
PARECER

2018

PROTOCOLO: 13.316.899-0

INTERESSADO: Universidade Estadual de Maringá

ASSUNTO: Direito à nomeação e validade de concurso público

PARECER N. 09/2018-PGE¹

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS DENTRO E FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. QUESTÕES PACIFICADAS PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 598.099 E RE 837.311). NOMEAÇÃO APÓS EXPIRADA A VALIDADE DO CONCURSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO TCU. RESTRIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS COMO ÓBICE À NOMEAÇÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE EFETIVAMENTE COMPROVADAS PELA ADMINISTRAÇÃO.

(I) CONSULTA

Trata-se de expediente no qual se objetiva a nomeação de candidato aprovado em concurso público para o cargo de Agente Universitário de Ensino Médio após o encerramento do prazo de validade do certame, que se deu aos 20/07/2016 (Edital n. 25/2012), em razão da superveniência de disponibilidade orçamentária após expirado o prazo de validade do certame.

1 A íntegra deste parecer está disponível na página da internet da Procuradoria Geral do Estado do Paraná – PGE/PR: <<http://www.pge.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=157>>.

O expediente está instruído com o requerimento da Universidade Estadual de Maringá – UEM (fls. 03/45), manifestação do Sr. Reitor da UEM (fls. 56/58), manifestação do Sr. Secretário de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (fl. 126), bem como despacho do Sr. Procurador-Chefe da Coordenadoria do Consultivo submetendo o expediente a este GPT-9 (fls. 130/132).

Salienta-se que existe parecer da Procuradoria-Geral do Estado sobre o assunto (Parecer n. 10/2010 – PGE) abordando caso específico, o qual concluiu pela possibilidade de nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas, ainda que após o encerramento da validade do certame e desde que iniciados os procedimentos para nomeação ainda na vigência do concurso (fls. 122/124).

No entanto, em razão da multiplicidade de processos administrativos nos quais se questiona a possibilidade de nomeação de candidato aprovado após o término do concurso, o Sr. Procurador-Chefe da Coordenadoria Consultiva remeteu o presente a este Grupo Permanente de Trabalho (GPT9), com vistas à transcendência da questão de um caso concreto para a uniformização da controvérsia no âmbito de toda a Administração. Foram propostos, então, os seguintes questionamentos:

- 1) É dever da Administração nomear candidato aprovado dentro do número de vagas estipuladas no edital? Em caso de resposta afirmativa, a nomeação pode ocorrer após o prazo de validade do certame? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos após o decurso desse prazo?**

- 2) É dever da Administração nomear candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital quando surgirem novas vagas ou for aberto novo concurso durante o prazo de validade? Em caso de resposta afirmativa, a nomeação pode ocorrer após o prazo de validade? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos após o decurso desse prazo?**

- 3) **É dever da Administração nomear candidato aprovado dentro do número de vagas estipuladas no edital, nos casos em que o Ente Público tenha realizado, dentro do prazo de validade, convocação para realizar exames médico (sic) ou outros atos preparatórios? Em caso de resposta afirmativa, a nomeação pode ocorrer após o prazo de validade do certame? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos após o decurso desse prazo?**

- 4) **É dever da Administração nomear candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante o prazo de validade, nos casos em que o Ente Público, dentro do prazo de validade, tenha realizado convocação para realizar exames médicos ou outros atos preparatórios? Em caso de resposta afirmativa, a nomeação pode ocorrer após o prazo de validade do certame? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos após o decurso desse prazo?**

- 5) **Nos casos em que problemas de natureza orçamentário-financeira impeçam a nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas no prazo de validade do certame, a Administração pode realizar a nomeação fora do prazo de validade? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos depois da validade?**

- 6) **Nos casos em que problemas de natureza orçamentário-financeira impeçam a nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital, quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante o prazo de validade, a Administração pode realizar a nomeação fora**

do prazo de validade? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos depois da validade?

Passamos à análise.

**(II) DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS
APROVADOS NO CONCURSO – DIFERENCIAÇÕES
RELACIONADAS ÀS VAGAS OFERTADAS NO CERTAME**

Primeiramente, insta mencionar que, há muito, a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm procurando estabelecer diferenças entre o direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro e fora do número de vagas ofertadas no edital dos concursos públicos.

No que se refere aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital do concurso público, o STF concluiu, no RE 598.099, publicado em 03/10/2011, julgado sob a sistemática da repercussão geral, existir direito à nomeação, em prestígio à segurança jurídica, à boa-fé e à proteção da confiança. Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. 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. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável

conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(STF, RE 598099, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 fev. 2018)

Importante frisar que, embora o candidato aprovado dentro do número de vagas tenha direito à nomeação, este não poderá exigí-lo durante a validade do certame, período em que a Administração tem a prerrogativa de valer-se do juízo de conveniência e oportunidade para o provimento do cargo, como tem decidido o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. PRAZO DE VALIDADE NÃO EXPIRADO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ(PRECEDENTE)JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART.

