração Pública e o indivíduo, por meio da assinatura deste de um termo escrito, no prazo de 30 dias da publicação da nomeação.

Por fim, o exercício representa o efetivo desempenho das atribuições correspondentes ao cargo, estabelecida previamente. O exercício só se legitima após a consumação da investidura no cargo. É o exercício que confere ao novo servidor o direito aos vencimentos como contraprestação pelo desempenho das funções inerente ao cargo (CARVALHO, 2016, p. 615).

Pelo exposto, o candidato é investido no cargo e posteriormente, nomeado para então tomar posse do mesmo e iniciar o exercício, e, a partir daí, inicia-se uma estrita relação entre Estado-Administração e indivíduo-servidor, devendo este cumprir todos os encargos impostos por lei com relação ao cargo, para fazer jus aos respectivos vencimentos e demais direitos.

2.3 Princípios administrativos norteadores do concurso público

Os princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública, norteando passo a passo a execução das obrigações impostas por lei, visando sempre à execução das atividades administrativas da maneira mais eficaz e sem violação a preceitos fundamentais.

O princípio da legalidade, por sua vez apresenta a diretriz básica da conduta do agente administrativo, o que significa dizer, que toda atividade administrativa deve estar pautada na lei. Não sendo, a atividade é ilícita (CARVALHO FILHO, 2012, p. 19).

Assim, no concurso público não foge à regra, a autoridade responsável pelo certame público deve sempre impor exigências permitidas por lei, bem como executar as fases do concurso com estrita obediência às normas e aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Já, o princípio da isonomia, caracteriza-se pela atuação neutra do administrador do concurso, de modo a evitar o favorecimento de uns em detrimento de outros. Portanto, é vedado ao agente responsável pelo certame público tomar decisões de modo a favorecer um ou outro candidato, mais ou menos qualificado, para investir no cargo público, com objetivo de beneficiar ou prejudicar outrem, evitando, por consequência, qualquer influência política, favorecimento e perseguições por parte dos responsáveis pela execução do concurso (ALBUQUERQUE, 2014, n. p.).

O Edital de concurso público é norma que vincula tanto a Administração Pública como o candidato. Pelo princípio da vinculação ao edital, os procedimentos e regras impostos no edital deverão ser rigorosamente cumpridos, sob pena de nulidade por violação à legalidade e publicidade.

Nesse sentido, é importante frisar que tal princípio é essencial e sua inobservância enseja nulidade do procedimento. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, que possa prejudicar o candidato ou favorecer alguns em detrimento de outros, além de dar segurança e certeza aos interessados do que pretende a Administração Pública com tal procedimento (DI PIETRO, 2011, p. 381).

No mais, busca evitar qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. Dessa forma, o agente público que não observar o princípio em comento, na execução do certame público, ficará sujeito à aplicação da Improbidade Administrativa (DI PIETRO, 2011, p. 381).

O princípio da publicidade, também é de grande relevância para a Administração, visto que atribui à mesma o dever da ampla divulgação dos atos administrativos para que os cidadãos tomem conhecimento dos atos administrativos possibilitando-lhe o acesso por parte dos administrados (ALBUQUERQUE, 2014).

Portanto, quanto aos certames públicos não são diferentes, pois a publicidade é essencial para dar conhecimento aos administrados da existência de determinado concurso público sob pena de nulidade, por ausência de publicidade.

2.4 Concurso público pós Constituição de 1988

O instituto do concurso público é um procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. O concurso público é requisito básico para garantia da impessoalidade, moralidade e isonomia no acesso aos cargos públicos, de provas ou de provas e título, uma vez que os critérios de seleção são objetivos, e impede qualquer espécie de privilégio ou discriminação indevida (CARVALHO, 2016, p.759).

Os certames públicos alteraram significativamente após a Constituição de 1988. A reabertura democrática e a convocação de uma assembleia constituinte, somadas às crescentes críticas da opinião pública, devido abusos cometidos no regime de 1969 em matéria de funcionalismo, contribuíram para o enrijecimento dos critérios de admissão de servidor (REZENDE, 2009, p.12).

O anteprojeto da Comissão Afonso Arinos estabelecia que a admissão no serviço público, sob qualquer regime, dependeria de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, assegurado o acesso funcional na carreira (REZENDE, 2009, p.12).

Portanto, de um lado possibilitava a figura do acesso aos cargos públicos, de outro, estabelecia a necessidade de aprovação nos certames públicos como requisito para o ingresso no serviço público “sob qualquer regime”, não apenas o estatutário.

A Comissão da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), porém, não avançou muito, se comparado ao anteprojeto. O Projeto de Constituição “A” da Comissão de Sistematização, votado em primeiro turno pelo Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, estabelecia em seu art. 45, § 1º, que a investidura em cargo ou emprego público, sob qualquer regime, dependeria de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (REZENDE, 2009, p.12).

Para mais, o art. 47 do projeto de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assim como ocorrera nas Constituições de 1946 e 1967, conferia estabilidade aos servidores da Administração direta e indireta das três esferas da federação que contassem pelo menos cinco anos de serviço público, salvo os ocupantes de cargos de livre nomeação e exoneração (REZENDE, 2009, p.12).

Ademais, o Projeto “B”, contendo o texto levado à discussão e votação em segundo turno, em julho e agosto de 1988, estabelecia, em seu art. 38, II, concurso público apenas para a primeira investidura em cargo ou emprego público, conferindo estabilidade aos admitidos sem concurso há mais de cinco anos ininterruptos, exceto no âmbito da administração fundacional (REZENDE, 2009, p.13).

Durante a discussão do Projeto “B”, foi apresentada pelo Senador José Paulo Bisol, a Emenda nº 736, com intuito de suprimir o termo “primeira” do art. 38, II. Tal emenda recebeu parecer favorável, tendo sido aprovada na votação de segundo turno. A justificativa da alteração diz respeito a interpretação que palavra “primeira”, ocasionava, pois, dessa forma, permitiria o ingresso no serviço público através de certame público para carreiras, cujas exigências de qualificação profissional fossem mínimas como mero trampolim para, por mecanismos internos muitas vezes escusos, se atingir cargos mais especializados (REZENDE, 2009, p.13).

Assim, se não fosse alterado o projeto, nada impediria que alguém ingressasse no concurso público em uma função “x”, onde não há grande concorrência, para, posteriormente apossar de outro cargo de elevada posição e complexidade.

Diversas emendas foram propostas para alterar a redação do art. 22 do ADCT, para excluir a exigência de ininterruptão dos cinco anos (Emenda nº 69, 259, 739, 1.213), como para tornar efetivos os servidores beneficiados (Emenda nº 662), ou mesmo incluir no rol de estáveis os servidores das fundações (Emendas nº. 69, 259, 1.074). Todavia, o parecer do Relator foi pela rejeição de todas elas (REZENDE, 2009, p.13).

Portanto, o texto aprovado, fruto da junção de várias emendas promovida por acordo de lideranças e que veio a constituir o art. 19 do ADCT da Carta de 1988, incluiu, contudo, entre os beneficiados com a estabilidade anômala, os servidores não concursados das fundações públicas (REZENDE, 2009, p.13).

Desta feita, o artigo 19 estabeleceu que os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos

cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, passariam a ser estáveis no serviço público. No mais, o § 1º estabelece que o tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

Porém, o § 2º do artigo 19 dispõe que a exceção do referido artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não computará para os fins do caput deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

Além do mais, o disposto no artigo 19 não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei. Já no que diz respeito ao texto normativo da Constituição, restaram aprovadas algumas disposições relativas à admissão de pessoal, no Capítulo referente à Administração Pública.

Dessa forma, o art. 37 estabeleceu a obrigatoriedade da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes submeter aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade. No mais, estabeleceu a necessidade, para preenchimento dos cargos públicos, pelos brasileiros de cumprir os requisitos estabelecidos em lei, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão que é de livre nomeação e exoneração. O prazo de validade dos concursos públicos ficou estabelecido para 2 anos, podendo ser prorrogado por igual período uma única vez.

Por conseguinte, durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, o candidato 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.

Quanto aos cargos em comissões e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nas condições estabelecidas em lei. Assim sendo, ficou estabelecida, também, a necessidade de reserva de percentual das vagas às pessoas portadoras de deficiência, definindo-se os critérios de sua admissão.

Cabe destacar, também, que nos casos excepcionais e por prazo determinado, poderão ocorrer contratações temporárias para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público.

No entanto, restou estabelecido que a inobservância da necessidade de prévia aprovação em concursos públicos e ao prazo de validade dos concursos, implicará em nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Por fim, quanto ao disposto nos ADCT relativo à estabilidade dos servidores sem concurso e, sobretudo pelo temor de que a nova ordem deixasse de resguardar a situação dos não-concursados já admitidos, foi intensa a atividade legiferante de câmaras municipais e assembleias legislativas estaduais no sentido conceder estabilidade a servidores nessas condições (REZENDE, 2009, p.14).

