

APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E DIREITO À NOMEAÇÃO

Raul de Mello Franco Júnior¹

Conforme estabelece o art. 37, inc. II do Texto Maior, a investidura em cargo ou emprego público depende, em regra, de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. O mesmo texto constitucional impõe que o prazo de validade do concurso será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período (art. 37, inc. III). As regras constitucionais buscam, a um só tempo, prestar homenagem ao princípio republicano (assegurando a todos a ampla possibilidade de participação na Administração Pública) e garantir o cumprimento do princípio da impessoalidade, integrante do complexo principiológico indicado no *caput* do mesmo artigo 37.

O provimento autônomo de cargo ou emprego público é ato formal. Homologado o resultado das provas, com a elaboração do rol dos classificados, o preenchimento da vaga somente será alcançado com o ato de nomeação, seguido da posse e do início de exercício. A nomeação é ato de investidura, o qual se completa com a posse, *conditio juris* da função pública. O candidato nomeado tem direito à posse (cf. Súmula 16, STF), daí o pertinente questionamento: **é possível obrigar a Administração a nomear?** Em outras palavras: se o concurso público é de exigência constitucional, o candidato classificado tem o direito de exigir, dentro do prazo de validade do certame, a sua nomeação e conseqüente posse?

É praticamente unânime o posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre o tema: o candidato aprovado não tem, em princípio, direito líquido e certo à nomeação. A Suprema Corte, repetidas vezes, decidiu que o momento do provimento dos cargos, tal qual o de abertura de concurso para o preenchimento das vagas existentes, é de livre discricção do Poder Público. Inscreve-se no círculo de discricionariedade do administrador, ou seja, incumbe ao gestor público aferir a conveniência e oportunidade da nomeação. Impende dizer, portanto, que o candidato aprovado tem apenas expectativa de direito quanto à nomeação.

Este entendimento, contudo, exige a análise de duas importantes situações que, estas sim, fazem desabrochar o direito do candidato à nomeação, inclusive, se necessário, pela força de provimento judicial.

¹ O autor é Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, professor de Direito Constitucional do Centro Universitário de Araraquara (UNIARA) e Mestre em Direito pela UNESP.

A primeira decorre de ato comissivo da Administração que, com o intuito de efetivar o provimento da vaga, convoca pessoa diversa daquela que seria, na ordem de classificação do concurso válido, o primeiro ou próximo vocacionado. Eis algumas hipóteses que podem configurar essa errônea: a) nomeação, ainda que a título precário, de pessoa não concursada ou não classificada; b) nomeação efetuada em desrespeito à ordem de classificação dos aprovados; c) nomeação de candidato aprovado em concurso posterior, para os mesmos cargos ou empregos, quando ainda vigente o concurso anterior cujo rol de aprovados não se esgotou etc.

Em qualquer caso, o candidato preterido pode exigir, inclusive através do mandado de segurança, a sua nomeação. O direito do concursado nasce do fato de que o ato administrativo anterior significou desrespeito à essência do comando constitucional. Com efeito, de nada valeria a regra matriz se pudesse o administrador, a seu alvedrio, evidenciando a necessidade atual do provimento e a perenidade da vaga, nomear alguém alheio ao concurso ou preterir algum aprovado, desrespeitando a lista classificatória.

A segunda situação que pode ensejar o legítimo inconformismo do candidato concursado, justificando o pleito de nomeação compulsória, decorre de ato omissivo da Administração. O prazo de validade do concurso traça a linha temporal a partir da qual não mais se admite, por ato administrativo, nomeação válida daqueles aprovados. Não há, como regra geral, comando que obrigue o administrador a agir dentro desse prazo, mas esta estipulação, em regramento local, não fere a Lei Maior. Por conseguinte, a lei, o próprio edital ou o regulamento do concurso pode contemplar disposição temporal expressa para a nomeação, ajustando prazo deflagrado a partir da publicação do ato homologatório do certame. Neste caso, havendo norma que garanta ao aprovado o direito à nomeação dentro de certo lapso de tempo, a Administração tem o poder-dever de cumpri-la. Há abuso de poder se não o faz.

Assim ocorre, por exemplo, se há regra dispondo que os classificados serão nomeados no prazo de noventa dias. Na hipótese, não há discricionariedade, mas ato administrativo vinculado, de observância obrigatória, haja vista que a Administração Pública é serva da lei. Se permanece inerte, a partir do 91º dia os candidatos não nomeados (considerado o número de vagas) poderão atacar o ato administrativo, de natureza omissiva, valendo-se do mandado de segurança. O prazo decadencial (120 dias), no caso, inaugura-se justamente a partir do primeiro dia após o vencimento do lapso legal previsto para a nomeação.

Ainda sobre a hipótese em comento, vale lembrar que se o ato de nomear estiver subordinado a prazo certo, inscrito na Constituição Estadual, na lei orgânica (no caso dos Municípios ou do DF) ou na legislação vigente (v.g., estatuto do funcionalismo ou lei especial), é inválida a regra do edital ou do regulamento do concurso que desconsidere este prazo ou disponha de modo diverso.

Importante notar que esta disposição especial não se confunde com o prazo de validade ou eficácia do concurso, cujos parâmetros, como dissemos, são gizados na própria Constituição Federal e se consubstanciam no edital.

Por fim, mister destacar que nas duas situações sobre as quais discorreremos o candidato aprovado que almeje a nomeação somente poderá alcançar êxito se demonstrar que reúne, inquestionavelmente, todas as condições para a posse, satisfazendo as exigências constitucionais, legais e editalícias (ausência de impedimento constitucional para a nomeação, habilitação ou qualificação profissional, diploma, estágio, experiência comprovada etc.).

(artigo publicado no Jornal da Justiça de Araraquara – Ano III – 01.03.2007 – p. 03).