1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016,

o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, enquanto não expirado o prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado, ainda que dentro do número de vagas, possui mera expectativa de direito à nomeação, que dependerá do juízo de conveniência e oportunidade da administração pública. (grifo nosso)

III - No caso, “o certame foi homologado pela autoridade competente em 05.05.2015, e prorrogado por mais dois anos após a impetração do mandado de segurança, em 04.03.2017, conforme publicação no DOESP anexa (doc. 1) o que demonstra que o certame só terá expirada sua validade em 04.03.2019” (fl. 645e).

(...)

VII - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa.

(AgInt no RMS 55.324/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017)

Por outro lado, encerrada a validade do certame, o candidato aprovado dentro do número de vagas poderá fazer uso da via do mandado de segurança para ver reconhecido o direito líquido e certo à nomeação, consoante prevê a Lei Federal n. 12.016/09, no prazo decadencial de 120 dias, ou, ainda, fazer uso das vias ordinárias, observado o prazo prescricional correspondente², por aplicação do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Há que se ponderar que tais questões refletem o entendimento atual dos tribunais superiores. No entanto, pende de análise, no STF, a controvérsia acerca da possibilidade de ajuizamento de demanda depois do vencimento do prazo de validade do concurso, cuja tese já teve repercussão geral reconhecida:

2 Além do mandado de segurança, foram encontradas ações ordinárias movidas com o objetivo de ver reconhecido o direito à nomeação. A título exemplificativo, o ARE 694807/RS, julgado pelo E. STF em 25/09/2012.

CONCURSO PÚBLICO – PRAZO DE VALIDADE – AÇÃO AJUIZADA APÓS O ESGOTAMENTO – ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da possibilidade de, esgotado o prazo de validade do concurso público, propor-se ação objetivando o reconhecimento do direito à nomeação.

(RE 766304 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 17/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 28-10-2013 PUBLIC 29/10/2013)

Além daqueles que restaram aprovados nas vagas previstas no edital do concurso público, reconhece-se direito líquido e certo daqueles que “atinjam as vagas” em razão da desistência dos candidatos melhores classificados, a qual deve se dar durante a validade do certame.

Na esteira, os julgados proferidos pela Corte da Cidadania:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL AGROPECUÁRIA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS, PASSANDO A IMPETRANTE A FIGURAR DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Caso em que o Impetrante logrou aprovação, na 4ª classificação, no concurso público para o cargo de Fiscal Agropecuário, no qual havia previsão de 1 (uma) vagas, sendo que 3 (três) candidatos melhor classificados desistiram do certame.

2. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837311/PI), fixou orientação no sentido de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

3. Por outro lado, em relação àqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 598099/MS, também submetido à sistemática da Repercussão Geral, fixou orientação no sentido haver direito à nomeação, salvo exceções pontuais. **A partir**

dessa tese, evoluiu para compreender que, havendo desistência de candidatos melhor classificados, fazendo com que os seguintes passem a constar dentro do número de vagas, a expectativa de direito se convola em direito líquido e certo, garantindo o direito a vaga disputada.

4. Recurso Ordinário provido, para reformar o acórdão recorrido e determinar a imediata nomeação do Impetrante para o cargo postulado.

(RMS 55.667/TO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. PEDIDO DE NOMEAÇÃO POR ABERTURA DE VAGA, POR DESISTÊNCIA. EXPIRADA A VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de writ impetrado contra decisão administrativa, combinada com alegação de omissão, que indeferiu o pedido de nomeação de candidata aprovada na quinta colocação, de um certame que previa três vagas; a impetrante comprovou que a primeira colocada foi provida em cargo diverso, inacumulável, e, também, juntou declaração do quarto colocado desistindo da vaga.

2. O pedido administrativo – junto com a declaração do quarto colocado – foi protocolado em 11.5.2011, sendo que o concurso público houve expirado sua validade – após prorrogação – em 20.5.2008; por esse motivo, indeferido.

3. Inexiste o direito postulado, pois, para que haja a convalidação da expectativa – de candidato aprovado fora das vagas previstas – em liquidez e certeza, é necessário que a impossibilidade de provimento do candidato mais bem colocado ocorra durante o prazo de validade do certame.

Segurança denegada. (grifo nosso)

(MS 17.829/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 29/02/2012, DJe 05/03/2012)

CONCURSO PÚBLICO. APROVADOS. CLASSIFICAÇÃO. DÚVIDA. RESERVA DE VAGA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPOSTO FATO NOVO A INFLUIR NA DEMANDA. INEXISTÊNCIA.

I – O pano de fundo do presente mandamus é a reforma de decisão de Juiz Singular que determinara a suspensão da nomeação e posse de candidato aprovado em 3º lugar, ante a existência de dúvida quanto à pontuação obtida pelo candidato classificado em 4º lugar, para o quadro de Procuradores de Contas do Estado do Ceará.

