

zênite

de Direito Administrativo e LRF IDAF

Ano IV nº 10 2002

ISSN 1980-2358

Com ênfase em
Regime de Pessoal
Estatutário e Celetista

EF
AF
IDAF

DOCTRINA

- 913** Organizações sociais e fundações privadas – Uma análise comparativa
Leonardo Cavalcanti Moraes
- 923** Mandado de segurança impetrado por servidor ou juiz da Justiça do Trabalho contra ato administrativo de presidente de TRT – Competência pelo critério da matéria (EC nº 45/04) – Julgamento pelo juízo federal comum
Izidoro Oliveira Paniago
- 930** Dez anos de Lei de Responsabilidade Fiscal – A experiência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo
Flavio C. de Toledo Jr.
Sérgio Ciquera Rossi
- 939** Considerações sobre a nova contabilidade societária – Uma abordagem introdutória
Inaldo da Paixão Santos Araújo
Alexandre Alcantara da Silva
- 945** Sobre a incompatibilidade do exercício da função de inspetor sanitário e o acúmulo de emprego ou prestação de serviços no setor regulado
Aldem Johnston Barbosa Araújo
- 955** Da obrigação (ou não) das Secretarias de Assistência Social no atendimento de adultos no cumprimento de penas restritivas de direito
Cirino Adolfo Cabral Neto
- 958** O STJ, o STF e o concurso público – Os atos de nomeação e prorrogação praticados em concursos públicos, segundo a visão dos tribunais superiores
Eduardo Ramos Caron Tessierelli

ORIENTAÇÃO PRÁTICA

- 964** Férias – Concessão – Servidor público federal – Primeiro período aquisitivo – Cômputo de tempo de serviço prestado no exercício de cargo em comissão – Possibilidade
- 966** Aposentadoria por invalidez – Critérios para concessão e cálculo de proventos

PERGUNTAS E RESPOSTAS

- 970** 1. Concurso público – Nomeação – Período eleitoral – Processo seletivo realizado anteriormente – Considerações.
- 970** 2. Concurso público – Posse – Apresentação de diploma de curso superior – Exigência editalícia de diploma de nível médio técnico – Aceitação – Possibilidade.

- 971** 3. Eleições – Publicidade legal e publicidade institucional – Cautelas.
- 973** 4. Operação de crédito – Antecipação de receita – Requisitos.
- 973** 5. Sanções administrativas – Advertência – Prescrição.
- 975** 6. Sanções administrativas – Suspensão – Conversão em multa – Possibilidade.
- 975** 7. Aposentadoria – Adicional de insalubridade – Incorporação aos proventos de aposentadoria – Possibilidade.
- 976** 8. Jornada de trabalho – Horário especial – Estudante – Disponibilidade de turmas em período compatível com a jornada normal – Apresentação de justificativa por parte do servidor – Desnecessidade.
- 977** 9. Remuneração – Auxílio-moradia – Sociedade de economia mista – Concessão a empregados e dirigentes – Considerações.
- 979** 10. Improbidade administrativa – Sujeito ativo – Dirigentes e médicos de hospitais privados conveniados ao SUS – Possibilidade.

LEGISLAÇÃO

- 980** Orientações Normativas nºs 29 a 32, da Advocacia-Geral da União, de 15 de abril de 2010

JURISPRUDÊNCIA

- 982** Agravo Regimental no Recurso Especial nº 576.442
Indenizações – Auxílio-transporte – Natureza propter laborem.
- 984** Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.137.606
Prerrogativas de função – Direito de preferência – Imóvel funcional – Requisitos – Considerações.

TRIBUNAIS DE CONTAS

- 987** Acórdão nº 721/2010 – 1ª Câmara
Aposentadoria – Proventos – Integrais – Não preenchimento do requisito denominado “pedágio” – Ilegalidade.
- 991** Acórdão nº 295/2010 – 1ª Câmara
Indenizações – Ajuda de custo – Deslocamento – Caráter não eventual – Agente honorífico – Residência em outro município – Pagamento – Possibilidade.

