

Concurso público e direito à nomeação: Evolução da jurisprudência do STJ e STF sob a égide da Constituição de 1988

Núbia Martins Domingues

Sumário: 1 Introdução; 2 Metodologia adotada; 3 A concepção clássica; 4 Evolução jurisprudencial: reconhecimento do direito subjetivo em certos casos; 5 O reconhecimento do direito subjetivo à nomeação pelo STJ; 6 Indícios de mudança no entendimento do STF; 7 Uma nova concepção sobre o direito à nomeação em concursos públicos; 8 Conclusão; Referências

1 Introdução

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos dentro do número de vagas tem dado sinais de evolução. Todavia, muito longe daquilo que, por vezes, vem sendo divulgado pela mídia. Um “*site*” especializado em fornecer informações para candidatos de concursos, PCI Concursos,¹ divulgou que:

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, **desde que dentro das vagas previstas no edital**, exceto as de cadastro de reserva, tem direito líquido e certo à nomeação/admissão. (*grifos nossos*)

COSTA, Bernardo Brandão. Direito à nomeação dentro do número de vagas. Disponível em: <<http://www.pciconcursos.com.br/consultoria/direito-a-nomeacao-dentro-do-numero-de-vagas>>. Acesso em 23/05/2010.

Todavia, a jurisprudência daquele Tribunal não é tão pacífica assim, havendo decisões esparsas em sentido diverso². Cabe lembrar, ainda, que matéria constitucional é competência do Supremo Tribunal Federal e que, no âmbito deste Tribunal, essa linha de entendimento mostra-se apenas uma tendência que vem ganhando espaço e, mesmo assim, com diversas ponderações.

De fato, a jurisprudência parece caminhar nesse assunto rumo ao reconhecimento de um direito à nomeação dos aprovados no número de vagas, entendendo alguns a existência de verdadeiro direito subjetivo³. Por outro lado, esse entendimento ainda não está consolidado e ainda remanescem profundas divergências no assunto.

A doutrina se encontra igualmente dividida, adotando desde posturas mais conservadoras (a tese de que a aprovação dentro do número de vagas gera tão somente expectativa de direito), até entendimentos diametralmente opostos, afirmando existir um incontestável direito subjetivo à nomeação.

Este trabalho visa analisar a evolução dos entendimentos jurisprudenciais a respeito da matéria, dando destaque aos precedentes inovadores surgidos nos últimos anos, como objetivo de evidenciar a tendência a um reconhecimento mais amplo do direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, em detrimento de uma postura autoritária de outrora, que reconhecia a existência de mera expectativa de direito. Serão pontuadas, também algumas posições doutrinárias sobre o assunto. Essa evolução será analisada, sobretudo, no âmbito do STF, uma vez que envolve de matéria constitucional. No entanto, serão trazidas também decisões do STJ, onde se encontra mais sedimentado o entendimento de que há direito subjetivo à nomeação.

2 Nesse sentido, confirmam-se as seguintes decisões: STJ. Terceira Seção. MS 9.909/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 09/03/2005, DJ 30/03/2005, p. 131; STJ. Quinta Turma. RMS 19.614/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 15/09/2005, DJ 17/10/2005, p. 320 e STJ. Quinta Turma. RMS 25.601/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 27/03/2008, DJe 05/05/2008.

3 A respeito, confira-se: STJ. AgRg nos EDcl no Ag 1334659/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14/04/2011, DJe 19/04/2011.

Como será demonstrado adiante, a jurisprudência tem transitado entre pólos extremos, bem como por posições mais moderadas. Em meio a tantas controvérsias, tentaremos demonstrar que é preciso contemplar uma posição intermediária, pois só assim é possível conciliar o conflito entre os interesses individuais e o interesse público, conflito este que se encontra no cerne de toda a questão.

2 Metodologia adotada

A vertente metodológica adotada é a jurídico-sociológica, pois, a investigação não será limitada ao âmbito restrito do ordenamento jurídico, voltando-se para um dado social relevante: a posição do cidadão que presta concurso público perante a arbitrariedade da Administração na efetivação das nomeações. Além disso, a forma como a questão vem sendo tratada nos Tribunais (STJ e STF) e pela doutrina será amplamente abordada, sendo analisadas as normas pertinentes, portanto, no plano de sua eficácia. Com isso, o objeto do estudo centrar-se-á na forma como essas normas se materializam no contexto social.