II – Este STJ, ao apreciar o recurso ordinário, manteve o acórdão proferido no writ, no sentido de que inexistia teratologia ou ilegalidade na decisão do relator que,

com espeque no art. 527, II, do CPC, converteu em retido o agravo de instrumento interposto contra aquela decisão do Juiz de piso.

III – Vale-se a parte dos presentes embargos de declaração para suscitar a ocorrência de suposto fato novo a influir na demanda, qual seja, a criação de mais três vagas para o quadro de procuradores de contas, o que, afirma, retira a necessidade de reserva da vaga ora disputada nos autos, podendo o Magistrado, ao final, decidir pela nomeação de ambos os candidatos.

IV – Consoante a remansosa jurisprudência desta Corte Superior, uma vez expirada a validade, cessa a eficácia jurídica do certame, sendo vedada a nomeação de candidato nele aprovado para vagas que venham a surgir depois, por falta de previsão legal. Precedentes: AgRg no RMS nº 20.174/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 01/08/2006; Resp nº 577.160/CE, Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, DJ de 23/05/2005; RMS nº 13.500/RN, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 17/11/2003. (grifo nosso)

V – A criação das novas vagas mencionadas pelo embargante se deu com a Lei Estadual nº 14.885/2011, quando já expirado o prazo de validade do concurso realizado pelas partes envolvidas no presente litígio (homologação em 20.08.2007, com prazo de validade de 2 (dois) anos não prorrogado (e-STJ fl. 43).

VI – Assim sendo, não há que se falar em fato novo capaz de influir no deslinde da lide, nos moldes do art. 462 do CPC, haja vista que, por já se haver expirado o concurso realizado pelas partes da demanda, remanesce a disputa pela vaga prevista na abertura daquele certame.

VII – Embargos de declaração rejeitados.

(Edcl nos Edcl no AgRg no RMS 31.787/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, Dje 06/12/2011).

Igualmente, o mesmo tratamento deve ser dado ao candidato aprovado que, durante a validade do certame, em razão da ampliação da oferta de vagas reconhecida e publicada em edital próprio pela Administração, em adendo ao edital originário do certame, figurar dentre elas.

Por outro lado, o STF, ao julgar o RE 837.311, publicado em 18/04/2016, também sob a sistemática da repercussão geral, fixou o entendimento de que a mera superveniência de cargos vagos, seja em razão de vacância, seja em razão da criação por lei, ou até mesmo a abertura de novo concurso durante a validade do certame anterior, não geram

automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 – RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Dje 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é

legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Conseqüentemente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

(STF, RE 837311, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO Dje-072 DIVULG 15/04/2016 PUBLIC 18-04-2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 fev. 2018)

Consoante se observa, a despeito da inexistência de direito à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas, o Pretório Excelso fixou parâmetros a respeito dos quais a “discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação”. Foram destacadas as seguintes hipóteses excepcionais:

- a) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas do edital (RE 598.099);
- b) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);
- c) Quando surgirem novos cargos vagos, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

Sobre esse ponto, destaca-se a recente manifestação da Assessoria Técnica da Procuradoria-Geral do Estado na Informação n. 74/2017 – protocolo 14.288.492-5, e que concluiu pela ausência de direito adquirido à nomeação de soldados aprovados fora das vagas previstas no edital do concurso público, em situação na qual existia autorização governamental para a nomeação, mas a nomeação não foi formalizada dentro do prazo de validade do certame.

Ultrapassadas as diferenciações encimadas, examina-se a questão atinente ao prazo para a convocação e nomeação do candidato aprovado em concurso público, seja dentro ou fora do número de vagas ofertadas no edital.

(III) PRAZO PARA PROVIMENTO/INVESTIDURA, CONSEQUÊNCIAS DE SUA INOBSERVÂNCIA E HIPÓTESES EXCEPCIONAIS

Por força do disposto no art. 37, inciso II, da Constituição da República, o acesso e provimento aos cargos públicos será precedido de concurso, cuja validade será de até 2 (dois) anos, prorrogáveis por uma vez, consoante o inciso III, do referido dispositivo.

Superada a realização do certame e publicado o resultado, cabe à Administração proceder aos atos administrativos necessários à investidura, como explica Hely Lopes MEIRELLES:

O concurso tem validade de até dois anos, contados da homologação, prorrogável uma vez, por igual período, conforme dispõe o art. 37, III, da CF. Tratando-se de cargo público, após o concurso segue-se o *provimento* do cargo, através da *nomeação* do candidato aprovado. A *nomeação* é o ato de provimento de cargo, que se completa com a *posse* e o *exercício*³.

Na mesma linha, cabe mencionar a concepção lúcida de José dos Santos Carvalho Filho acerca da “investidura” como “uma operação complexa, constituída de atos do Estado e do interessado, para permitir o legítimo provimento do cargo público”⁴, sendo composta essencialmente de nomeação, seguida de posse e conseqüente exercício das funções atribuídas ao cargo.

