

CONCURSO PÚBLICO E O DIREITO À NOMEAÇÃO¹

Antonio de Oliveira Lima²

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a análise dos direitos dos candidatos aprovados em concurso público. Busca-se demonstrar, com base na evolução histórica da jurisprudência, que, embora a aprovação em concurso público gere, em princípio, apenas uma expectativa de direito à nomeação, muitas são as circunstâncias em que essa expectativa se convola em direito líquido e certo. Adverte-se, outrossim, para a responsabilidade dos gestores públicos nas situações de manifesto abuso de direito, como criação de falsa expectativa nos candidatos, seja realizando concurso sem a intenção de nomear os aprovados, seja ofertando vagas além da real necessidade do ente público. Por fim, conclui-se pela necessidade de as instituições de nosso país zelarem pelo efetivo cumprimento dos princípios constitucionais administrativos, evitando-se práticas administrativas abusivas, como a contratação e manutenção de servidores contratados irregularmente, em prejuízo dos candidatos aprovados em concurso público.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso; Aprovação; Expectativa; Nomeação; Indenização.

1 INTRODUÇÃO

O direito dos candidatos aprovados em concurso público é um tema que tem despertado, cada vez mais, a atenção dos operadores do direito. Muitos são os artigos publicados nos últimos anos sobre esse assunto. Mais que aos estudiosos, o tema interessa aos milhares de candidatos aprovados em concursos públicos em todo o país, que aguardam, com ansiedade, a nomeação, muitos angustiados por virem se aproximar o término de validade do certame sem previsão de convocação.

O estudo se inicia com a análise do conceito de concurso público, passando pela verificação dos princípios constitucionais e administrativos em que se funda esse instituto. Também são analisadas as hipóteses constitucionais de contratação de servidores sem certame público, e as situações em que se tem invocado indevidamente essas hipóteses para burlar o concurso público.

¹ Artigo apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, oferecido pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal e Curso Prima, sob a orientação do Prof. MSc Wendell Lima Lopes Medeiros e co-orientação da Prof. Suzane Ribeiro Vismara.

² Procurador do Trabalho, pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal e Curso Prima, 2008.

Aborda-se, ainda que de forma sucinta, vários aspectos que envolvem os direitos dos candidatos, com destaque para a evolução da jurisprudência sobre essa temática. Por fim, analisa-se as situações em que a expectativa de direito se convola em direito líquido e certo à nomeação, e as medidas necessárias para a efetivação desse direito quando há recusa de nomeação por parte dos entes públicos.

2 CONCURSO PÚBLICO. CONCEITO E PRINCÍPIOS.

Concurso público é o processo administrativo, de natureza concorrencial, que tem por objeto a escolha dos candidatos mais aptos a ocuparem os cargos públicos³, tanto da administração direta como indireta.

Para Hely Lopes Meirelles, o concurso publico é um meio técnico de realização dos princípios da isonomia, moralidade e eficiência administrativa⁴:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.

De fato, o concurso público, do ponto de vista da administração, constitui um meio de concretização dos princípios administrativos, principalmente os da moralidade⁵, impessoalidade⁶ e eficiência⁷. Já sob a ótica dos administrados, funciona como instrumento democrático de acesso aos cargos públicos, na medida em que proporciona igualdade de oportunidade a todos que preenchem os requisitos estabelecidos na lei e no edital para o provimento dos cargos necessários à Administração Pública. Realiza-se, sob esse ângulo, o princípio da isonomia.

³ Os cargos públicos destinam-se aos servidores estatutários, que são regidos por regimes jurídicos administrativos, instituídos pelos respectivos entes públicos (União, Estados e Municípios). Os empregos públicos destinam-se aos servidores celetistas, que são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Para fins didáticos, utilizaremos, neste trabalho, a terminologia “cargo” e “servidor” em sentido amplo, de modo a contemplar, também, os empregos e os empregados públicos, respectivamente.