Porém, para evitar que a ação do legislador tornasse letra morta os limites que estatuiu a estabilidade excepcional, o Constituinte de 1988, no art. 18 do ADCT, determinou a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de quaisquer esferas, editados a partir da instalação da ANC, que tivessem por objeto a concessão de estabilidade a servidores admitidos sem concurso público, tanto da Administração direta como indireta (REZENDE, 2009, p.14).

Com isso, As constituições estaduais aprovadas após 1988 também procuraram elastecer a hipótese de estabilidade excepcional, todavia, a Corte Suprema não admitiu, declarando a inconstitucionalidade de tais previsões (REZENDE, 2009, p.14).

Por todo o exposto, nota-se a essencialidade do instituto do concurso público no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que este tem por objetivo assegurar a todos que atenda as exigências preestabelecidas, a possibilidade de ingresso aos cargos públicos sem que haja parcialidade, discriminação favorecimento pessoal e até mesmo nepotismo. Porém, ainda é necessário um avanço legislativo, a fim de vincular à Administração a agir de maneira mais democrática quanto à nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos.

3 PODER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO QUE CONCERNE À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO

Anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, a doutrina e jurisprudência anunciavam quase por unanimidade, que o candidato aprovado em concurso público, dentro e fora do número de vagas não possuía direito subjetivo à nomeação, ficando a cargo do Poder Público decidir de forma discricionária o provimento ou não dos cargos públicos.

Porém, após a promulgação da Constituição vigente, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da nomeação de candidatos aprovados em concurso público começaram a evoluir.

Nesta conjuntura, várias teses começaram a surgir a fim de defender o direito subjetivo dos candidatos aprovados dentro do número de vagas e a consequente obrigatoriedade da Administração Pública nomeá-los nos respectivos cargos.

Nesse deslinde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº.15 de 13 de dezembro e 1963, anterior à Constituição de 1988, afirmando que: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”. (ARAÚJO, 2009, p. 87).

Desta feita, a Suprema Corte adotou entendimento de que a nomeação se tornaria um direito subjetivo do candidato somente nos casos de preterição da ordem classificatória, o que significa dizer, que o direito à nomeação só surgiria se o Poder Público nomeasse outro candidato para o cargo sem observância da ordem classificatória, fora disso, o candidato não possuía direito à nomeação, mas tão somente mera expectativa de direito, considerando discricionário o poder de nomeação da Administração, no que diz respeito a candidatos aprovados dentro e fora do número de vagas (ARAÚJO, 2009, p. 87).

Destarte, os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital possuíam o direito de não serem preteridos da ordem classificatória, hipótese em que, ocorrendo nomeação a candidatos ilegítimos, o preterido passaria a ter direito subjetivo ao cargo.

Portanto, nas demais situações permanecia apenas uma expectativa de direito, cabendo ao Poder Público decidir, por conveniência e oportunidade, a nomeação ou não dos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital.

Pertinente trazer à baila, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, (1991, p.76) no que se refere ao direito à nomeação, nos casos de preterição da ordem classificatória, dispondo que:

Não é exato supor-se que o candidato aprovado em concurso tem, apenas, como habitualmente se diz, unicamente o direito a não ser preterido. Na verdade, tem direito a ser nomeado, quando preterido, o que é coisa diversa. Com efeito, uma coisa é ter direito meramente de impedir ou anular nomeação efetuada com preterição de concursado aprovado e outra coisa é ter direito de obter, para si, a nomeação, por ter sido preterido. E mais adiante: [...] não é preterição que determina o direito à nomeação, mas o que se encontra subjacente à preterição, isto é, a definição, pelo Poder Público, do momento havido como oportuno para preencher o cargo.

Portanto, Mello entende que há diferença entre o direito a não ser preterido com o direito de obter para si o cargo. Além do mais, afirma o autor que a preterição não é a grande responsável pelo direito à nomeação, pois é o momento escolhido pela Administração para preencher os cargos vagos que determina o direito do candidato à nomeação.

Porém, data vênia, ao que parece a preterição seria a causa, dá qual surge como efeito, o direito à nomeação do candidato preterido da ordem, pois esse direito, em entendimento anterior à Constituição, só surgiria após ocorrer o descumprimento da ordem classificatória, fora isso, todos os aprovados possuíam apenas expectativas de direito.

Insta salientar, também, que antes da promulgação da Constituição de 1988, além do entendimento jurisprudencial supracitado, em outros pronunciamentos do STF, até mesmo anterior à súmula 15, houve decisões reconhecendo o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas, nos casos de previsão em lei ou regulamento que preverem prazo para o Poder Público proceder o provimento dos cargos vagos (ARAUJO, 2009, p. 88).

Nessa linha de raciocínio, o Recurso Extraordinário RE 64.798, assim dispunha: “A discricção do Poder Executivo no prover dos cargos administrativos existe, salvo quando a lei ou regulamento marcam prazo para o provimento. Direito líquido e certo à nomeação.” (Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, publicado em 21/08/1968) (ARAUJO, 2009, p. 88)

Neste deslinde, conclui-se que anterior à promulgação da Carta Constitucional de 1988, o direito subjetivo à nomeação era reconhecido se houvesse preterição na ordem de classificação e nos casos de prazos previamente estipulados em lei ou regulamento para o provimento dos cargos vagos.

3.1 Poder discricionário da Administração Pública

A Administração Pública para bem cumprir seu papel determinado pela Constituição Federal de 1988, goza de algumas prerrogativas, dentre elas cita-se o poder discricionário para a práticas de determinados atos administrativos, em que estará presente a conveniência e oportunidade.

Nesta lógica, no que concerne ao provimento de cargos públicos, a Administração Pública em vários momentos faz uso da prerrogativa da discricionariedade.

Assim, no momento de divulgar a realização de um certame público, de decidir se conterà o famoso cadastro de reserva no edital, bem como, no momento em que se computam os cargos vagos, frente a necessidade de serviço de cada órgão, a Administração Pública faz uso do poder discricionário a ela conferido.

Nesta baila, somente o Poder Público é apto a decidir o momento conveniente e oportuno para a realização de um certame público e o contingente de pessoas que estarão capacitadas a ser nomeadas para prestar os serviços públicos, em atenção ao princípio da eficiência.

No entanto, a principal polêmica diz respeito ao momento posterior à realização do concurso e a classificação dos candidatos, isto é, o momento da nomeação. Assim, surge a dúvida se o ato de nomeação é ou não discricionário.

Nessa seara, José Augusto da Costa Lima (2016, p. 6) pontua que:

Após a realização do concurso, a administração se vincula às vagas anunciadas, as quais deverão ser preenchidas, a bem da continuidade do próprio serviço público. Inclusive, um requisito para o início do concurso público é a disponibilidade orçamentária para a contratação dos aprovados. O estudo de impacto orçamentário deve preceder a publicação do edital do concurso, inclusive para instruir a decisão pela necessidade ou não de abertura de novas vagas, bem como para prover o orçamento anual com a contratação e remuneração dos novos contratados. [...] Portanto, uma vez surgidas as vagas a serem providas, seja por criação ou vacância, durante o prazo de validade de um concurso público e havendo candidatos aprovados em cadastro de reserva, estes adquirem o direito líquido e certo à nomeação. Isto pela inteligência do art. 37, II e IV da Constituição, e em atendimento aos princípios da eficiência, da vinculação ao edital, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé.

Dessa forma, José Augusto entende que após a realização do concurso público, a Administração estará vinculada as vagas anunciadas, bem como, havendo aprovados, e

necessidade de provimento dos cargos, o Poder Público é obrigado a nomear os classificados, dentro do prazo de validade do concurso, por se tratar de um direito subjetivo dos aprovados.

Por outro lado, insta salientar que por mais que exista divergência entre doutrinadores se há ou não discricionariedade da Administração, no que tange à nomeação, é certo que, alguns atos dos certames públicos a Administração tem a prerrogativa de fazer uso da discricionariedade e essa prerrogativa pode acabar interferindo no resultado final de provimento ou não dos cargos públicos.

Uma série de questões administrativa motiva o surgimento de cargos vagos a ser preenchidos, dentre elas cita-se a exoneração, a demissão, a promoção, a anulação do ato de investidura, o falecimento de um servidor, a aposentadoria, a readaptação ou mesmo a posse de um servidor para outro cargo inacumulável.

Para que a Administração dê início a abertura de um concurso público, é necessário um estudo do impacto orçamentário, da existência ou não de cargos vagos, da necessidade de provimento imediato dos cargos vagos, da prefixação de datas para publicação do edital de convocação, com descrição de todas as exigências e formalidades exigidas, prazo de validade do concurso público, dentre outras exigências. Todos esses atos, ao que parece, trata-se de atos discricionários do Poder Público, já que a Administração poderá fazer uso da prerrogativa da discricionariedade para agir de maneira conveniente e oportuna.