Especificamente sobre a relação entre a validade do concurso público e a investidura, esclarece ainda o supramencionado autor:

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 566.

Esgotado o prazo do concurso, com ou sem prorrogação, sem que haja novas vagas, os aprovados não podem pleitear a investidura. Com o final do prazo consumou-se a caducidade do concurso, de modo que os interessados deverão submeter-se a novo concurso. (...)

Por outro lado, se escoou o prazo de validade do concurso e não houve prorrogação, quer porque o edital não o previu, quer porque a Administração não providenciou no momento oportuno (antes do escoamento do prazo inicial), é vedado reestabelecer sua validade *a posteriori*. Na verdade, o término do prazo de validade importa a caducidade do procedimento, vale dizer, perde este sua eficácia jurídica. Resulta que as nomeações feitas no período de prorrogação ilegal têm que ser desfeitas.

Não obstante, é preciso ressaltar que o fim do prazo de validade não prejudica a investidura do servidor que, antes desse momento, tenha pleiteado no Judiciário o reconhecimento de algum direito ofendido pela Administração quando da realização do concurso. Mesmo que a ação seja julgada após o citado prazo, o Estado será compelido a nomear o aprovado. A não ser assim, sofreria este os efeitos decorrentes da demora na prestação jurisdicional, sem que tenha contribuído para semelhante situação.

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 583).

Assim, todos os atos concernentes ao concurso público devem ser praticados durante a sua vigência, inclusive o provimento nos cargos públicos oferecidos no edital ou que tenham sido posteriormente ofertados pela Administração.

Nessa linha, dispõem os arts. 18, 19, 24 e 34, do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Paraná (Lei Estadual n. 6.174/70):

Art. 18. Os cargos públicos são providos por:

I - nomeação (grifo nosso)

II - promoção;

III - acesso;

IV - transferência;

V - readmissão;

VI - reintegração;

VII - aproveitamento;

VIII - reversão;

IX - readaptação;

Art. 19. A primeira investidura em cargo de provimento efetivo dependerá de habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, asseguradas as mesmas oportunidades para todos, observados os casos previstos em lei, em que a investidura dependa também de habilitação em curso mantido por instituição oficial do Estado. - ver art. 37, II e III, CF e art. 27, II e III, CE

(...)

Art. 24. A nomeação será, feita:

I - em caráter vitalício, nos casos expressamente previstos na Constituição; - ver arts. 95, I e 128, § 5º, I, a, CF

II - em caráter efetivo, quando se tratar de nomeação para classe singular ou para classe inicial de série de classes; - ver art. 41, CF e art. 36, CE

III - em comissão, quando se tratar de cargo que, em virtude de lei, assim deva ser provido; - ver art. 37, V, CF e art. 27, V, CE IV - em substituição, no impedimento legal de ocupante de cargo em comissão.

(...)

Art. 34. Posse é o ato que completa a investidura em cargo público. - ver art. 37, II, CF e art. 27, II, CE

Parágrafo único - Independem de posse os casos de promoção, acesso, reintegração e designação para função gratificada.

É preciso esclarecer que é corriqueira a “convocação” dos candidatos aprovados antes da nomeação para a apresentação de documentação complementar, para “aceite de vaga”, para a realização de exames médicos, mas tais atos visam, em realidade, atestar a aptidão do candidato para exercer o cargo e constituem, muitas das vezes, etapas do próprio certame, ou requisitos prévios à investidura, não podendo ser confundidos com atos administrativos de provimento do cargo, vale dizer, nomeação e posse.

No âmbito do Estatuto dos Servidores do Estado do Paraná, os requisitos a serem comprovados antes da investidura estão previstos, essencialmente, nos arts. 22 e 25:

Art. 22. Pode ser provido em cargo público somente quem satisfizer os requisitos seguintes: - ver art. 27, I, CE

I - ser brasileiro; - ver art. 12, CF

II - ser maior de dezoito anos;

III - haver cumprido as obrigações e os encargos militares previstos em lei; - ver art. 143, §§ 1º e 2º, CF

IV - estar em pleno gozo dos direitos políticos;

V - ter boa conduta;

VI - gozar de boa saúde, comprovada em inspeção médica;

VII - possuir aptidão para o exercício do cargo;

VIII - ter satisfeito as condições especiais previstas para determinados cargos.

(...)

Art. 25. A nomeação observará o número de vagas existentes, obedecerá rigorosamente à ordem de classificação no concurso e será feita para a respectiva classe singular ou classe inicial da série de classes, atendido o requisito de aprovação em exame de saúde, ressalvados os casos de incapacidade física, parcial, que, de acordo com a lei, não impeçam o exercício do cargo. - ver art. 37, II, CF e art. 27, II, CE.