⁴ **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 440.

⁵ O princípio da moralidade administrativa exige que os agentes públicos tenham comportamento ético no desempenho de suas funções. Assim, qualquer contratação de pessoal deve ser feita segundo as regras constitucionais e em busca da melhor escolha para a Administração Pública.

⁶ O princípio da impessoalidade obriga o gestor público a buscar sempre o atendimento ao interesse público, vedando-lhe a contratação de servidores com base em preferências ou interesses pessoais, ou em razão de vínculos afetivos.

⁷ O princípio da eficiência ratifica a necessidade de escolha de pessoal através de certame, por ser presumível que os candidatos mais bem preparados terão condições de prestar melhores serviços à administração.

Através do concurso o gestor público pode selecionar os servidores mais bem preparados para o exercício dos cargos públicos, garantindo eficiência na prestação do serviço público. Os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa são igualmente concretizados através do concurso público. Do ponto de vista do servidor, o concurso público é instrumento de garantia de dignidade da pessoa humana⁸, pois somente aos servidores contratados regularmente são assegurados os direitos sociais previstos na Constituição, tais como décimo terceiro salário, férias e aposentadoria, dentre outros.

Por meio do concurso, a administração pública faz prevalecer os valores nos quais se fundam o estado democrático de direito. A igualdade de oportunidade de acesso ao serviço público proporcionada pelo concurso é uma realização concreta do princípio da isonomia. O concurso garante, ainda, a promoção da justiça, na medida em que seleciona os candidatos de acordo com a capacidade e o preparo de cada um.

3 PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE

O prazo de validade do concurso público é de até dois anos, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual período⁹. Via de regra, compete ao representante legal do ente público que realizou o certame decidir se prorroga ou não o certame, observando os critérios de conveniência e oportunidade. Há situações, porém, em que a prorrogação deixa de ser faculdade e passa a ser dever da administração, principalmente quando está prestes a expirar o prazo de validade do concurso e ainda existem pessoas exercendo, irregularmente, as atribuições dos cargos para os quais existam candidatos aprovados.

Mesmo que não haja necessidade imediata de contratação de novos servidores, a prorrogação do certame pode se apresentar como uma medida necessária, pois tal necessidade poderá surgir a qualquer momento, não sendo razoável que a administração realize gastos com um novo concurso, quando é possível prorrogar a validade do ainda vigente. Nestes casos, a prorrogação é uma exigência dos princípios da razoabilidade e da economicidade.

A prorrogação do certame pode ser motivada por provocações externas, tais como recomendação do Ministério Público ou ordem judicial. Também os candidatos podem

⁸ A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inciso III).

⁹ CF, art. 37, inciso III: “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”.

requerer a prorrogação, caso esteja se aproximando o término do prazo de validade, sem previsão de convocação, não podendo a administração indeferir o pedido sem motivação razoável¹⁰.

4 EXCEÇÕES E DESTRTUAMENTOS

A Constituição Federal excepciona os cargos em comissão da regra do prévio concurso público, porém estabelece que tais cargos somente podem ser criados para as funções de direção, chefia e assessoramento¹¹. Apesar disso, existem atualmente muitos servidores que foram formalmente admitidos ao serviço público como titular de cargos em comissão, mas exercem, na prática, funções diversas das constitucionalmente permitidas. Objetivando eximir da obrigação de fazer concurso, muitos gestores passaram a desvirtuar o instituto, nomeando servidores sem concurso para cargos cujas atribuições são próprias de servidores de carreira.

Outro tipo de abuso de direito por parte dos gestores públicos tem sido a contratação de servidores por prazo determinado para atividades de caráter permanente, tais como educação, saúde e assistência social.

A Constituição Federal somente admite o contrato por tempo determinado nos casos de necessidade temporária de excepcional interesse público¹². Apesar disso o Ministério Público do Trabalho, os Ministérios Públicos Estaduais e os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios têm se deparado, diuturnamente, com situações de desvirtuamento da contratação temporária. São milhares de servidores contratados como temporários, que exercem, há vários anos, atribuições de cargos efetivos.