No mais, o prazo de validade do concurso público, determinado pela Administração é ato discricionário, que poderá interferir na nomeação do candidato, pois, para se falar em direito subjetivo do candidato aprovado e classificado há que observar se o concurso ainda se encontra vigente ou se já expirou seu prazo.

Somente na vigência do prazo de validade é possível questionar o direito do candidato à nomeação, com isso, passado o prazo de 120 dias após o vencimento, sem questionamento judicial da omissão administrativa, ocorrerá a caducidade, não podendo mais exigir a nomeação, por meio do remédio constitucional do mandado de segurança. O mais correto é entrar após o vencimento do edital, pois se entrar com Mandado de segurança preventivo, o Poder Público pode alegar que não houve violação ao direito do candidato, já que o prazo de validade não se expirou (LOPES, 2011, n. p.).

Assim, afirma Alexandre Lopes (2011, n. p.) que o ideal é impetrar o mandado de segurança dentro de 120 dias após o vencimento do prazo, porque neste caso a violação ao direito líquido e certo do candidato que não foi convocado. Passado o prazo de 120 dias após, não cabe o referido remédio constitucional, devido a caducidade do direito. Por outro lado, o

autor afirma que, a despeito de não caber mais o *Writ*, caberá ação ordinária até cinco anos após a expiração do prazo de validade do concurso público. Porém, tal entendimento é minoritário.

Deste modo, a determinação do período de tempo do prazo de validade é ato discricionário (dentro dos dois anos), haja vista que se concede ao administrador a prerrogativa de analisar a situação do ente de que é responsável, na busca de organizar da melhor forma o cronograma de provimento dos cargos com necessidade de preenchimento. Do contrário, a aprovação nos certames demandaria imediata nomeação dos aprovados (SILVA, 2010, p. 256).

Sobre discricionariedade da Administração nos certames públicos, põe-se manifesto a abordagem do autor:

É, portanto, possível conciliar a necessidade de provimento das vagas com a discricionariedade concedida para o momento de sua ocorrência, até porque, no âmbito do que discutido, a previsão de vagas demonstrará a necessidade, e a discricionariedade indicará apenas em que momento ela (a necessidade) deverá ser satisfeita. Em outras palavras, o prazo de validade é o período de tempo que a Administração considera necessário para, efetivamente, atender aos reclamos de seu quadro de pessoal, e a estipulação de vagas é a garantia para o atendimento desses reclamos. (SILVA, 2010, p. 256).

Em face deste cenário, é indiscutível a existência da discricionariedade por parte do administrador, nos certames públicos em determinados atos, principalmente em relação ao prazo de validade do concurso público e a possibilidade de sua prorrogação, desde que respeite o prazo máximo estipulado por lei, de dois anos, podendo ser prorrogado uma única vez por igual período.

Assim, como discutido por (SILVA, 2010, p. 256), a previsão de vagas demonstrará a necessidade de pessoal para compor os quadros de pessoal, em busca da eficiência no serviço público, mas, o momento para preenchimento dos cargos vagos é escolhido pela própria Administração, até porque, seu administrador é que tem ciência do momento exato em que deve haver o provimento dos respectivos cargos vagos.

Portanto, para que possa falar em direito subjetivo há uma série de elementos a serem considerados para tal fim, tais como, a aprovação e classificação do candidato, cargos vagos, vigência do prazo de validade do concurso, necessidade de provimento dos cargos vagos, contratação precária de servidores por parte da Administração Pública ou mesmo preterição

da ordem classificatória. Contudo, essas duas últimas hipóteses, hodiernamente não vem sendo tão exigidas para fins considerar a existência de um direito subjetivo do candidato.

Atualmente, existem diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais explicitando acerca do direito subjetivo do candidato à nomeação nos casos de aprovação dentro do número e vagas e do prazo de validade do concurso público.

Todavia, há resistência por parte do Poder público no que tange a tal entendimento, já que a Administração Pública, por meio de seus representantes entende que tem a prerrogativa da discricionariedade de decidir sobre o momento oportuno dessa nomeação, dentro do prazo de validade do concurso público.

3.2 Interferências do Poder Judiciário nos atos discricionário da Administração Pública

A Administração Pública para bem desempenhar suas funções goza de determinadas prerrogativas, já que a lei não consegue prever todas as situações que os administradores terão que enfrentar para desempenhar as funções públicas. Por tais motivos, em determinados casos a própria lei confere aos agentes estatais certa margem de independência no momento de tomar algumas decisões.

Assim, o próprio agente elegerá a situação fática geradora da vontade, permitindo, deste modo, maior liberdade de atuação, dentro dos limites legais e, desvinculando de qualquer situação de fato prevista em lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, gerando assim, um ato administrativo discricionário (CARVALHO FILHO, 2012, p. 118).

É importante levar em consideração o tipo de situação por força da qual o ato é praticado e o motivo do ato classifica-se em motivo de fato ou de direito. Motivo de fato é a situação descrita no mundo empírico, que não encontra previsão na lei. Motivo de direito é a situação de fato prevista em norma legal como ensejadora da vontade administrativa. Se o motivo for de fato, o agente o praticará atendendo a critério de caráter administrativo, por conveniência e oportunidade. Por outro lado, se a situação já encontra delineada em lei, o agente atua de forma vinculada, apenas como executor da lei, o que caracteriza, desse modo em um ato vinculado (CARVALHO FILHO, 2012, p. 118).

Desta feita, o controle desses atos por parte do Poder Judiciário se faz necessário muita cautela, já que os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo são independentes e harmônicos entre si, nos termos da Constituição, não podendo haver interferências desnecessárias. O controle de mérito consiste no “[...] exame dos critérios de oportunidade e

conveniência estabelecidos pelo administrador nos atos discricionários [...]” (SILVA, 2010, p. 330).

Alguns anos atrás, no que tange ao mérito do ato discricionário, vários doutrinadores entendiam que não cabia interferência do Poder Judiciário alvo análise de sua legalidade. Tais entendimentos se davam com base no princípio da separação dos poderes, de forma que, a verificação das razões de conveniência e oportunidade dos atos administrativos não faziam parte do controle do judiciário (DI PIETRO, 2016, p. 260).

Todavia, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminado¹ e a sua aceitação como conceito jurídico e constitucionalização dos princípios administrativos permitiram que o Judiciário passasse a examinar e adentrar em aspectos considerados de mérito (DI PIETRO, 2016, p. 260).

Assim, após a Constituição de 1988, a jurisprudência e a doutrina vêm se manifestando contra a ideia da afastabilidade de controle, por parte do Judiciário, no que tange o controle de mérito do ato administrativo, para que o Judiciário possa analisar de forma democrática o mérito do ato administrativo quando eivado de abuso de poder e ilegalidade.

Em outros termos, a ampliação da legalidade e sua subdivisão para legalidade em sentido estrito e legalidade em sentido amplo vêm reduzindo a discricionariedade da Administração Pública, conseqüentemente, vem ampliando o controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados de méritos e portanto, inapreciável pelo Poder Judiciário. O que não significa dizer que a discricionariedade foi abolida (DI PIETRO, 2016, p. 261).

Destarte, anteriormente o judiciário se recusava diante dos aspectos discricionários do ato, a exercer o controle de mérito, sem se preocupar se a Administração havia respeitado os limites impostos por lei, levando o juiz a acolher como correta a opção escolhida pelo Poder Público.

Hodiernamente, o Judiciário não pode se escusar de analisar o mérito de ato administrativo, alegando tratar-se de matéria insuscetível de controle, já que o Juiz é obrigado a interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido, só após isso, é que poderá

¹ Conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em largas medidas incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamando de núcleo conceitual. Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto a aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de zona de incerteza ou halo conceitual. Apenas quando essa zona conceitual tiver grande amplitude é que o conceito jurídico poderá ser qualificado de indeterminado. (v. LUIZA BARROS ROZAS, Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, 2006, p.2. Disponível em [http://<jus.com.br>](http://jus.com.br)Acesso: 04 de abril de 2018)

concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções para o Poder Público (DI PIETRO, 2016, p. 262).

Por conseguinte, as decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, desproporcionalidade, irrazoabilidade, inexistência de motivação ou infringência à moralidade administrativa, não estão controlando o mérito, mas sim a legalidade do ato.

Nestes termos, no que concerne aos concursos públicos, o Poder Público goza de discricionariedade quanto ao momento de escolha para nomeação do candidato, diante da conveniência e oportunidade, desde que o faça dentro do prazo de validade do concurso, podendo, contudo, ter seus atos apreciados pelo Judiciário, a fim de analisar a legalidade desses.