Dessa maneira, levando-se em conta que o provimento do cargo somente pode se dar durante a validade do certame, a Administração deve proceder com cautela e atenção aos prazos para avaliação do preenchimento dos requisitos prévios à nomeação dos candidatos aprovados em tempo hábil, sob pena de prejuízo ao erário decorrente de:

- a) Dispendio de recursos financeiros e humanos com convocações e eventuais procedimentos que não poderão ser aproveitados em virtude do encerramento da validade do concurso;
- b) Impossibilidade de nomeação de servidores necessários à regular prestação de serviços públicos, acarretando ineficiência administrativa e todas as consequências dela decorrentes;
- c) Dispendio de recursos financeiros e humanos para atendimento a demandas administrativas e judiciais decorrentes da inobservância do direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas (ou situações assemelhadas).

De toda sorte, repisa-se que qualquer outra espécie de “convocação” não tem o condão de criar vínculo entre o candidato aprovado e a Administração, motivo pelo qual não podem ser considerados como

“procedimento de nomeação” para fins de atendimento ao prazo fixado no edital, bem como não geram direito subjetivo à nomeação.

Nesse sentido, diversos precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO PARA EXAMES PRÉ-ADMISSIONAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. CANDIDATA CLASSIFICADA ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDO NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. A convocação de candidato para a realização de exames médicos pré-admissionais não induz, por si só, o surgimento de direito líquido e certo à nomeação. Precedentes. (grifo nosso)

2. Candidatos aprovados em concurso público, no qual se classificam para além das vagas oferecidas no edital do certame, não têm o direito líquido e certo à nomeação mas, tão somente, expectativa de direito. Precedentes do STJ e do STF.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no RMS 52.421/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2018)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR ESTADUAL. POLÍCIA CIENTÍFICA. APROVADOS FORA DAS VAGAS PREVISTAS. NOMEAÇÃO DE PARTE DOS IMPETRANTES POR ATO ADMINISTRATIVO. PERDA DE OBJETO. IMPETRAÇÃO NO PRAZO DE VALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PRETERIÇÃO E DE VAGA DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTE.

1. Recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado em prol da nomeação de candidatos aprovados fora das vagas prevista para cargos da polícia científica do Estado. Os recorrentes alegam que teria havido a convocação da sua expectativa em liquidez e certeza em razão da convocação para exames médicos e para a realização de curso de formação, que seriam providências posteriores ao ato de nomeação.

2. Deve ser declarada a perda de objeto em relação à parte dos impetrantes em razão dos mesmos informarem ter havido a sua nomeação pela via administrativa (fls. 377-381). Precedente: AgRg no RMS 31.760/PA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.11.2011.

3. É sabido que, no prazo de validade do concurso público, a administração pública possui a discricionariedade para realizar as nomeações em atenção à conveniência e à oportunidade; no caso concreto, o certame foi homologado em 14.11.2008 (fl. 131) e prorrogado até 14.11.2012 (fl. 274), tendo sido protocolada esta impetração em 30.3.2012 (fl. 2).

4. A convocação dos candidatos para a realização de exames médicos e de curso de formação não é motivo suficiente para vincular a Administração Pública em realizar a sua nomeação, uma vez que a convocação da expectativa em liquidez e certeza somente poderia ocorrer no caso de existência de vaga disponível e de efetiva preterição, o que não é o caso dos autos. Precedente: RMS 47.852/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.11.2015. (grifo nosso)

Mandado de segurança extinto sem exame de mérito em relação aos candidatos nomeados e recurso ordinário improvido em relação aos remanescentes.

(STJ, RMS 42.041/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E POSSE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O acórdão proferido pelo Tribunal de origem apresenta-se em perfeita harmonia com a jurisprudência dominante nesta Corte Superior e no STF, que não reconhecem o direito líquido e certo à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas inicialmente no edital, ainda que para cargos criados por lei superveniente ou que venham a surgir em decorrência de vacância durante a validade do certame. (RMS 47.861/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/08/2015; MS 20.079/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14/04/2014 e AI 804705 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 14/11/2014).

2. A noticiada convocação da candidata para a realização de exames médicos pré-admissionais, por si só, não induz o surgimento de direito líquido e certo à nomeação. (grifo nosso)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no RMS 46.163/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 24/09/2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2018)

Obviamente, eventual imprevisibilidade pode vir a ensejar a cisão da investidura, com nomeação dentro do prazo de validade e posse e exercício posteriores, por exemplo. Para esse caso, em que situações excepcionais podem motivar a referida cisão, há entendimento do TCU pela possibilidade de perfectibilização completa do provimento após a validade do edital.

Nesse sentido, os acórdãos n. 3272/2015 e n. 2860/2013, cujos seguintes trechos se destacam:

Acórdão 3272/2015

A teor no disposto no inciso IV do art. 37 da Constituição Federal, “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”.

Como se vê, o dispositivo constitucional não determina posse, celebração do contrato de trabalho nem efetivo exercício dentro da validade do certame, mas tão somente convocação do aprovado em concurso público.

Acórdão 2860/2013

O inciso IV do art. 37 da Constituição Federal dispõe:

‘Art. 37. (...)