DESTAQUES JURISPRUDENCIAIS

- 1006** Tribunal Regional Federal da 5ª Região

DOCTRINA

Penal, porque a natureza das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente não se compatibilizam com as penas previstas no Código Penal, tendo natureza e finalidade distintas. Precedentes do STJ e do TJMG. - Uma vez constatada a necessidade de o adolescente ter um acompanhamento profissional particularizado, a fim de ser diligenciada sua profissionalização e inserção no mercado de trabalho, além da fiscalização de sua matrícula e frequência escolar, afigura-se adequada a medida socioeducativa de liberdade assistida, a qual se mostra suficiente, por si só, para a ressocialização do infrator, tornando dispensável a cumulação com a prestação de serviços à comunidade. (TJ/MG, APCR nº 1.0016.08.086504-7/0011, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJEMG de 11.01.2010.)

O que se vê, em verdade, é que o município, conforme citado anteriormente, se encontra assolado com problemas locais que enfrenta no seu dia a dia, e que não consegue atender a toda a demanda, e ainda, com a falta de recursos públicos para promover programas de gestão pública.

Nesse sentido, entende-se que quanto ao cumprimento de pena por meio de serviço de prestação à comunidade, por ser uma obrigação do Estado na ressocialização do apenado, o ônus não cabe tão somente ao Poder Executivo.

Com a falta de recursos financeiros e de pessoal habilitado no serviço público, o Poder Executivo municipal não consegue arcar com a obrigação de fiscalização dessas pessoas.

Assim, não pode o Poder Judiciário cobrar do Poder Executivo algo que não está diretamente ligado à sua incumbência, sob pena de afronta ao princípio do pacto federativo.

Diante desse quadro, observa-se que uma alternativa para esse contencioso é a parceria entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, juntamente à sociedade civil, na instituição de "patronatos" destinados a prestar assistência e fiscalização dessas penas.

✦ ✦ ✦

O STJ, O STF E O CONCURSO PÚBLICO – OS ATOS DE NOMEAÇÃO E PRORROGAÇÃO PRATICADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS, SEGUNDO A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

por **EDUARDO RAMOS CARON TESSEROLLI**

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor de Direito Administrativo do Próximo Passo – Preparatório para Concursos.

APRESENTAÇÃO

Os concursos públicos tornaram-se primeira opção na vida dos brasileiros que procuram uma carreira segura, estável. Isso foi motivo suficiente para despertar em mim o interesse pelos temas sempre polêmicos acerca desse procedimento para seleção de pessoal.

Dessa forma, passei a estudar os temas referentes ao concurso público e me deparei com uma questão interessantíssima, que ora compartilho: o ato administrativo de nomeação de candidatos é dever da Administração ou faculdade? Ou ainda, existem requisitos objetivos que a Administração Pública deve observar ao editar o ato, ou tais não existem e a autoridade está livre para prover os cargos como lhe aprouver, ignorando a finalidade pública objetivada pela deflagração do certame?

Portanto, podemos afirmar que o cerne temático desta exposição é a atividade discricionária e a vinculada da Administração Pública quanto à edição do ato de nomeação e de prorrogação após aprovação em concurso público. Essas questões serão abordadas e algumas opiniões expostas a fim de contribuir para a evolução da temática.

INTRODUÇÃO

A partir do século XIX, o Estado passou a sofrer transformações frente aos anseios da burguesia manifestados na Revolução Francesa, o que deu início à fase do Estado Moderno, denominado, em seu primeiro momento, de Estado Liberal. Nesse período, o Estado era compreendido, pela doutrina do liberalismo, como um mal necessário.

A implementação do liberalismo acarretou a liberdade econômica e a livre iniciativa dos indivíduos que passaram a perseguir objetivos econômicos próprios. O Estado se voltou para a limitação do poder a fim de favorecer a liberdade do indivíduo.

Entre os ideais liberais estava a submissão do Estado ao direito e, principalmente, à lei, originando-se o princípio da legalidade. Segundo esse princípio, a lei determinaria qual o âmbito de atuação estatal, que seria muito restrito, e que todos os homens são iguais perante a lei.

A igualdade perante a lei era meramente formal, pois não permitia o tratamento dos homens segundo suas diferentes demandas e necessidades, considerando-os materialmente iguais. Tal ideal oportunizou o cometimento de abusos pela burguesia, classe dominante à época, sob o manto do princípio da igualdade formal.

Com o advento do segundo momento do Estado Moderno, o **Estado de Bem-Estar Social**, os objetivos passaram a ser a regulação pelo Estado das relações sociais e econômicas da sociedade e a realização material da igualdade com a prestação de serviço público a todos, indistintamente.