3.3 A obrigatoriedade da Administração Pública nomear e empossar candidatos aprovados em concurso público

A nomeação em concurso público durante muitos anos foi considerada apenas expectativa de direito, conseqüentemente, a Administração não tinha obrigação de nomear e empossar os candidatos aprovados, o que se dava apenas, por conveniência e oportunidade.

As arbitrariedades reinavam no campo da nomeação de candidatos aprovados, já que a Administração ofertava vagas no edital, candidatos se preparavam, mas, muitas das vezes, sequer eram convocados a tomar posse dos respectivos cargos, nem mesmo poderiam recorrer ao Judiciário, a fim de pleitear a nomeação, pois, prevaleciam entendimentos, inclusive jurisprudenciais, de que a nomeação gerava apenas expectativa de direito. Considerando assim, não há que se falar em obrigatoriedade de nomeação por parte do Poder Público.

Corroborando com isso, José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 668) comenta:

No que toca à aprovação em concurso, o entendimento clássico era de que esse fato não gerava o direito à nomeação do candidato aprovado, refletindo mera expectativa de direito. Coerente com essa linha de pensamento, dispositivos constitucionais que garantiam o direito à nomeação foram declarados inconstitucionais com fundamento em que, pela Constituição Federal, era a lei ordinária, de iniciativa do chefe do Executivo, e não a cartas estaduais, o instrumento adequado para criar normas sobre regime jurídico dos servidores (art. 61, §1º, II, c, CF). Não obstante, conforme deixamos consignados em edições anteriores, os tempos atuais estavam a reclamar a inversão desse postulado. Se o edital previu determinado número de vagas, a Administração fica vinculada a seu

provimento, em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções.

Logo, resta claro que, com a evolução da doutrina e da jurisprudência no que tange à nomeação, resta evidente o direito subjetivo do candidato a ser nomeado ao cargo e a obrigação da Administração convocá-lo a tomar posse, já que encontra vinculada às disposições previstas no edital.

Se houver previsão de vagas e respectivos aprovados, o Poder Público é obrigado a nomeá-los, salvo ocorrência de circunstâncias imprevisíveis que a impeçam, pois a discricionariedade da Administração se limita à escolha do momento, dentro do prazo de validade do concurso para providenciar à nomeação, não estendendo a discricionariedade ao ato de nomeação, já que este é vinculado.

Portanto, caso a Administração não aja de tal modo, dentro do prazo de validade do concurso, nem tampouco prorrogue o prazo, o candidato pode exigir a nomeação após o vencimento do prazo de validade, isto é até 120 dias após o vencimento do prazo de validade do concurso, podendo impetrar mandado de segurança exigindo a nomeação. Porém, passado esse prazo o candidato perde o direito ao respectivo cargo ante a caducidade, já que seu direito se perde com o passar do tempo, por não ser imprescritível.

Neste deslinde, (QUADROS; SANTANA, 2016, n. p.) preconizam:

Logicamente, o candidato aprovado em concurso público, até o esgotamento do prazo de validade, possui mera expectativa de direito, uma vez que compete exclusivamente à Administração Pública analisar a classificação, as vagas ofertadas e os critérios de oportunidade e conveniência para nomeação. No entanto, essa mera expectativa de direito se converte em direito líquido e certo quando a aprovação se dá dentro do número de vagas ofertadas e a nomeação não ocorre dentro do prazo de validade do certame. Repetimos, o direito líquido e certo surge após esgotamento do prazo de validade do concurso.

Não obstante, quanto ao entendimento dos autores supracitados, parece mais acertado dizer que o direito subjetivo surge após a aprovação dentro do número de vagas ofertadas pela Administração Pública, mas se torna exigível, isto é, líquido e certo após o vencimento do prazo sem a efetiva nomeação, ou nos casos de preterição da ordem de classificação e nos casos de contratação precária por parte da Administração Pública.

O fato de a Administração ter a prerrogativa de escolher por conveniência e oportunidade o momento de nomeação do candidato, não significa dizer que o candidato

tem apenas expectativa de direito. Isso não se confunde. De fato, há um direito subjetivo do candidato que se torna exigível a partir da comprovação de ilegalidade ou abuso de poder por parte do administrador (QUADROS; SANTANA, 2016, n. p.).

Por outro lado, no que concerne à obrigação do Poder Público nomear os aprovados, outra discussão se coloca em pauta, que diz respeito à questão orçamentária. Assim, no momento em que a Administração torna público um edital, pressupõe-se que houve um prévio estudo orçamentário com base na quantidade de vagas ofertadas, com a vacância dos cargos e nos gastos que o Poder Público terá com o processo de seleção.

Destarte, se há necessidade de servidores para preencher o quadro de pessoal da Administração Pública, e se houve um estudo prévio a fim de avaliar a necessidade com a possibilidade financeira do Poder Público, e finalmente decidiram pela realização do certame, com aprovação de candidatos dentro do número de vagas ofertadas, é evidente a obrigação de nomear os candidatos aprovados, tendo em vista que foram superadas todas as questões burocráticas que precedem o processo de seleção.

Desta feita, após a disponibilização das vagas com a consequente aprovação de candidatos, não há que se falar em impeditivo orçamentário para o não provimento dos cargos vagos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal exige prévio estudo da capacidade de financeira do ente para a realização de atos administrativos que demandam despesas, o que faz presumir nos concursos públicos, que a Administração tem necessidade de pessoal e condições suficientes para o provimento dos cargos vagos (QUADROS; SANTANA, 2016, n. p.).

É comum a Administração Pública motivar suas decisões de não nomear candidatos aprovados, a existência de limites prudencial de despesas com pessoal, prevista no artigo 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal, já que essa prevê no referido artigo, em seu parágrafo único que se a despesa total com pessoal exceder a 95% do limite, são vedados, à Administração dentre outros, o provimento de cargos públicos, admissão ou contratação de servidores, salvos nos casos de vacância por aposentadoria ou falecimento de servidores nas áreas de saúde, educação e segurança.

Todavia, essa motivação é infundada e descabida após a realização do certame público, pois para que haja um concurso público a Administração é obrigada a realizar prévio estudo orçamentário e, se não há condições financeiras, o melhor e o mais acertado ato é não abrir um procedimento de seleção, sem que haja condições para respectiva nomeação de candidatos, até porque, a abertura de concurso acarreta enormes gastos à

Administração Pública e, o não provimento dos cargos ofertados aumentaria ainda mais o ônus ao próprio erário, já que recursos públicos serão gastos sem alcançar a finalidade pretendida (QUADROS; SANTANA, 2016, n. p.).

Por conseguinte, a publicação do edital faz presumir que o Poder Público fez um estudo prévio, prevendo os possíveis impactos orçamentários que possam acarretar. E, na hipótese de impossibilidade, ante a necessidade de compor o quadro de pessoal, o administrador pela demanda deveria/poderia determinar providências necessária antecipadamente, a fim de sanar o problema detectado, como, por exemplo, requerer crédito suplementar.

Por outro lado, o tempo para retificação do ato de incongruência orçamentária é suficiente na maioria dos casos, visto que, da publicação do edital até a respectiva nomeação, anos se passam, o que em tese, provavelmente seriam suficientes para correção da referida incongruência orçamentária.

Entretanto o planejamento deve ser iniciado antes mesmo da divulgação do edital e, nos casos de impossibilidade orçamentária, o melhor a se fazer é não dar início ao procedimento, pois, do contrário, enormes prejuízos serão acarretados e, possivelmente os aprovados não tomarão posse nos respectivos cargos, além da possibilidade de o administrador incorrer em crime de responsabilidade.

Ante o exposto, o ingresso aos cargos públicos é um direito do cidadão no Estado Democrático de Direito e permite o exercício da cidadania em sua plenitude. Esse direito é consequência de uma intensa luta pela construção de um Estado Democrático, por isso, não se pode permitir tamanhas arbitrariedades por parte dos administradores públicos que se omite a nomear os aprovados em concurso público no prazo de validade, sendo necessária intervenção do Poder Judiciário para correção dessas práticas arbitrárias.

4 O DIREITO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO

Os candidatos aprovados em concurso público possuíam apenas expectativa de direito no que tange à nomeação durante o prazo de validade do mesmo. Todavia, se o cargo fosse preenchido sem a observância da classificação, o candidato aprovado preterido adquiriria o direito subjetivo, tornando-se líquido e certo a sua efetiva nomeação ao cargo.

Porém, a Norma Constitucional de 1988 estabelece que, “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”.

Entretanto, o entendimento do Judiciário era no sentido de que o candidato aprovado em concurso público tinha tão somente mera expectativa de direito à nomeação, durante o prazo de validade do concurso público. Mas, a partir do julgamento pelo STF do REx nº 598.099-MS, o entendimento da Suprema Corte mudou substancialmente (FONTANELLI, 2016, n. p.).