Os gestores públicos normalmente alegam a inexistência de candidatos aprovados em concurso público para manter os servidores temporários nas respectivas funções. Nos casos

¹⁰ No julgamento do RE nº 192.568-0-PI, DJU de 13.09.96, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, o STF considerou que “Exsurge configurador de desvio de poder ato da Administração pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade”.

¹¹ CF, art. 37, inciso V: “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

¹² CF, art. 37, inciso IX: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

em que existem candidatos aprovados para as mesmas funções nas quais existem temporários, as justificativas geralmente são a falta de previsão orçamentária e o limite de gastos imposto pela lei de responsabilidade fiscal. Tais justificativas, porém, não se sustentam. O argumento de limite de gastos imposto pela lei de responsabilidade fiscal não convence, pois o aumento de gasto da folha, decorrente da nomeação dos concursados, seria compensado com a diminuição de gastos que os temporários das respectivas funções. Também não podem ser aceitas as alegativas de inexistência de previsão orçamentária, pois o planejamento é uma das obrigações do gestor público, que não pode alegar sua própria omissão em relação a uma de suas obrigações, para deixar de cumprir as demais. Como bem adverte Sevidanes da Matta, “a necessidade excepcional não pode ter sido gerada pela inércia do administrador público”.¹³

Outra forma de mascarar a contratação de servidores sem concurso muito adotada pelos gestores públicos é a terceirização irregular. A doutrina e a jurisprudência somente admitem a terceirização nas atividades-meio, mas os gestores a tem utilizado também nas atividades-fim. Na maioria das vezes sequer existe uma terceirização propriamente dita, mas mera intermediação de mão-de-obra, principalmente quando feita através do desvirtuamento do cooperativismo.

Assim, quando o gestor público deixa de realizar concurso ou de nomear os aprovados em certame e contrata para as respectivas funções servidores temporários, comissionados ou terceirizados, está descumprindo, a um só tempo, os incisos II e IX do art. 37 de Constituição Federal, ferindo de morte os princípios em que se funda a administração pública e o estado democrático de direito.

5 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Durante muito tempo predominou na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a aprovação em concurso assegura ao candidato apenas uma expectativa de direito, e que a nomeação deveria atender exclusivamente aos critérios de conveniência e oportunidade da administração. Esse entendimento estava respaldado na Súmula de nº 15 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “Dentro do prazo de validade do concurso público, o candidato

¹³ MATTA, Marco Antonio Sevidanes da. Contratação Temporária de pessoal na Administração pública: desvirtuamento do uso da exceção prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1120, 26 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8695>>. Acesso em: 2 Jul 2008.

aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.¹⁴

Com base nesse posicionamento da corte constitucional, os juízes e tribunais de todo o Brasil passaram a rejeitar a tese do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público, consagrando-se, em contrário, o entendimento de que a administração pública não pode ser compelida à contratação do candidato aprovado, por se encontrar esta análise no âmbito da apreciação discricionária, exceto quando houver expressa previsão legal determinando, em certo prazo, a efetivação do provimento dos cargos.

Essa visão restritiva dos direitos dos candidatos gerou efeito pedagógico negativa entre os gestores públicos, fazendo com que muitos realizassem concursos, ora sem a real intenção de contratar os aprovados, ora ofertando vagas muito além da necessidade do serviço público, criando falsa expectativa de nomeação entre os aprovados.

Com razão o Professor Ulisses Jacoby¹⁵, quando assevera que “levado ao extremo, esse entendimento permitiu a ocorrência de situações esdrúxulas como a de candidatos que, após intensa dedicação, obtiveram a aprovação dentro do número das vagas oferecidas, porém amargaram o dissabor de ver expirar-se o prazo de validade do concurso sem nomeação”.