Será demonstrado, por meio de um raciocínio dialético, como os Tribunais em estudo oscilaram desde uma percepção restritiva da matéria, extremamente limitadora do direito à nomeação, para, num segundo momento, um entendimento extremamente ampliativo, reconhecendo-se um direito subjetivo praticamente absoluto. Por fim, caminhou-se para uma posição intermediária, como a adotada na ADI 2931, a ser analisada.

Por fim o tipo genérico de investigação utilizado será o histórico-jurídico, pois o que se pretende é estudar a evolução do instituto jurídico, analisando a história de sua aplicação pelo Judiciário, no âmbito do STF e do STJ, e da abordagem doutrinária do tema.

Ao final, será proposto o posicionamento que julgamos adequado sobre o tema, adotando-se uma postura crítica diante dos entendimentos que se firmaram a respeito ao longo dos anos.

3 A concepção clássica

Antes da vigência da Constituição de 1988, acreditava-se que a aprovação em concurso público dentro do número de vagas geraria mera expectativa de direito à nomeação.

Entendia-se que a instauração de concurso público, a nomeação dos aprovados, bem como a prorrogação do certame estariam totalmente submetidas à discricionariedade administrativa. Assim, para que se implementasse a nomeação, era preciso que houvesse existência de vaga para o cargo, devendo-se ainda observar a ordem de classificação dos candidatos, a disponibilidade orçamentária, a vigência do concurso e a *conveniência e a oportunidade* da Administração em prover o cargo.⁴

Em 13/12/1963, foi aprovada a Súmula nº. 15 do STF, com o seguinte teor: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”⁵.

Essa súmula foi reinterpretada ao longo dos anos, firmando-se entendimento no sentido de que o único direito que assistiria ao candidato aprovado em concurso público seria o de não ser preterido por outro pior classificado. Esse direito a não ser preterido poderia ser entendido como o nascimento de um verdadeiro direito subjetivo à nomeação, toda vez que se configurasse essa situação.⁶

4 MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concurso Público*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 139.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 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. In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 37.

⁶ Nesse tocante, afirma o Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo: “Não é exato supor-se que o candidato aprovado em concurso tem, apenas, como habitualmente se diz, unicamente o direito a não ser preterido. Na verdade, tem direito a *ser nomeado, quando preterido*, o que é coisa diversa. Com efeito, uma coisa é ter direito meramente de impedir ou anular nomeação efetuada com preterição de concursado aprovado e outra coisa é ter direito de obter, para si, a nomeação, por ter sido preterido.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*, 1991, p. 76.)

No curso da ADI 2.931⁷ foi vitoriosa a concepção de que a convocação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas é puramente discricionária (ensejaria, assim, a mera expectativa de direito à nomeação).

Naquela ocasião, o Procurador-Geral da República havia oposto Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o art. 77, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que assegurava o direito à nomeação em até 180 dias para todo o candidato que fosse aprovado dentro do número de vagas ofertadas pelo edital.

O relator do acórdão, o Ministro Carlos Ayres Brito, cujo posicionamento foi acompanhado pela maioria do Tribunal Pleno do STF, defendeu que o texto constitucional (art. 37, IV, sobretudo) assegura ao candidato em concurso público tão somente: 1) o direito implícito de ser recrutado segundo a ordem ascendente de classificação de todos os aprovados e durante o prazo de validade do concurso e 2) o direito explícito de precedência sobre candidatos aprovados em concursos posteriores.

Para o Ministro, ambos os direitos estariam condicionados ao querer discricionário da Administração Estatal, responsável pelo juízo de conveniência e oportunidade sobre a convocação dos aprovados. Assim deveria ser, pois, posteriormente ao concurso, poderiam advir fatos que tornassem inviáveis a nomeação. À fl. 435 do acórdão, *in fine*, ele chega inclusive a defender que poderia o prazo de validade do concurso se exaurir sem que nenhuma nomeação ou contratação ocorresse.

O Ministro Marco Aurélio divergiu no sentido de que, na verdade, haveria direito subjetivo do candidato aprovado dentro do número de vagas à nomeação, acompanhado pelos ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.

A maioria, entretanto, optou por manter a interpretação que vinha sendo feita da Súmula 15 do STF, pela qual só surge o direito subjetivo à

⁷ STF. ADI 2931, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2005, DJ 29/09/2006.

nomeação se, dentro do prazo de validade do concurso, é o candidato preterido na ordem de classificação. Dessa maneira, foi dado provimento à ADI.