Nesse sentido, afirmam (QUADROS; SANTANA, 2016, n. p.) que:

Quanto à discricionariedade, no que tange à nomeação, a celeuma jurídica já fora há muito ultrapassada. Houve um tempo em que se dizia que os aprovados dentro do número de vagas não possuíam direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito. Todavia, o STF colocou uma pá de cal no tema no ano de 2011.

Sendo assim, a tese da discricionariedade da Administração Pública, no que tange à nomeação encontra-se superada, devidos entendimentos jurisprudenciais da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, não significa que todos os candidatos aprovados nos certames públicos obrigatoriamente deverão ser nomeados.

Pois, ainda existe margem de discricionariedade por parte do Poder Público no que concerne à nomeação; porém, os entendimentos jurisprudenciais são um avanço e demonstram possibilidades do candidato pleitear sua nomeação, embora muitas vezes sem êxito.

Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento em que realizará a nomeação, contudo, não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual de acordo com o edital passa a

constituir um direito do aprovado, e um dever imposto ao poder. Publicado o edital com o número específico de vagas, o ato da Administração que declara os aprovados gera o direito adquirido do candidato, bem como o dever do poder público em prover aquela nomeação.

Dessa forma, dispõe a jurisprudência do STF *Apud* (FONTANELLI, 2016, n. p.):

[...] O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

Assim, o entendimento que prevalecia anteriormente é inadmissível no Estado Democrático de Direito que, tem dentre outros fundamentos a dignidade da pessoa humana, pois não parece nada razoável a um cidadão que, ao tomar conhecimento da existência de concurso público aberto para preenchimento de vagas, deposita sua confiança ao Estado Administrador, dedica aos estudos preparatórios para o respectivo cargo, para se ver obrigado a tolerar justificativa infundada do poder público, de que não irá nomeá-lo por mera conveniência e oportunidade.

Portanto, o Judiciário vem agindo corretamente ao impor limites ao poder discricionário da Administração Pública, até porque esse não é absoluto; deve respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos e, principalmente, o princípio da segurança jurídica como princípio da proteção à confiança.

4.1 Da mera expectativa de direito do candidato aprovado em concurso público

A aprovação em concurso público gera diversas dúvidas aos candidatos, principalmente, no diz respeito à obrigatoriedade ou não de Administração Pública nomear e

empossar os aprovados nos respectivos cargos ofertados no edital. Essa dúvida tem levantado diversos questionamentos e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

A mera expectativa de direito pode ser considerada um dos mais tradicionais postulados no ordenamento jurídico brasileiro, que eventualmente, vem à tona para caracterizar a situação jurídica dos candidatos aprovados em concurso público, dentro ou fora do número de vagas disponíveis no edital (SILVA, 2010, p. 246).

Durante muito tempo, a doutrina e a jurisprudência têm firmado entendimentos a respeito da reiterada ideia de que a Administração Pública não possuía obrigatoriedade de nomear os aprovados em concurso público, por se enquadrar no agir discricionário do administrador, que, por conveniência e oportunidade, poderia escolher o exato momento para o provimento dos cargos públicos.

Prevaleciam entendimentos de que as autoridades administrativas poderiam ou não preencher, a seu exclusivo interesse os cargos vagos disponibilizados, com base unicamente no seu juízo de conveniência e mera oportunidade, afirmando que, os interesses da Administração Pública devem ser atendidos à medida que lhe surja a vontade.

Logo, em defesa a essa tese, não há que se falar em direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas, pois de forma hierárquica e volitiva a Administração Pública, em face dos seus interesses superiores, pode agir com a discricionariedade no que tange ao provimento dos cargos públicos.

Nesse sentido, a Ministra Meirelles (*apud* Silva 2010, p.246) tem o seguinte entendimento:

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

Assim, a Ministra Meirelles coaduna do entendimento de que a aprovação em concurso público não confere ao aprovado o direito subjetivo à investidura no respectivo cargo, para o qual foi aprovado, tendo apenas expectativa de direito.

Seguindo a mesma linha de entendimento, Cretella Júnior *apud* Silva (2010, p. 247) aduz:

Depois de realizado o concurso, a Administração não é obrigada a nomear os aprovados e classificados, pois o poder público é o único juiz da oportunidade e conveniência da medida. Desse modo, os candidatos, mesmo aprovados e classificados, não têm direito líquido e certo à nomeação, mas apenas mera expectativa de direito.

Deste modo, resta evidenciado que prevalecia o entendimento tanto na doutrina como na jurisprudência que a aprovação em concurso público gerava apenas mera expectativa de direito, conseqüentemente, entendia que o Poder Público, no que refere ao provimento dos cargos públicos, possuía discricionariedade para nomear ou não os aprovados dentro do número de vagas previstas no edital.

Assim, a construção teórica em face da discricionariedade do administrador público, em relação à investidura dos aprovados, foi consolidada no sentido mais favorável à Administração, haja vista que a jurisprudência era pacífica no sentido de que, a aprovação em concurso público, gerava apenas expectativa de direito ao candidato (SILVA, 2010, p. 246).

Mas, essa mera expectativa de direito poderia se converter em direito líquido e certo, caso o candidato comprovasse a ocorrência de preterição na ordem classificatória, realizada pelo Poder Público; demonstração inequívoca de necessidade de pessoal, ou mesmo nos casos de contratação precária de pessoal por parte da Administração para preenchimento dos cargos ofertados no edital, cujo concurso realizado tenha tido aprovados que estariam aguardando a investidura no cargo (SILVA, 2010, p. 246).

Nestes casos elencados, a mera expectativa de direito, converteria em direito subjetivo à nomeação. Sendo que nessas hipóteses, restavam inequívoca a necessidade de preenchimento dos cargos vagos.

A preterição da ordem classificatória diz respeito a inobservância da classificação dos aprovados por parte do Poder Público, quando este, ao invés de convocar o aprovado em primeiro lugar, convoca, injustificadamente, o que encontra em segundo lugar.

Neste caso, conforme entendimento da Corte Suprema, súmula 15, o candidato prejudicado adquire direito líquido e certo ao respectivo cargo, podendo vir a impetrar mandado de segurança para garantir seu direito à investidura no cargo.

Já, a demonstração inequívoca de necessidade de pessoal, ocorre quando é nítida a necessidade de provimento dos cargos vagos para manter os parâmetros mínimos de atendimento a suas finalidades, recorrendo-se de abertura de novos concursos, tendo, entretanto, no período de validade do edital anterior, lista de candidatos aprovados, sem que tenha sido feita, qualquer nomeação dos que aguardam a convocação.

Por fim, a contratação precária de terceiros ocorre quando a Administração Pública recorre à contratação irregular de pessoal, para ocupação dos cargos vagos, ante a necessidade de preenchimento. A contratação é irregular, por ferir dispositivo constitucional, Já que a Constituição de 1988 exige, para preenchimento dos cargos públicos, prévia aprovação em concurso público, salvo nos casos de cargos ou função de confiança, hipótese que são, de livre nomeação e exoneração.

Excepcionalmente, a norma constitucional dispõe que, comprovada urgência, a Administração pode, de forma excepcional e temporária fazer uso de contratação de terceiros para ocuparem os cargos vagos. Mas, o que é exceção não pode ser regra. Logo, o Poder Público não pode, sem comprovação de urgência, fazer uso de contratação temporária para preenchimento dos cargos vagos, pois, se assim fizer, a contratação torna se precária, podendo ser revista pelo Judiciário. Dessa feita, ocorrendo qualquer das três hipóteses, nasce para o candidato o direito líquido e certo, consoante tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

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

[...] A ratio essendi de a contratação precária de terceiros fazer surgir o direito líquido e certo dos aprovados em concurso público à nomeação às vagas existente, decorre do fato de ela demonstrar a necessidade de pessoal para desempenho de determinada atividade administrativa.

4. Pela mesma razão de ser, a celebração de acordos de cooperação entre a União e Municípios, por meio do qual pessoas que são estranhas aos quadros da Administração Federal passam, sob a supervisão e controle da União, a exercer funções por lei atribuídas aos Fiscais Agropecuários Federal, faz surgir o direito à nomeação daqueles aprovados em concurso público para o aludido cargo, desde que comprovada a existência de vaga. 5. Demonstrado que a impetrante fora aprovada em concurso público para o aludido cargo, para o Estado de Santa Catarina, que seria a próxima a ser nomeada, bem como haver vaga desocupada, exsurge o direito líquido e certo à sua nomeação. 6. Ordem concedida. [...] (STJ, 2008, on-line)

Portanto, verifica-se que em 2009, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo direito líquido e certo da candidata aprovada no questionado concurso público, e que não houve sua devida convocação, já que o Poder Público fez uso de contratação precária de pessoal, para preenchimento do cargo vago, hipótese em o referido Tribunal retificou a conduta do Poder

Público, concedendo a ordem para que a candidata fosse convocada a tomar posse do cargo público para o qual fora aprovada.