Felizmente, nos últimos anos, a doutrina e a jurisprudência avançaram no sentido de coibir o abuso do direito por parte dos gestores que extrapolam os limites do poder discricionário da administração.

Com o julgamento do RE nº 192.568-0-PI, DJU de 13.09.96, a Suprema Corte reconheceu o dever da administração pública de nomear os candidatos aprovados para as vagas disponíveis ou oferecidas no edital, conforme evidencia a emenda do acórdão, abaixo transcrita:

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração

¹⁴ Os precedentes do STF para a adoção desta Súmula foram os Recursos em Mandado de Segurança nº 8.587/SP e 8.724-SP, nos quais aquela corte constitucional proferiu entendimento de que a simples aprovação em concurso público não confere direito subjetivo ao candidato para a nomeação e posse, porquanto haveria apenas simples expectativa de direito.

¹⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Concurso público e os direitos dos candidatos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=389>>. Acesso em: 02/07/2008.

pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência.

CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder ato da Administração pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. "... Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade do período de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias¹⁶.

Na esteira do entendimento acima, o Superior Tribunal de Justiça passou a conceber outras hipóteses de direito à nomeação de candidatos aprovados em concurso, principalmente quando a administração mantém em seu quadro funcional servidores contratados irregularmente exercendo as funções correspondentes aos cargos para os quais existem candidatos aprovados. Nesse sentido foi o acórdão proferido nos autos do R RESP 631674/DF, cuja ementa ficou assim redigida:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO DA REDE PÚBLICA DE ENSINO DO DISTRITO FEDERAL. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO SUBJETIVO DE CANDIDATOS APROVADOS À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação. Porém, tal expectativa se transforma em direito subjetivo para os candidatos quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação precária de terceiros, concursados ou não, para exercício dos cargos. Precedentes. 2. Hipótese em que restou demonstrada nos autos a existência e a necessidade de preenchimento das vagas, tendo em vista a contratação temporária de terceiros, em detrimento de candidatos aprovados no concurso público. 3. Recurso especial conhecido e provido." (STJ- RESP 631674/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, "IN" DJU DE 28/05/2007, PÁG. 385).

6 DIREITO À NOMEAÇÃO

¹⁶ MELO, Celso Antonio Bandeira de. in Regime Constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1991, página 74.

Os candidatos aprovados¹⁷ em concurso público possuem, em princípio, apenas uma expectativa de direito de serem nomeados para os cargos ofertados no edital. A decisão de nomear é ato discricionário da administração pública que atuará através de critérios de conveniência e oportunidade. Via de regra, cabe ao Administrador Público decidir se está ou não precisando de mão-de-obra para o exercício das atribuições do cargo ofertado no certame. Todavia, em algumas situações, o candidato deixa de ter mera expectativa e passa a ter direito de exigir a sua nomeação.

A conversão da expectativa em direito à nomeação ou contratação ocorre nas seguintes hipóteses: a) preterição; b) realização de novo certame seguida de nomeação dos aprovados, quando existentes candidatos remanescentes de concurso anterior, com prazo de validade ainda não exaurido; c) contratação ou manutenção de servidor contratado irregularmente para exercer as atribuições do cargo para o qual o candidato foi aprovado; d) aprovação dentro do número de vagas estabelecidas no edital do concurso.

Analisaremos a seguir, separadamente, cada uma das hipóteses acima, realçando a importância da evolução de pensamento doutrinário e jurisprudencial sobre essa matéria.

6.1 DA PRETERIÇÃO

A preterição consiste no ato de nomeação de candidatos sem observância da ordem de classificação. Ocorre a preterição sempre que a administração nomeia um candidato e deixa de nomear outros com melhor classificação. Neste caso, os candidatos podem postular judicialmente a nomeação, haja vista a violação de direito líquido e certo.

Conforme já dito acima, durante muitos anos essa era única hipótese de conversão da expectativa de direito em direito à nomeação. Inteligência da Súmula 15 do Supremo.