Sobre este julgamento, Carvalho Filho⁸ proferiu o seguinte comentário:

[...] a aprovação em concurso não cria para o aprovado, direito à nomeação. Trata-se como já decidido pelo STF de mera expectativa de direito. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro contemplou o direito à nomeação em favor do candidato aprovado dentro do número de vagas do edital. O STF considerou o dispositivo inconstitucional porque se trata de matéria inerente ao regime jurídico do servidor público, a qual somente poderia ser disciplinada por lei e, assim mesmo em projeto de iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61 §1º, II, “c” da CF). Este, todavia, não participa no processo constituinte do Estado, de modo que a matéria foi indevidamente tratada na Carta Estadual.

Cabe asseverar, todavia, que embora Carvalho Filho adote a tese de existência de mera expectativa de direito à nomeação, ele admite, por outro lado, que em determinadas situações haverá direito subjetivo:

Não obstante, se o candidato é aprovado no concurso e há omissão ou recusa para nomeação, apesar de ficar comprovado que a Administração, certamente por incompetência ou improbidade, providenciou recrutamento através de contrato precário para exercer as mesmas funções do cargo para o qual o candidato foi aprovado, passa este a ter direito subjetivo de nomeação. Tal direito subjetivo tem fundamento na constatação de que a Administração tem necessidade da função e, por conseguinte, do servidor por exercê-la, não podendo suprir essa necessidade por contratação precária se há aprovados em concurso para supri-la.⁹

Régis Fernandes de Oliveira assume uma postura mais restritiva frente ao direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, defendendo que, dentro da discricionariedade política, cabe à Administração aferir as necessidades de pessoal que tem e, demonstrada a

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 507.

9 CARVALHO FILHO, 2005, p. 507.

disponibilidade de receita, promover a abertura do concurso¹⁰. Uma vez realizada as provas, devem os aprovados ser nomeados dentro das necessidades detectadas. O aprovado não tem, no entanto, direito à nomeação. O único direito que lhe assiste é o de não ser preterido, nos termos da já aludida Súmula nº. 15 do STF. Não respeitada a ordem de classificação, resta demonstrada a necessidade de nomeação, nascendo para o preterido o direito à nomeação.

Também entendem que não há direito subjetivo à nomeação Diógenes Gasparini¹¹, Hely Lopes Meirelles¹², Aloísio Zimmer Júnior¹³, dentre outros.

4 Evolução jurisprudencial: reconhecimento do direito subjetivo em certos casos

Com o tempo, o STF ampliou o entendimento de que, preterida a ordem de classificação do concurso, haveria o direito à nomeação também para aqueles casos em que a função para a qual o candidato prestou o concurso fosse ocupada por pessoa que não houvesse se submetido ao certame, ou quando fosse designado outro servidor para o desempenho daquelas funções, ou ainda quando fosse contratado servidor por tempo determinado,¹⁴ ou seja, sempre que, por via indireta, a Administração demonstrasse a necessidade de contratação de servidor para exercer o cargo ou emprego para o qual foi organizado o concurso.

Também o STJ se pronunciou a respeito, no julgamento do RMS 21.308, decidindo que "A administração não pode deixar de prover as vagas, nomeando os candidatos remanescentes, depois da prática de atos que

¹⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004. p. 48-49.

¹¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. 13ª ed. rev. atual. p. 178-179.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 442. Atente-se que, na verdade, a obra foi atualizada após a morte do autor, sendo que o autor, a princípio, tinha uma concepção bem restrita de direito subjetivo à nomeação.

¹³ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. 2 ed. rev., atual. e ampl. p. 337-338.

¹⁴ MACHADO JÚNIOR, 2008, p.140-141.

caracterizam, de modo inequívoco, a necessidade de preenchimento de vagas”.¹⁵

Nesses casos, restaria patente a conveniência e oportunidade da convocação dos próximos classificados no concurso público, de maneira que não caberia à Administração opor sua discricionariedade na admissão de candidato aprovado em concurso público.

Ganhou eco ainda, na jurisprudência, a tese construída por Celso Antônio Bandeira de Melo, no sentido de que a Administração não poderia deixar deliberadamente escoar o prazo de validade do concurso, sem prorrogá-lo, para logo em seguida abrir novo processo seletivo¹⁶.

Assim, ainda que, até esse momento, o entendimento construído a partir do texto da súmula 15 do STF continuasse se sustentando, nota-se que, em certas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer, mesmo que implicitamente, a existência de direito subjetivo à nomeação.