Pelo exposto, a tese da mera expectativa de direito, vigorou por muito tempo na jurisprudência dos Tribunais Superiores, vindo a ser relativizada nos casos de irregularidade no provimento dos cargos públicos, devido a ocorrência de preterição da ordem classificatória, comprovação inequívoca de pessoal, ou mesmo nos casos de contratação precária por parte do Poder Público.

Nestes termos, o provimento dos cargos públicos, por parte do Poder Público, era reconhecido como uma discricionariedade da Administração, que, diante da conveniência e oportunidade poderia avaliar se convocaria ou não os aprovados, dentro do número de vagas ofertadas no edital, para o preenchimento dos cargos vagos. Todavia, conforme será demonstrado abaixo, essa tese já se encontra superada pelas evoluções jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

4.2 Do direito subjetivo à nomeação em cargos públicos

O direito à nomeação em cargos públicos, dentro de uma ótica menos refinada, acarreta na consciência dos candidatos, ávidos pela nomeação nos cargos públicos, uma confusão, que no intuito de salvaguardar seus interesses, buscam o auxílio do Poder Judiciário, a fim de se verem nomeados e empossados nos cargos, para os quais foram aprovados.

Atualmente, diante da evolução jurisprudencial, prevalece nos Tribunais Superiores o entendimento de que, a aprovação dentro do número de vagas ofertadas no edital do certame público, acarreta ao candidato o direito líquido e certo à perspectiva nomeação e posse ao cargo para o qual foi aprovado. Nesse sentido, o STF decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. II Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 2014, online)

Porém, a jurisprudência reconhece que, em contrapartida, ao direito subjetivo do candidato ao cargo ofertado no edital, a Administração, dentro do prazo de validade do concurso público, possui discricionariedade, no que tange ao momento do provimento do cargo público, ou seja, a aprovação do candidato lhe confere direito subjetivo ao cargo, hipótese em que a Administração torna-se vinculada à nomeação do mesmo, mas pode escolher o momento oportuno que para a investidura do candidato ao cargo para o qual foi aprovado.

A mudança no entendimento jurisprudencial, na prática, reconhece o direito do candidato à investidura no cargo público, hipótese em que, dentro do prazo de validade do certame público, caso venha comprovar a efetiva necessidade de provimento do cargo, ou mesmo, caso haja preterição na ordem classificatória, ou contratação irregular de terceiro, por parte do Poder Público, tem direito de recorrer ao Poder Judiciário para pleitear sua investidura sua investidura imediata ao cargo.

Outrossim, a referida evolução no entendimento dos Tribunais, também confere ao candidato aprovado em concurso público, o direito de, uma vez vencido o prazo de validade do certame público, sem que haja a devida nomeação do candidato, por parte da Administração, o mesmo pode, dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias, após o vencimento, impetrar Mandado de Segurança no Judiciário, pleiteando sua investidura (SILVA, 2017, n. p).

Até porque, sua aprovação acarreta direito líquido e certo ao provimento do cargo público. Assim, a omissão da autoridade responsável pela investidura do cargo configura ilegalidade, hipótese em que torna cabível a impetração do referido remédio constitucional. Mas, o reconhecimento do direito líquido e certo por parte da jurisprudência só se aplica aos candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas. Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

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

1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. 2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados,

gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes. 3. Recurso ordinário provido (STJ, 2008, on-line).

Neste tocante, é necessário destacar que, nos casos de concursos públicos, em que são disponibilizadas as regras para o futuro exercício do direito do candidato aprovado, presume-se que os integrantes da lista possuem legitimidade para pleitear a devida nomeação, embora possa se verificar, posteriormente, ser inverossímil essa presunção abstrata, nos casos de justificativa da omissão por parte do Poder Público (SILVA, 2017, n. p).

No tocante ao tema concurso público, a maior relevância jurídica paira sobre a figura do edital, que é o ato administrativo específico a se estudar, pois incumbe a essa figura de ato administrativo, dar a publicidade ao certame, e, de certa forma, será como um contrato entre as partes, pois, de um lado tem-se o particular, e, de outro, o Poder Público.

Além do edital, se faz importante a consulta às leis pertinente ao concurso, já que esse deve estrita obediência ao disposto em lei, as quais apenas indicam questões pontuais. Logo, as regras previstas no edital passam a reger os demais aspectos do concurso, a ser realizado.

Em sua maioria, a figura administrativa do edital trará a indicação do número de vagas disponíveis e a lista dos cargos oferecidos, com a quantidade de vagas especificada para cada cargo. Nesta hipótese, resta indiscutível, diante do atual ordenamento normativo, a construção da concepção, de que a Administração Pública, é vinculada ao esgotamento do provimento de todas as vagas oferecidas (SILVA, 2010, p. 251).

Partindo da presunção de legitimidade dos atos administrativos, pode se presumir inicialmente, que até prova em contrário, os conteúdos divulgados pelo ente público são verdadeiros e exprimem em totalidade, a necessidade informada no quesito as vagas abertas em disputas. Assim, se um edital lançado pela Administração abre tantas vagas para determinados cargos, conclui-se que Administração carece e dará futuramente provimento a esses cargos (SILVA, 2010, p. 251).

Neste ponto, insta salientar que a mera realização de qualquer certame público, restará em despesas para a sua realização, e por essa afirmativa, reforça a ideia que os fundamentos da realização do certame público devem ser claros e pautados pela necessidade de contingente. Uma vez que seria descabido a suposição de que o Estado praticou atos sem utilidades, tendo em vista que a atuação estatal, está vinculada às normas que proíbem a conduta pródiga com o erário público (SILVA, 2013, p. 251).

Desta feita, o simples anúncio da abertura de edital de um concurso público sinaliza claramente para a carência de pessoal por parte daquele setor do Poder Público.

Corroborando com essa mudança de entendimento, (CARVALHO FILHO, 2012, p. 673) expõe:

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

Logo, é por meio da menção ao número de vagas disponíveis, que a Administração Pública expressa a sua carência funcional em números, e por essa mesma razão, quantifica a referida necessidade atrelada a legitimidade de presunção de necessidade. O não preenchimento destes cargos, exclusivamente pela vontade do administrador, além de evidenciar a carência de funcionários implica na infringência ao princípio constitucional da eficiência, simplesmente pela lógica de que se falta funcionários faltará também qualidade no resultado final das demandas apresentadas.

O afastamento da ideia de discricionariedade, no que tange à nomeação dos aprovados, impõe-se dessa equação, a obrigatoriedade do efetivo provimento dos cargos, frente a necessidade da Administração. Assim, as circunstâncias denotam que o candidato aprovado dentro do número de vagas passa a ter o direito subjetivo ao provimento do cargo (SILVA, 2010, p. 253).

Respaldo pelo princípio da legalidade, o fundamento para a tese, reforça num sentido amplo, no de que as autoridades administrativas estão sujeitadas ao edital, e que esse mecanismo de controle, e de legal obrigatoriedade, é na verdade, um comando constitucional destinado a regular os concursos para o preenchimento de cargos e empregos públicos (SILVA, 2010, p. 253).

Portanto, se a Administração providenciou um certame público, com dispêndio de verbas para sua realização, com a necessidade de provimento, não faz sentido o Poder Público não empregar os aprovados aos cargos. Além do mais, a Administração deve absoluta subordinação às disposições legais, e, caso não providencie a nomeação do candidato e, posteriormente faz uso de contratação precária, estará agindo contra a lei, hipótese em que caberá o controle por parte do Judiciário para tanto.

Ademais, o simples transcurso do prazo de validade do edital, com sua eventual prorrogação, sem que haja convocação de candidatos por parte da Administração pública, importará na verificação lógica de que a necessidade era falsa, e o intuito da Administração era, por um lado, apenas lucrar às custas dos candidatos que pagaram as inscrições, ou de favorecer uma ou outra empresa que participaria da realização desse certame (SILVA, 2010, p. 254).

Logo, essa atitude da Administração Pública evidencia um verdadeiro desrespeito ao princípio da moralidade, sendo certo a suposição de que a proporcionalidade de inscritos nos concursos está diretamente ligada ao oferecimento de vagas, ou seja, quanto mais vagas forem disponibilizadas, maior será o número de candidatos. Ressalvando a probabilidade de que maiores serão as chances de aprovação (SILVA, 2010, p. 254).

A falta de nomeações injustificadas ou não fundamentadas por parte do Administrador, não o isenta o argumento da discricionariedade, implicando ao órgão administrativo a imputação de conduta antiética e desonesta, em total dissonância com os propósitos da moralidade administrativa (SILVA, 2010, p. 254).