6.2 REALIZAÇÃO DE NOVO CONCURSO

¹⁷ Os candidatos aprovados nos concursos públicos geralmente são divididos em dois grupos: classificados e classificáveis. Aprovados são todos os que obtém a pontuação mínima prevista no respectivo edital; classificados são os aprovados dentro do número de vagas; os aprovados fora do número de vagas são considerados classificáveis. A condição de classificável poderá ser alterada a qualquer momento, bastando, para isso, que haja desistência entre os candidatos classificados. O mesmo ocorrerá se entre a data da publicação do edital e o término de validade do concurso surgirem novas vagas, tanto as decorrentes da vacância de cargos criados anteriormente, quanto as que vierem a ser criadas por nova lei.

Os candidatos aprovados num determinado concurso público ainda em vigor adquirem direito de serem nomeados antes dos candidatos aprovados em novo concurso. Caso a administração nomeie os candidatos aprovados no novo certame, quanto existentes candidatos remanescentes do concurso anterior, estes adquirem o direito líquido e certo à nomeação. Essa hipótese de preterição era tão comum que mereceu uma vedação expressa do legislador constituinte.¹⁸

É importante destacar que a administração não está proibida de realizar novo certame, mas tão somente de nomear os aprovados no novo concurso antes de nomear os aprovados em concurso anterior que ainda esteja válido. Essa observação se faz necessária porque muitos candidatos ficam preocupados quando a administração pública resolve realizar novo concurso público antes de expirar o prazo de validade do concurso anterior. Alguns chegam a ajuizar ações judiciais postulando a sustação do novo certame. Há um equívoco nesse entendimento, pois se houvesse proibição de realizar novo certame não teria sentido assegurar o direito de prioridade. Assim, quando a Constituição Federal prevê o direito de prioridade em relação aos candidatos aprovados no primeiro certame está implicitamente admitindo a possibilidade de realização de concurso nessas condições.

6.3 CONTRATAÇÃO IRREGULAR

Já vimos, nos tópicos anteriores, duas formas de preterição: a que se dar entre candidatos aprovados num mesmo concurso, sobre a qual dispõe a Súmula 15 do STF; e a que se dar em relação a candidatos aprovados em concursos sucessivos, implicitamente prevista no art. 37, inciso IV, da Constituição Federal.

Pois bem. Ao lado dessas duas formas de preterição, existe uma terceira, ainda pior, e a mais recorrente em todo país, que é a que se dar quando candidatos aprovados em concurso deixam de ser nomeados porque as atribuições de seus cargos estão sendo exercidas por pessoas que não participaram ou não foram aprovadas em nenhum certame. São várias as formas de contratação irregular: terceirizados, temporários, comissionados, estagiários, bolsistas, dentre outras denominações utilizadas para mascarar as contratações sem concurso

¹⁸ CF, art. 37, inciso IV: “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”;

público. Embora não se adote, nesses casos, a terminologia preterição, não deixa de ser uma forma de preterir, não no plano formal, mas no plano fático. Com efeito, pior que nomear um candidato aprovado em segundo lugar antes de nomear o primeiro é contratar, para o lugar deste, alguém que sequer participou ou foi aprovado no certame.

Felizmente, a jurisprudência avançou, conforme já visto acima, de modo que hoje os candidatos podem postular a nomeação quando existentes servidores contratados irregularmente na respectiva função. Nesse caso, como dito, o candidato passa a ter direito subjetivo de ser nomeado, deixando de ter mera expectativa de direito, conforme julgado abaixo:

FUNCIONÁRIO PÚBLICO. Cargo. Concurso. Aprovação. Não nomeação. Prova da necessidade de pessoal. Direito subjetivo à nomeação reconhecido. Mandado de segurança concedido. Provimento ao recurso ordinário para esse fim. Precedentes. Se a administração pública, tendo necessidade de pessoal, requisita servidores, em vez de nomear candidatos aprovados em concurso cujo prazo de validade ainda vige, ofende direito subjetivo dos aprovados à nomeação, segundo a ordem em que se classificaram. (RMS 458-RJ. Min Relator Cezar Peluso, STE, 30/03/2007).