Nesse período, houve um incremento no princípio da legalidade diante da constitucionalização dos direitos individuais, o que levou a Administração Pública e os indivíduos a observar os mandamentos de todo o ordenamento jurídico, e não mais, apenas, o que dispunha a lei em sentido formal, ato normativo primário. Portanto, o princípio da legalidade deve ser entendido no sentido de **juridicidade**, segundo lição

de Cármen Lúcia Antunes Rocha: "direito fundamental do indivíduo e dever da Administração Pública".¹

Significa dizer que a Administração Pública, modernamente, não está sujeita apenas ao que dispõe a lei, mas ao Direito como um todo.

Fala-se da juridicidade (ou legalidade) diante da previsão do art. 37, inc. I, da CF, que vincula o estabelecimento de requisitos pela lei para o acesso a cargos, empregos e funções públicas por indivíduos que os preencham.

A lei referida no inc. I do art. 37 da CF será federal, estadual, distrital ou municipal, correspondendo à esfera, a que pertence o cargo, se da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios. Assim ocorre porque a criação de cargos públicos é matéria que se refere à organização administrativa, e cada entidade federativa pode editar atos legislativos relativos à sua esfera.²

Persiste a orientação de que a lei é um recurso que busca equiparar os cidadãos dentro dos parâmetros de igualdade estabelecidos pela Constituição, impedindo os arbítrios na estipulação de critérios para a seleção de candidatos aptos ao desenvolvimento do serviço.

Portanto, a lei determinará o procedimento prévio e as hipóteses para a investidura, o que representa a subsunção do agir administrativo às finalidades legais.

O concurso público é a forma primária para o acesso a cargos, empregos e funções públicas, cujas normas gerais estão definidas no art. 37, incs. II, III e IV, da CF. A investidura em cargo público demanda a aprovação em concurso público prévio, de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do cargo, na **forma prevista em lei** (inc. II). Mais

¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 81.

² FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso público e constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 249.

DOCTRINA

uma vez se está diante de menção ao princípio da legalidade.

No entanto, os dispositivos que ocupam o centro das atenções desta exposição são os incs. III e IV do art. 37, que dizem:

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

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;

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar os dispositivos citados, afirma o dever de a Administração Pública cumprir exatamente o que está previsto no edital e advoga a possibilidade de nomeação de candidatos classificados em número superior ao número de vagas previstas no edital, desde que surjam dentro do prazo de validade do concurso:

Os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período (art. 37, III), isto é, por tempo igual ao que lhes haja sido originariamente consignado (art. 37, IV). No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para a nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV). Como consequência desta prioridade, a Administração só com eles poderá preencher as vagas existentes dentro de seu período de validade quer já existissem quando da abertura do certame, quer ocorridas depois. É certo, outrossim, que não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra, nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isto seria um desvio de poder. Com efeito, se fosse possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma 'letra morta'.³

A Constituição da República determinou quais as normas gerais para prorrogação e nomeação, mas não ofereceu rol de hipóteses de prorrogação, tampouco regras sobre a nomeação de candidatos aprovados. Ademais, não faz sentido a Constituição descer a tais minúcias, mas, cabe ao legislador infraconstitucional esti-

pular o regramento, o que não ocorreu até os dias atuais.

DIREITO À NOMEAÇÃO E À PRORROGAÇÃO, SEGUNDO O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Não obstante, conforme dispõe o inc. III, a prorrogação do concurso ocorrerá uma única vez e pelo mesmo período estipulado no edital do concurso, que não poderá ser superior a dois anos.

No entanto, a leitura do inc. IV remete à ideia de garantia ao candidato de que terá precedência na nomeação em relação a novos concursados enquanto durar o prazo de validade do concurso.

Nesse sentido, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 12, § 2º, dispõe que "não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado no concurso anterior com prazo de validade não expirado". O Supremo Tribunal Federal sumulou a questão (Súmula nº 15: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação).

Por isso, após o julgamento de inúmeras demandas, o STF assentou que:

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. (STF, RE nº 192568, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 13.09.1996.)