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;

4. Nota-se que o inciso IV do art. 37 exige que, durante a validade do concurso, o candidato, devidamente aprovado, seja **convocado** para assumir cargo ou emprego. A norma não determina que a celebração do contrato de trabalho ou o efetivo exercício ocorram dentro da validade do certame.

5. Essa convocação, no caso do regime estatutário, dá-se por meio de nomeação publicada no DOU. No caso do regime celetista, como é o caso dos autos, falece norma que a discipline. (grifos nossos)

Dessa maneira, há que se destacar que não existe tratamento diferenciado em razão de o candidato ter sido aprovado dentro ou fora do número de vagas, pois quando se trata da nomeação propriamente dita, a conclusão deve ser a mesma: a convocação do candidato – diga-se

nomeação, para os cargos efetivos – deve se dar dentro do período de validade do concurso, sendo possível que os demais atos que compõem a investidura (posse e exercício) sejam posteriores.

Há ainda que se distanciar a interpretação do art. 37, inciso IV, da Constituição da República, como fundamento ao possível alargamento da expressão “convocação”, atribuindo força de provimento a quaisquer atos convocatórios preparatórios à investidura. Isso porque, como bem explica José dos Santos Carvalho Filho, a inserção do referido inciso no texto constitucional teve como objetivo impedir a preterição na convocação de candidatos aprovados em novo certame quando ainda restam aprovados no concurso anterior:

A questão da precedência na convocação diz respeito ao velho hábito abusivo anterior de algumas Administrações de convocar candidatos para o provimento de cargos, mesmo havendo ainda aprovados no concurso anterior. A Constituição procurou sanar esse problema, dispondo no art. 37, 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”. A expressão *prazo improrrogável* constante do texto deve ser interpretada como o prazo dentro do qual tem validade o concurso. Aplica-se, pois, o direito de precedência na convocação tanto no prazo de validade fixado para o concurso, sem prorrogação, como no prazo de prorrogação, se tal fato ocorrer. Ambos são *improrrogáveis* e, desse modo, incide o direito de precedência.⁵

Em suma, não pode haver nomeação após o encerramento da validade do certame, admitindo-se, excepcionalmente, desde que inevitável, a cisão na investidura, cumprindo-se ainda os prazos legais estabelecidos para a posse e exercício do servidor.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 583-584.

Por derradeiro, menciona-se que essa assertiva não impede a ocorrência de nomeações fora do prazo de validade do concurso em razão do cumprimento de decisões judiciais, reputando-se pertinente, entretanto, a sua análise caso a caso.

A título exemplificativo, destaca-se o Parecer n. 22/2013 – PGE, no qual se aventou a possibilidade de provimento oriundo de determinação judicial após a validade do certame, já que reconhecida a nulidade da convocação do candidato em fase anterior à nomeação. Naquela situação, com o refazimento da fase após expirado o prazo de validade do certame, o candidato foi considerado apto e foi constatada a nomeação de candidatos aprovados em classificação posterior, além da existência de vagas em aberto.

(IV) QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS E ÓBICE À NOMEAÇÃO

A consulta trazida a este GPT suscita ainda a análise da questão sob o ponto de vista orçamentário.

De forma geral, toda ação governamental que implique criação ou aumento de despesa deve ser orientada pelo disposto nos arts. 16 e 17 da Lei Complementar Federal n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Especificamente quanto às despesas com pessoal, a referida lei estabelece limites e vedações decorrentes de sua inobservância, cumprindo destacar que o provimento em cargo público, se alcançado o limite máximo, somente pode se dar em decorrência de aposentadoria ou falecimento de servidor das áreas de educação, saúde e segurança, consoante prevê o art. 22, parágrafo único, inciso IV:

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

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

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

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

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

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

Assim, tem-se que, a despeito do reconhecimento de que o candidato aprovado possa ter direito líquido e certo à nomeação, certo é que o próprio ordenamento jurídico pátrio impõe a observância de balizas orçamentárias que visam ponderar um pretensão caráter absoluto conferido a tal direito.

Nesse ponto, cumpre destacar que o STF, tanto no RE 598.099, como no RE 837.311, supracitados, ressaltou que situações excepcionais podem justificar a não nomeação, uma vez demonstradas a superveniência, a imprevisibilidade, a gravidade e a necessidade da medida. E as vedações orçamentárias se encaixam perfeitamente neste panorama.

Nesse sentido, já se manifestou o STJ:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. APROVAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO. CADASTRO DE RESERVA. SUPERVENIÊNCIA. CRIAÇÃO. VAGAS. DEMONSTRAÇÃO. NECESSIDADE. SERVIÇO. PRETENSÃO. NOMEAÇÃO. INDEFERIMENTO. EXAME. AFIRMAÇÃO. LAUDO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO. COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. RECURSOS FINANCEIROS.

1. Em matéria de concurso público, a Administração Pública tem o dever de nomear tanto os candidatos aprovados dentro do limite de vagas previsto do edital de abertura quanto aqueles que se classificaram em cadastro de reserva, nesta última hipótese quando demonstrado o surgimento da vacância e a necessidade de serviço.