6.4 NÚMERO DE VAGAS

O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital tem direito à nomeação¹⁹, consoante entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça nos seus julgados mais recentes²⁰. O direito à nomeação, neste caso, não se funda em nenhuma das hipóteses de preterição acima analisadas: o simples fato de a administração ter ofertado um determinado número de vagas no edital lhe obriga a nomear os candidatos em número correspondente às vagas ofertadas. Aqui não se exige que o candidato comprove a existência de servidores contratados irregularmente nem a necessidade de servidor por parte da administração. Existe a presunção de que a necessidade foi manifestada quando da elaboração do edital.

Conforme já vimos acima, o STF já havia anunciado esse pensamento nos autos do

¹⁹ Tanto os candidatos classificados quanto os classificáveis poderão ser nomeados. Inicialmente devem ser nomeados os classificados. Remanescendo vagas, devem estas ser providas pelos classificáveis.

²⁰ Item I da ementa do acórdão proferido no dia 04.12.2007, no RMS nº. 20.718/SP: “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”.

RE n° 192568-0-PI, relatado pelo Ministro Marco Aurélio. Destacou o relator, na ementa do referido acórdão que “O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes”.

7 FRUSTRAÇÃO DE EXPECTATIVA

A palavra expectativa, do latim *expectare*, do verbo *expectar*, significa esperança fundada em supostos receios, probabilidades e promessas.²¹ Paulo D. de Gusmão²² afirma que a expectativa de direito é um direito em formação, caracterizando-se pela possibilidade de se tornar um direito. Na expectativa há circunstâncias que fazem crer ser admissível o nascimento de um direito se ocorrerem determinadas situações.

Quando se afirma que o candidato aprovado em concurso público tem expectativa de direito à nomeação, tal afirmação decorre do princípio da razoabilidade. Com efeito, é razoável presumir-se que o concurso se destina às vagas existentes e às que vierem a ocorrer no período de validade do concurso. Se a administração oferece no edital determinado número de vagas é natural que os candidatos classificados, ou seja, os aprovados no limite de vagas estabelecido no edital, acreditem que serão nomeados. Caso surjam novas vagas ou haja desistências entre os classificados, os classificáveis passam automaticamente à condição de classificados, até o limite das desistências ou das novas vagas surgidas, passando a ter igualmente real expectativa de direito à nomeação.

A expectativa de direito à nomeação, adquirida pelo candidato aprovado em concurso público, não pode ser frustrada pelo fato de existirem servidores contratados irregularmente exercendo as atribuições do respectivo cargo. Tampouco pode o administrador criar falsa expectativa nos candidatos, realizando concurso sem a real intenção de nomear os aprovados ou ofertando vagas além do número de servidores necessários ao serviço público.

8 INDENIZAÇÃO POR FRUSTRAÇÃO DE EXPECTATIVA

A frustração de expectativa dos candidatos aprovados em concurso público que deixam de ser nomeados causa danos materiais e morais, tanto aos candidatos quanto à

²¹ Dicionário Aurélio Virtual. CD-ROM, 2000.

²² GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 259-260.

sociedade. Quanto ao candidato, os danos materiais decorrem do fato de ele deixar de exercer o cargo a que faz jus, bem como de receber o respectivo salário. Os danos morais individuais decorrem da dor psíquica causada no candidato que, diuturnamente, se sente injustiçado, vendo seu sonho de ser servidor público sendo postergado e sua vaga sendo ocupada por quem sequer foi aprovado no certame.