Por outro lado, quanto a abertura de concurso público para cadastro de reserva, as controvérsias são maiores ainda, tendo em vista que, não havendo disponibilidade de vagas, não há que se falar em direito subjetivo do candidato até que ocorra a vacância de cargos, pois do contrário, não havendo vagas não tem fundamento jurídico exigir da Administração que promova a nomeação do candidato.

Diante disso, e tendo em vista a discricionariedade do Poder Público em realizar certames públicos, resta saber qual o fundamento da abertura de concurso público para cadastro de reserva e se o mesmo é legítimo, ou se fere a legalidade.

Sobre o tema, (CARVALHO FILHO, 2012, p. 672) expõe:

A Administração Pública, nos últimos tempos, tem se valido do concurso para cadastro de reserva, modalidade na qual, como regra, não se especifica o número de cargos ou empregos a serem preenchidos. Podem ocorrer em situações transitória, como aquela em que o órgão aguarda a liberação de verbas para remunerar os futuros servidores. Apesar de considerado legítimo, os candidatos ficam em situação de expectativa e instabilidade por desconhecerem quando haverá (ou mesmo se haverá) a convocação.

Dessa forma, conforme relatado pelo autor supramencionado, em que pese a instabilidade gerada aos candidatos, essa opção do Poder Público é legítima, conseqüentemente não fere dispositivo legal. Mas é necessário se atentar para as reais

necessidades de abertura de concurso para cadastro de reserva, pois caso seja aberto o concurso para cadastro de reserva com a finalidade de, se necessário realizar a devida convocação dos candidatos, não há que se falar em ilegalidade alguma.

Além do mais, cabe destacar que, os aprovados, por mais que não tenham direito subjetivo à nomeação, ante a inexistência de cargos vagos, surgindo vagas, a mera expectativa se converte em direito subjetivo, devendo a Administração Pública providenciar o provimento do cargo vagos.

Ademais, essa modalidade de concurso não pode ser regra, devido a instabilidade e a dificuldade de se fazer um controle de legalidade da conduta do órgão público, devendo ser exceção. Nestes termos, (CARVALHO FILHO, 2012, p. 673) comenta que, essa modalidade de abertura de concurso, “torna-se mais complexo o controle de legalidade da Administração em virtude da ampla liberdade que se lhe concede nesses casos, sendo difícil, inclusive, comprovar eventual arbitrariedade”.

Por conseguinte, a despeito de parecer viável para o Poder Público, essa forma de certame público não parece ser o melhor método para garantir o direito dos aprovados. Além do mais, não raras vezes o Poder Público realiza certames públicos para cadastro de reserva e antes de vencer o prazo de validade, sem que haja convocação de aprovados, providencia novo concurso público, isso sim, é inadmissível e, sem sombra de dúvida ilegal, já que deixa de convocar os aprovados no concurso anterior para abrir novo concurso sem justificativa alguma.

Diante disso, ao que parece, o poder público descobriu um caminho para se isentar da responsabilidade que o Judiciário reconheceu, ao conferir direito subjetivo ao candidato aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas. Assim cabe uma análise aprofundada diante do caso concreto para averiguar a motivação do Poder Público nesses atos administrativo, pois toda a sua conduta deve ser transparente, justa, motiva e legal.

4.3 Do direito dos candidatos classificados fora do número de vagas previstas no edital e o posicionamento jurisprudencial referente ao direito desses candidatos

Em detrimento as várias vertentes que visam dar uma aparência de legalidade e de moralidade administrativa aos órgãos públicos, no que tange ao provimento de vagas oferecidas no edital, surge como pressuposto lógico e decorrente do preenchimento ou não destas vagas, que abarcará todos aqueles que em ordem crescente se posicionaram acima do

quantum previsto no edital. Assim, os aprovados dentro do número de vagas possuem direito líquido e certo à nomeação.

Em contrapartida, os aprovados fora do número de vagas possuem apenas expectativa de direito, que se converte em direito líquido e certo, nos casos de enquadramento em uma das três hipóteses acima referidas, responsáveis por acarretar a conversão da expectativa de direito, em direito líquido e certo ao candidato, isto é, preterição na ordem classificatória, demonstração inequívoca de necessidade de preenchimento dos cargos vagos, ou mesmo nos casos de contratação precária de pessoal. Neste linear, veja-se:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS CLASSIFICADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. EXPIRAÇÃO DA VALIDADE DO CONCURSO. - Inviabilidade jurídica de se determinar que a Administração efetue as nomeações de candidatos aprovados em concurso pretérito, se os aprovados não se encontram dentro do limite de vagas previsto, além de sobrevir, de permeio, o final do prazo de validade do certame seletivo realizado. - A aprovação em concurso público gera apenas expectativa de direito à nomeação, cabendo à Administração, no exercício de suas atribuições, eleger o momento adequado para a nomeação dos aprovados, desde que estes se encontrem dentro do referido limite. - Se, no prazo de validade do concurso, nova lei acrescenta vagas àquelas constantes do edital inicial, nasce para os classificados no concurso o direito à nomeação, não devendo ser reservadas as vagas para serem preenchidas mediante novo certame. - Candidatos aprovados dentro do limite de vagas da nova lei, devidamente nomeados - Remessa improvida. (TRF, 2008, on-line)

O entendimento dos Tribunais Superiores a respeito da vinculação da Administração Pública quanto a nomeação dos aprovados dentro das vagas passou a ser ato administrativo vinculado, entretanto a nomeação fora do número de vagas dos classificados permanece como ato discricionário da Administração (SILVA, 2017, n. p.).

O judiciário é constantemente a opção desses candidatos rejeitados, que, por sequência lógica, no prazo estipulado no edital, caso um candidato nomeado deixa de tomar posse no cargo, este se manteria vago e disponível, devendo, portanto, ser chamado o próximo na lista de classificação.

Em outra oportunidade, mesmo com o provimento dos cargos oferecidos, à Administração, continua a manter mão de obra terceirizada ou contrata de forma precária para realizar mesmas tarefas do cargo oferecido anteriormente. Outra hipótese diz respeito as novas vagas disponibilizadas com o efetivo interesse da Administração em preenchê-las.

Nestes casos, o Judiciário reafirma que a nomeação de aprovados fora do número de vagas disponibilizadas situa-se na discricionariedade na seara da Administração, que se conduz na oportunidade e conveniência do ato administrativo. Ressalvando aquelas hipóteses que vinculava à Administração, nos casos de preterição da ordem classificatória ou da ordem de concursos.

Neste sentido, os acórdãos denotam para tal posicionamento:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – FHEMIG – CANDIDATOS APROVADOS, PORÉM NÃO CLASSIFICADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO. 1 – [...]. 2 – Verificado que as impetrantes não se classificaram dentro do número de vagas previstas pelo edital e que inexistia prova de que as mesmas foram preteridas por conta de nomeações de outros candidatos de pior classificação, não há direito líquido e certo a ser amparado. 3 – Recurso conhecido, porém, desprovido. (STJ, 2001, on-line)

Essas circunstâncias concomitantemente as outras aceitas, podem ser observadas a seguir: inobservância da ordem classificatória do concurso; abertura de novo concurso público enquanto ainda vigente o atual; criação por lei de novas vagas ou ocorrência de vacância de cargo durante o prazo de validade do certame e, concomitantemente, interesse da Administração no preenchimento dos cargos criados ou vagos (SILVA, 2017, n. p.).

Além do mais, a desistência de candidatos mais bem posicionados, antes da expiração do prazo do concurso, em número suficiente para alcançar aquele candidato classificado fora do número de vagas ou mesmo contratação, no decorrer do prazo de validade do edital, de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados em concurso público, estariam aptos a ocupar o cargo ou a função (SILVA, 2017, n. p.).

Notadamente, essas hipóteses de situações demonstra a necessidade de pessoal por parte da administração bem como a existência de cargos a serem providos. Neste sentido a atual jurisprudência reconhece que tais circunstâncias que vinculam o Poder Público à nomeação dos candidatos classificados para além das vagas oferecidas no edital.

Neste contexto, os julgados que se segue expressam o mais atual posicionamento da jurisprudência:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE VAGAS, AINDA QUE EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL, CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES. **1. A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas. 2. A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas.** (STJ, 2010, on-line)

Logo, aos candidatos aprovados fora do número de vagas não há que se falar em direito subjetivo à nomeação, mas tão somente em expectativa de direito. Entretanto, quando ocorre desistência dos aprovados dentro do número de vagas, surge para o próximo o direito subjetivo à nomeação, haja vista o princípio da razoabilidade e o poder dever da Administração preencher as vagas existentes no edital.

No entanto, se no prazo de validade do concurso público surgirem novas vagas e necessidade de nomeação, o candidato aprovado fora do número de vaga passa a ter direito líquido e certo a nomeação.