2. Essa obrigação, contudo, pode ser excepcionada desde que motivadamente e em caso da ocorrência de situação caracterizada pela superveniência, pela imprevisibilidade, pela gravidade e pela necessidade. Inteligência do entendimento

consolidado no RE 598.099/MS, relator o Em. Ministro Gilmar Mendes.

3. Caso concreto em que a Administração Pública do Distrito Federal conseguiu demonstrar que a pretensão de nomeação dos recorrentes apresentava-se impossível em razão da ausência de dotação orçamentária e de recursos financeiros, o que poderia ensejar a violação à Lei de Responsabilidade Fiscal. (grifo nosso)

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(STJ, RMS 39.167/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 12/08/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 7 fev. 2018)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DAS NOMEAÇÕES. COMPROVAÇÃO.

1. A aprovação do candidato dentro do cadastro de reservas, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento. Precedentes: RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011; RMS 37882/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 18/12/2012, DJe 14/02/2013; MS 18.570/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/08/2012; DJe 29/05/2012; RMS 32105/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30/08/2010.

2. A exceção a esta regra, desde que devidamente motivada pelo Poder Público e sujeita ao controle do Poder Judiciário, deve estar fundada nas características fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Nesse sentido, se houver sido alcançado o limite prudencial de dispêndios com folha de pessoal, assim declarado este fato pelos órgãos de controle interno e externo respectivos da Administração, tudo em razão do que dispõe o art. 22, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar nº 101/2000. (grifo nosso)

3. No presente caso, foram preenchidas todas as vagas disponibilizadas no edital do concurso, discutindo-se aqui o provimento dos novos cargos criados por lei. Ocorre que, apesar de haver essas novas vagas, há a demonstração de óbice orçamentário.

4. A autoridade coatora, buscando comprovar a existência de óbices de natureza financeiro-orçamentária que impedem a nomeação dos candidatos aprovados no

cadastro de reserva do concurso em que o ora Requerente foi aprovado, juntou os seguintes documentos: (i) estudo de impacto financeiro feito pela Coordenadoria de Planejamento deste Tribunal para a contratação de novos servidores; (ii) circular informando aos magistrados da suspensão da contratação de servidores, em razão da dificuldade orçamentária e financeira; (iii) Informações apresentadas ao CNJ no Pedido de Providências n. 0001100-34.2011.2.00.0000; (iv) decisão proferida pela CNJ no Pedido de Providências n. 0001100-34.2011.2.00.0000; (v) decisão administrativa prolatada no processo administrativo n. 0037133-09.2010.8.22.1111.

5. Tais documentos demonstram a ausência de dotação orçamentária para a realização das nomeações, uma vez que o orçamento previsto para o exercício de 2011 (Lei de Diretrizes Orçamentárias n. 2339/2010) não permitia a contratação de novos servidores, pois o crescimento dos créditos orçamentários fixados na Lei de Diretrizes Orçamentárias fora apenas de 4,5%.

6. Assim, como afirmado pelo Ministro Ives Gandra, Conselheiro do CNJ, na decisão proferida pela CNJ no Pedido de Providências n. 0001100-34.2011.2.00.0000, “a recusa justa e motivada da Administração em preencher vagas decorrentes de concurso público, como ora se dá, não viola os princípios encartados no art. 37 da CF, mormente o da legalidade. Se não há dotação orçamentária para fazer frente às nomeações, mesmo tendo-se buscado, não se pode brandir o direito subjetivo à nomeação, haja vista a responsabilização a que se submete o gestor, nos termos das leis orçamentárias e das disposições constitucionais. O reconhecimento da existência de necessidade de servidores não garante, por si só, a nomeação de candidatos, se o orçamento desse ano não suporta o acréscimo de despesas” (fls. 161). (grifo nosso)

7. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(STJ, RMS 37.700/RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 10/04/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07 fev. 2018)

Desta feita, tem-se que, ainda para os candidatos aprovados dentro do número de vagas, o provimento do cargo está condicionado ao atendimento às regras atinentes ao gasto com pessoal, revelando-se necessária, no entanto, a *inequívoca* demonstração, por parte da Administração, de que a despesa implicará descumprimento da legislação.

Cumpra excepcionar, nesse ponto, as contratações decorrentes de decisão judicial, por expressa previsão no art. 19, § 1º, inciso IV, da LRF:

Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:

I - de indenização por demissão de servidores ou empregados;

II - relativas a incentivos à demissão voluntária;

III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição;

IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

V - com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional nº 19;

VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:

a) da arrecadação de contribuições dos segurados;

b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;

c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro.

§ 2º Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20. (grifos nossos)

Por derradeiro, frisa-se que a escusa administrativa lastreada em restrições orçamentárias somente será considerada válida quando prévia e sujeita aos requisitos legais, revelando-se imprescindível a observância aos pressupostos elencados pelo STF: a superveniência, a imprevisibilidade, a gravidade e a necessidade da medida.