Esse *leading case* revigorou o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que é a lei interna do concurso, e obrigou, naquele caso, à Administração Pública a observância do número de vagas ofertadas que ela própria estipulou no edital, que é, segundo classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, um **ato-regra**

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 279-280.

por criar situações gerais, abstratas e impessoais dentro de uma relação jurídica.⁴

**A PRORROGAÇÃO DO CONCURSO
SOMENTE PODERÁ SER REALIZADA
SE O PRIMEIRO BIÊNIO NÃO HOUVER
EXPIRADO, POIS SOMENTE O QUE
EXISTE É PRORROGÁVEL**

A Min. Ellen Gracie, ao relatar o Agravo de Instrumento nº 373054 AgR/SP, traçou a nova orientação que passaria a ser amplamente adotada pelas Cortes do País, contrária àquela oferecida pelo Min. Marco Aurélio: "a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à investidura no cargo pleiteado" (AI nº 373054-AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 03.09.2002, DJ de 27.09.2002), garantindo ao candidato, apenas, a não preterição por outro concorrente com classificação inferior à sua no decorrer da validade do certame.

Destaque-se: a prorrogação do concurso somente poderá ser realizada se o primeiro biênio não houver expirado, pois somente o que existe é prorrogável. Nesse sentido, o STF decidiu o RE nº 201.634/BA. Essa é a ementa do julgado:

Recurso extraordinário. Mandado de segurança. Concurso público. Prazo de validade. Prorrogação. Inexistência, no caso, de fundamento autônomo do acórdão recorrido que não foi atacado. Não permite o disposto no artigo 37, III, da Constituição que, escoado o prazo de dois anos de validade do concurso público, sem que tenha ele sido prorrogado, possa a Administração instituir novo prazo de validade por dois anos, pois prorrogar é estender prazo ainda existente para além de seu termo final. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE nº 201.634/BA, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.05.2002.)

Dessa lógica concluiu-se que o ato de nomeação é uma mera liberalidade, "um ato discricionariamente puro" (Luciano Ferraz), pois as Administrações Públicas passaram a publicar editais de concursos para seleção de pessoal, nos quais constavam número de vagas que não eram preenchidas ao termo final do certame. Essa prática foi, desde o início, rechaçada pela doutrina.

Como afirmam Paulo Roberto Ferreira Motta e Raquel Dias da Silveira:

por força dos princípios da moralidade, da boa-fé e da segurança jurídica não podem os administradores instaurar concurso público, angariarem taxas de inscrições de milhares de candidatos e depois, não honrarem com a nomeação do número mínimo de vagas veiculadas no edital. Ademais, uma vez publicadas em edital o número mínimo de vagas ofertadas pelo concurso, também por força dos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração fica obrigada a seguir as disposições constantes no ato normativo levado ao conhecimento dos cidadãos.⁵

Dessa forma, se a Administração está vinculada ao edital, o ato de nomeação recebe novos temperamentos e passa a ser considerado como ato vinculado às regras daquele ato-regra. Nesse sentido decidiu o STJ em sede de RMS nº 15034/RS, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ATO VINCULADO. Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF. Recurso provido. (STJ, RMS nº 15034/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 29.03.2004.)

⁴ Ibid., p. 422.

⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 334.

DOCTRINA

Não obstante a plausibilidade da orientação adotada pelo STJ no aresto supracitado, o entendimento ideal, aquele que, em minha opinião, fundamentará o pleno atendimento da finalidade prevista na seleção mediante concurso público, foi atingido no julgamento do RMS nº 15180/PR, Relator o Min. Paulo Medina.

Nesse aresto, a 6ª Turma do STJ desvinculou o direito à nomeação das vagas previstas no instrumento convocatório, reconhecendo que:

É unânime na jurisprudência o entendimento de que os aprovados em concurso público possuem mera expectativa de direito à nomeação; todavia, essa expectativa faz nascer direito subjetivo se, dentro do prazo de validade do concurso, surgem novas vagas não previstas no edital. (STJ, RMS nº 15180/PR, Rel. Ministro Paulo Medina, DJ de 06.10.2003.) (Grifamos.)

Mesmo diante da evolução da jurisprudência das mais altas Cortes do País, o STF e o STJ, órgãos e entidades da Administração Pública deixaram de convocar candidatos aprovados para vagas existentes, previstas ou não no edital, para viabilizar a contratação destes, ou de terceiros, precariamente, com fundamento no art. 37, inc. IX, da CF, ou realizar a execução indireta mediante terceirização.

O Supremo Tribunal Federal não silenciou diante desse comportamento. Nesse sentido, a Segunda Turma decidiu que:

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Concurso Público. Nomeação. Ordem de classificação. Observância. Preterição. Inexistência. Aplicação da súmula 15. (...). (STF, RE nº 306938-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe nº 121 de 11.10.2007.)