Destarte, nota-se que, nos termos da jurisprudência, a nomeação em cargo público não é mais vista como ato discricionário da Administração Pública, mas como ato vinculado, podendo a mesma escolher, pela conveniência e oportunidade apenas o momento adequado para nomeação.

Porém, como o Poder Judiciário vem intervindo ao ser provocado pelos candidatos aprovados, para obrigar a Administração a nomeá-los e empossá-los nos cargos, o Poder público vem tomando outras atitudes, no que diz respeito à abertura de concurso público, sem disponibilizar vagas nos editais, vindo abrir concurso para cadastro de reserva, para que a tese da obrigatoriedade não possa alcançá-la, já que, não tendo vaga disponível, hipoteticamente, não há que se falar em obrigatoriedade de nomeação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do concurso público, com o surgimento do Estado de Direito, passou a ser o meio mais utilizado para ingresso aos cargos públicos, haja vista que se trata de uma forma de ingresso que não viola o princípio da legalidade, da isonomia e da imparcialidade, possibilitando qualquer pessoa a ingressar aos cargos públicos, desde que apresente habilidades para tanto e venha preencher todas as exigências do concurso, além da prévia aprovação no exame de provas ou provas e títulos.

A Constituição Federal de 1988 traz como regra geral em seu art. 37, II que o acesso a cargo ou emprego público exige prévia aprovação em concurso público, de acordo com as complexidades do cargo ou emprego, na forma da Lei, salvo hipóteses de cargos de confiança que são de livre nomeação e exoneração.

Para tanto, devido ao número cada vez mais frequente de candidatos aprovados em concursos públicos, cujo prazo de validade expira sem a devida nomeação do candidato, os Tribunais Superiores se viram obrigados a decidirem a respeito da obrigatoriedade de nomeação por parte da Administração Pública.

Sendo assim, a tese da discricionariedade da Administração Pública, no que tange à nomeação encontra-se superada, devidos entendimentos jurisprudenciais da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, não significa que todos os candidatos aprovados nos certames públicos obrigatoriamente deverão ser nomeados, já ainda existe margem de discricionariedade por parte do Poder Público, no que concerne à nomeação; porém, os entendimentos jurisprudenciais são um avanço e demonstram possibilidades do candidato pleitear sua nomeação, embora muitas vezes sem êxito.

A jurisprudências dos tribunais superiores estão se evoluindo cada vez mais em busca de soluções mais justas e em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que, não é nada razoável a Administração dispender recurso para abertura de concurso públicos, com respectivos aprovados, sem que haja a nomeação a despeito da necessidade.

Não raras vezes o Poder Público tem se vestido do manto da discricionariedade para justificar a violação à Constituição e os direitos dos candidatos aprovados, vindo a fazer uso de contratações precárias, quando deveria nomear em empossar aos respectivos cargos aqueles aprovados dentro do número de vagas nos certames públicos.

Diante disso, foi necessário superar os antigos entendimentos acerca da absoluta discricionariedade do Poder Público no que tange à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas, justamente para evitar o cometimento de abusos e desrespeito aos preceitos constitucionais por parte do Poder Público.

Dessa forma, o entendimento que prevalecia anteriormente é inadmissível no Estado Democrático de Direito que tem, dentre outros fundamentos, a dignidade da pessoa humana, pois não parece nada razoável a um cidadão que, ao tomar conhecimento da existência de concurso público aberto para preenchimento de vagas, deposita sua confiança ao Estado Administrador, dedica aos estudos preparatórios para o respectivo cargo, para se ver obrigado a tolerar justificativa infundada do Poder Público, de que não irá nomeá-lo por mera conveniência e oportunidade.

Portanto, o Judiciário vem agindo corretamente ao impor limites ao poder discricionário da Administração Pública, até porque, tal poder não é absoluto; deve respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos e, principalmente, o princípio da segurança jurídica como princípio da proteção à confiança.

Todavia, não significa que encontra superada a controvérsia e os problemas enfrentados pelos candidatos aprovados, haja vista que, o próprio Poder Judiciário entende que excepcionalmente, determinadas situações podem justificar a omissão do Poder Público, no que tange à nomeação, desde que, devidamente motivadas, de acordo com o interesse público.

À vista disso, verifica-se que a própria jurisprudência prevê exceção para a vinculação da Administração Pública ao concurso público, de forma que, ainda que a jurisprudência reconheça o direito subjetivo do candidato à nomeação, ocorrendo fatos supervenientes, imprevisíveis, graves e com necessidade de não nomear o candidato aprovado, será admitido tal possibilidade, nos casos em que não houver outro meio menos gravoso de lidar com a situação excepcional, hipótese que retira a obrigatoriedade de nomeação dos aprovados, todavia, isso é exceção, é está sujeita ao controle pelo Poder Judiciário.

Ante o exposto, com base nos entendimentos jurisprudenciais da Suprema Corte, a nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas, é ato vinculado do Poder Público, hipótese em que este só terá discricionariedade, no que tange ao momento da nomeação. E, só estará desobrigado de nomeação nos casos da ocorrência de fatos

supervenientes, imprevisíveis e que acarretam necessidade de a Administração abrir mão da nomeação, desde que não existam outros meios menos gravosos de lidar com o problema.

Já aos candidatos aprovados fora do número de vagas, bem como candidatos aprovados em concurso para cadastro de reserva, há apenas uma mera expectativa de direito, que se convesce em direito subjetivo caso haja comprovação de arbitrariedade por parte da administração, com preterição na ordem classificatória, contratação precária, ou mesmo nos casos de necessidade inequívoca de pessoal ou desistência de aprovado dentro do número de vagas.

Por fim, o importante é que a jurisprudência vem se evoluindo no sentido de garantir os direitos dos aprovados em concurso público, no entanto, a discricionariedade do Poder Público ainda representa um empecilho aos candidatos, tendo em vista que, mesmo reconhecendo o direito líquido e certo dos candidatos, nos casos de vagas previamente disponibilizadas, com a consequente classificação do candidato, a Administração tem discricionariedade durante o prazo de validade de escolher o exato momento para convocação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança** nº. 13.575/DF. Ministra Jane Silva. DJe. 01.10.2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário RSM** nº.20.718/SP, Min. Paulo Medina. DJe. 03/03/2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: mai. 2018. Acesso em: mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança** 32.105/DF, Relatora Min. Eliana Calmon. DJe de 30.08.2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança** 10.961/MG. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. DJ 13 ago. 2001. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE: 807311 PE, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 10/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação DJe 01-07-2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: mai de 2018.

_____. Tribunal Regional Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança**. 89083 PB 0003622-44. 2003.4.05.8201. Relator Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto). DJe. 31.07.2008. Disponível em <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em jun de 2018.

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. **Breves conceitos sobre o instituto do Concurso Público no Direito Brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VI, n. 15, nov 2003. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092. Acesso em: nov. 2017.

ALBUQUERQUE, Clebervan de. **O direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público**. 2014. Disponível em <http://jus.com.br/.../o-direito-subjetivo-a-nomeacao-do-candidato-aprovado-em-conc>. Acesso em: ago. de 2017.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concurso público e direito à nomeação: **nem tanto ao mar nem tanto à terra**. Revista do Tribunal de Contas DO Estado de Minas Gerais, Edição Especial - ano XXVIII. 2009. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/>. Acesso em: mar. de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

_____. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016.

LIMA, José Augusto da Costa. **O cadastro de reserva em concursos públicos e a discricionariedade da Administração Pública**. 2016. Disponível em: <<http://https://revista.jfpe.jus.br>>. Acesso em: mar. de 2018.

LOPES, Alexandre. **Concursos e Empregos**. 2011. Disponível em: <<http://https://mg1globo.vom>>. Acesso em: abr, de 2018.

MELLO; Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

REZENDE, Renato Monteiro de. **Concurso Público: avanços e retrocessos**. 2009 Disponível em < Disponível em <[http:// https://santanaadvba.jusbrasil.com.br/.../direito-subjetivo-a-nomeacao-em-concursos-p](http://https://santanaadvba.jusbrasil.com.br/.../direito-subjetivo-a-nomeacao-em-concursos-p)>. Acesso em: nov. de 2017.

QUADROS, Carlos; SANTANA, Maiana. **Direito subjetivo à nomeação em concursos públicos e os impeditivos orçamentários**. 2016. Disponível em: <http://santanaadvba.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: mar. de 2018.

SILVA, Fernanda Cunha Pinheiro da. **Nomeação de candidatos aprovados em concurso público: percurso da jurisprudência dos tribunais superiores e as atuais hipóteses de discricionariedade e vinculação da administração pública**. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18629&revista_caderno=4>. Acesso em: jun. 2018.

SILVA, Paulo Alexandre. **Do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas no edital**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, 2010. Disponível em: <[http:// https:// revista.jfpe.jus.br](http://https://revista.jfpe.jus.br) >. Acesso em: jun. de 2018.