Nesse particular, inclusive, recomenda-se a expedição de ato específico e motivado pela Administração Pública, devidamente acompanhado de documentação comprobatória pertinente, antes do

encerramento de concurso público, tão logo constate a impossibilidade de nomeação dos aprovados nas vagas ofertadas no certame em virtude de indisponibilidade orçamentária.

Sobre o assunto, imprescindível destacar a conclusão apresentada por Cristiana FORTINI e Fabrício MOTTA:

O procedimento do concurso público representa importante mecanismo de inserção social. Essa faceta, nem sempre recordada, é elemento que se agrega aos diversos argumentos empregados no sentido de se concluir pelo direito à nomeação, como regra, a proteger os interesses dos candidatos aprovados dentro do número de vagas constantes do edital.

Sinalizada a intenção de incrementar a massa laboral, com a publicação de edital que se espera fruto de planejamento e estudos, a Administração Pública provoca a adesão de interessados, convictos de que, se exitosos, figurando entre os classificados para as vagas informadas, o passo seguinte será a nomeação.

Posturas desapegadas dos princípios da segurança jurídica, da boa fé e da confiança legítima não mais encontram guarida na jurisprudência dominante. **A não nomeação será tolerada diante de argumento sólido, devidamente comprovado que efetivamente afaste a hipótese de desrespeito ao interesse privado e também ao interesse público. (grifo nosso)**⁶

6 FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Concurso Público e o direito à nomeação. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 16, n. 56, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236239>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

(V) CONCLUSÕES EM RESPOSTA AOS QUESTIONAMENTOS FORMULADOS

Ante todo o exposto, o Grupo Permanente de Trabalho de Servidores Públicos (GPT9) apresenta as conclusões em resposta aos questionamentos feitos pelo Sr. Procurador-Chefe da Coordenadoria Consultiva:

- a) é dever da Administração nomear candidato aprovado dentro do número de vagas estipuladas no edital, conforme decidido pelo STF, no RE 598.099;**
- b) aqueles que atinjam as vagas em razão de desistência dos candidatos classificados em posição anterior ou de novas vagas ofertadas em edital complementar possuem direito à nomeação nas mesmas condições dos aprovados dentro do número de vagas;**
- c) a Administração não tem o dever de nomear candidato aprovado fora do número de vagas ofertadas no certame quando surgirem novas vagas, seja em razão de vacância, seja em razão da criação por lei, ou caso aberto novo concurso, conforme decidido pelo STF, no RE 837.311;**
- d) o provimento de cargos públicos, por candidatos aprovados dentro do número de vagas ou fora do número de vagas, deve se dar no prazo de validade do certame;**
- e) excepcionalmente, o provimento dos cargos públicos pode ser cindido, sendo imperiosa, no entanto, a nomeação dentro do prazo de validade do concurso, nos termos do que dispõe a Constituição Federal e o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Paraná (Lei n. 6.174/70);**

- f) a corriqueira “convocação” dos candidatos aprovados antes da nomeação para a apresentação de documentação complementar, para “aceite de vaga”, para a realização de exames médicos, não pode ser confundida com atos administrativos de provimento do cargo, vale dizer, nomeação e posse, e não gera direito à nomeação ou indenização do candidato;
- g) as restrições orçamentárias, desde que devidamente motivadas, podem fundamentar a ausência de nomeação de candidatos durante a validade do certame; encerrada a validade, não poderá haver nomeação sob a justificativa de que a indisponibilidade de recursos cessou.

(VI) CONSIDERAÇÕES FINAIS E RECOMENDAÇÕES

Em remate, salienta-se que as considerações apresentadas dirigem-se a todos os servidores públicos efetivos submetidos ao Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Paraná (Lei Estadual nº 6.174/70), não sendo possível a aplicação automática a servidores sujeitos a estatutos ou regulamentos próprios.

Após a aprovação do presente, recomenda-se a expressa revogação dos pareceres em sentido contrário, e em especial o Parecer PGE n. 10/2010⁷ (bem como outros exarados no mesmo contexto fático), com o objetivo de centralizar o tratamento da questão em manifestação única e evitar conflitos interpretativos.

Ademais, como medida preventiva, sugere-se a comunicação da Secretaria de Estado da Administração e Previdência (SEAP), por

7 O Despacho 131/2018-PGE revogou o Parecer n. 10/2010 (nota da Comissão Editorial).

intermédio de orientação administrativa, para que seja observada a legislação federal e estadual mencionada no parecer encimado no trâmite de todos os concursos públicos estaduais.

Curitiba, 1º de março de 2018.

GUILHERME HENRIQUE HAMADA

Procurador do Estado

KARINA LOCKS PASSOS

Procuradora do Estado

LUCIANA DA CUNHA

Procuradora do Estado

MARINA CODAZZI DA COSTA

Procuradora do Estado

BRÁULIO CESCO FLEURY

Procurador do Estado