1. Concurso público: terceirização da vaga; preterição de candidatos aprovados: direito à nomeação: uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso. (...). (STF, AI nº 440895-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 20.10.2006.)

Como essas contratações são realizadas em benefício do Poder Público, o princípio da razoabilidade se apresenta hábil a consagrar o direito subjetivo à nomeação dos aprovados no certame porque, nesses casos, está clara a

necessidade de servidores para executar as finalidades da Administração.

Sempre que se fala em direito subjetivo à nomeação, remete-se à ideia de que é um efeito da vinculação do ato administrativo ao Direito: se a Administração **deve** observar os requisitos da juridicidade, ao particular exsurge um **direito subjetivo** à prática do ato e este poderá exigí-lo perante o Poder Judiciário.

Nesse sentido, a Sexta Turma do STJ firmou entendimento que corrobora o posicionamento adotado neste trabalho:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL ASSEGURANDO A NOMEAÇÃO DOS APROVADOS DENTRO DAS VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. (...). 2. No entanto, reveste-se de ilegalidade o ato omissivo do Poder Público que não observa comando legal que assegura a nomeação dos candidatos aprovados e classificados até o limite de vagas previstas no edital, no prazo de 120 (cento e vinte dias) contados da homologação do concurso público, por se tratar de ato vinculado. 3. Precedentes. 4. Recurso provido. (STJ, RMS nº 10877/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 10.03.2003.) (Grifamos.)

E a Quinta Turma assim ementou:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO PROVIDO. 1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos. 2. A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa à direito subjetivo. 3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado. 4. Recurso provido para determinar a investidura da recorrente no cargo de Médico Generalista para o qual foi devidamente aprovada. (STJ, RMS nº 26507/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 20.10.2008.) (Grifamos.)

O mesmo entendimento pode ser adotado para a prorrogação da validade do concurso público, pois defendemos o mesmo posicionamento sustentado por Luciano Ferraz no sentido de:

haver direito subjetivo dos aprovados à prorrogação do prazo de validade, direito este que somente deixará de prevalecer se a Administração puder razoavelmente justificar – atendendo ao princípio da motivação – o porquê de não se efetivar prorrogação.⁶

Assim, prorrogado o prazo de validade, à medida que surgirem novas vagas, os aprovados terão direito subjetivo presumido à nomeação.

Não obstante, o STJ, *data venia*, regrediu mais de doze anos de evolução do direito à nomeação de candidato aprovado em concurso ao decidir que:

1. O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições. 2. A prorrogação do prazo de validade de concurso público é ato discricionário da Administração, sendo vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios de conveniência e oportunidade adotados. (STJ, RMS nº 25501/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 14.09.2009.)

Demonstramos que somos contra o posicionamento adotado no julgamento do RMS nº 25.501/RS pela Quinta Turma do STJ porque está a negar direito líquido e certo do candidato à nomeação e à prorrogação do concurso, atos que, *data venia*, são editados em exercício de competência vinculada e, por isso, não se trata de liberdade da Administração Pública escolher qual a melhor opção entre aquelas possibilitadas pela Constituição da República e pela lei.

⁶ FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso público e constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 253-254.

CONCLUSÃO

O Direito Administrativo contemporâneo esforça-se cotidianamente a superar certos dogmas para edificar um novo paradigma teórico: o Direito construído com base em princípios, substituindo aquele por regras; a afirmação da tese da vinculação da atividade administrativa ao Direito, principalmente quanto ao exercício da competência discricionária, como entende Luciano Ferraz.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e na cidadania, cuja Constituição carrega em seu capítulo da ordem econômica os princípios da valorização do trabalho e a busca do pleno emprego, necessário se faz a ampliação do leque de garantias aos candidatos.

Os desvios de finalidade praticados pela Administração Pública brasileira (de qualquer âmbito), quais sejam, as contratações dos aprovados ou terceirizações precárias irregulares, deixam clara a necessidade da mão de obra dos candidatos aprovados, e o surgimento de novas vagas transforma a mera expectativa em direito subjetivo.

Portanto, conforme exposto, os candidatos aprovados em concurso público possuem direito subjetivo presumido à nomeação e à prorrogação do prazo da validade em concurso público, diante do caráter vinculado da atividade administrativa atinente à seleção de pessoal para o serviço público.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso público e constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 245-255.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 305-337.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