Os danos morais coletivos, por sua vez, decorrem da dor psíquica sofrida pela sociedade que assiste a violação dos princípios da isonomia, moralidade, impessoalidade e eficiência administrativa materializada na lesão dos direitos constitucionais de seus membros. Por fim, os danos materiais resultam do fato de a sociedade não poder dispor de serviços públicos eficientes, prestados por servidores públicos concursados.

A Contratação de servidores sem concurso público é ato ilícito, porquanto expressamente proibido pela Constituição Federal. O ato ilícito, quando causa danos, gera para o autor da ação ou omissão a obrigação de indenizar a vítima que sofreu os danos. A obrigação de reparar os danos decorrentes de atos ilícitos está prevista no art. 927 do Código Civil²³. Assim, quando o ente público frustra a expectativa de direito à nomeação, deve indenizar os candidatos prejudicados pelos danos decorrentes de sua omissão.

A legitimidade para postular a reparação pelos danos individuais é dos candidatos prejudicados. Quanto aos danos morais coletivos, a legitimidade é do Ministério Público. No pólo passivo da ação, além do ente público, o autor poderá incluir o gestor responsável pela conduta ilícita, com fundamento no art. art. 11 da Lei 8.429, de 02.06.1992²⁴.

9 CONCLUSÃO

O concurso público é a forma mais democrática de acesso ao serviço público. Por ele, realizam-se os princípios da moralidade e impessoalidade no trato com a coisa pública e, ao mesmo tempo, asseguram-se direitos iguais a todos os cidadãos de acesso aos cargos públicos.

²³ CC, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²⁴ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições,”.

Os candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas previsto no edital, têm inicialmente apenas uma expectativa de direito à nomeação, porém tal expectativa há de ser real. Não pode a administração criar falsas expectativas nos candidatos, nem frustrar, sem justo motivo, as expectativas verdadeiras expectativas.

Quando a administração realiza um certame, ofertando um determinado número de vagas, não pode deixar de nomear os aprovados alegando critérios de conveniência e oportunidade decorrente do seu poder discricionário, pois tal poder deve ter sido exercido quando da oferta do número de vagas no edital.

A contratação de servidores públicos sem prévio certame macula os princípios da administração pública e do estado democrático de direito, violando, em última análise, o princípio da dignidade de pessoa humana, que pressupõe a observância dos direitos e garantias sociais dos trabalhadores. O servidor contratado sem concurso público não tem assegurado a sua dignidade, pois além de vulnerabilidade perante o gestor responsável por sua contratação, que poderá a qualquer momento afastá-lo do cargo que ocupa, caso lhe contrarie, não terá direito a décimo terceiro salário, férias e aposentadoria, dentre outros direitos sociais que a Constituição garante aos servidores públicos.

Assim, cumpre às instituições brasileiras, especialmente ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, coibir as práticas abusivas de contratação de servidores sem prévio certame, em prejuízo dos candidatos aprovados em concurso público, punindo os gestores públicos que insistirem nessa prática, impondo-lhes as penalidades da lei de improbidade administrativa, inclusive a perda do mandato e a obrigação de reparar os danos causados à sociedade, para que os direitos e garantias constitucionais dos servidores públicos sejam efetivamente observados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 02 jul. 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 02 julho 2008.

Dicionário Aurélio Virtual. **CD-ROM**, 2000

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Concurso público e os direitos dos candidatos** . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=389>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

GUSMÃO, P. D. de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MATTA, Marco Antonio Sevidanes da. **Contratação Temporária de pessoal na Administração pública: desvirtuamento do uso da exceção prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1120, 26 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8695>>. Acesso em: 2 Jul 2008

MELO, Celso Antonio Bandeira de. in Regime Constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2^a ed., 1991.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A contratação temporária, o Supremo Tribunal Federal e o alcance da expressão "necessidade temporária de excepcional interesse público"** . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6193>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

SUMINAMI, Mônica Rodrigues. **STJ e o direito à nomeação em concursos públicos**. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em: 02 jul. 2008