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 15-STF.

I. A aprovação em concurso público não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. **Esse direito surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso, se houver preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado (Sumula 15-STF) ou se, indeferido pedido de prorrogação no prazo do concurso, em decisão desmotivada, for reaberto, em seguida, novo concurso para preenchimento de vagas**

15 STJ. RMS 21308/MG, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 02/10/2006, p. 314.

16 Confira-se o seguinte julgado: CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. **“Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias”** (Celso Antonio Bandeira de Melo, “Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta”, página 56). (RE 192568, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 23/04/1996, DJ 13/09/1996 PP-33241 EMENT VOL-1841-04 PP-662) (*grifos nossos*)

oferecidas no concurso anterior cuja prorrogação fora indeferida em decisão desmotivada.

II. Precedentes do STF: MS 16.182/DF, Ministro Evandro Lins (RTJ 40/02); MS 21.870/DF, Ministro Carlos Velloso, DJ de 19.12.1994; RE 192.568/PI, Ministro Marco Aurelio, DJ de 13.9.96; RE 273.605/SP, Ministro Neri da Silveira, DJ de 28.6.02.

III. Negativa de seguimento ao RE. Agravo não provido.”
(STF. RE 419.013-3 AgR, Min. Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma julgado em 01/06/2004, DJ 25.06.2004). (*grifos nossos*)

Como se vê, nas situações listadas acima, poder-se-ia falar em direito subjetivo do candidato à nomeação, uma vez que, nesses casos, não caberia à Administração opor sua discricionariedade.

Há ainda a possibilidade de serem nomeados certo número de candidatos e apenas alguns manifestarem interesse em tomar posse, nessa hipótese, o direito dos candidatos classificados dentro do número de vagas seria transferido aos outros aprovados. Nessa matéria, já houve manifestação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Administração teria demonstrado a necessidade de preenchimento das vagas, conforme enunciado na ementa do já citado RMS 21.308/MG.

5 O reconhecimento do direito subjetivo à nomeação pelo STJ

Mais recentemente, vem ganhando força no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o candidato aprovado dentro do número de vagas possui direito subjetivo a nomeação no prazo de validade do concurso público e não apenas mera expectativa de direito.

Nessa linha, podem ser citados os seguintes precedentes: RMS 15.034/RS¹⁷, RMS 15.945/MG¹⁸; RMS 19.922/AL¹⁹, RMS 20.718/SP²⁰, RMS 15.420/PR²¹ e RMS 26.507/RJ²².

¹⁷ STJ. RMS 15034/RS, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 255.

¹⁸ STJ. RMS 15945/MG, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 02/02/2006, DJ 20/02/2006, p. 361.

¹⁹ STJ. RMS 19922/AL, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 21/09/2006, DJ 11/12/2006, p. 423.

²⁰ STJ. RMS 20718/SP, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 04/12/2007, DJe 03/03/2008.

No julgamento do RMS 20.718/SP pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que:

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

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

No julgamento do referido Recurso em Mandado de Segurança, o Ministro relator se posicionou da seguinte forma:

“No que concerne à alegação do Recorrido da ausência de disponibilidade financeira para prover a Recorrente no cargo, esta relaciona-se, como o próprio reconhece, à questão da governabilidade e governabilidade pressupõe um mínimo de responsabilidade para com os atos que praticam, mormente quando afetam de forma direta a esfera jurídica dos cidadãos.”

Logo, a tendência que vem se firmando no âmbito do STJ é a do reconhecimento do direito subjetivo, mesmo diante de questões impeditivas da nomeação, como a indisponibilidade financeira, pois o Estado deve ser responsável com os atos que pratica.

Também a 5ª Turma do STJ proferiu julgamento no RMS 26.507/RJ no seguinte sentido:

²¹ STJ. RMS 15420/PR, Rel. Min. Paulo Galloti, Sexta Turma, julgado em 17/04/2008, DJe 19/05/2008.

²² STJ. RMS 26507/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 20/10/2008.

RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANCA. 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 a direito subjetivo.
3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado ate 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.

Embora não tenha efetivamente se pacificado o tema no âmbito do STJ como pretende o excerto extraído da ementa do RMS 20.718, o que se nota, é que a jurisprudência do STJ tem de fato se inclinado para o reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação, sempre que a pessoa seja aprovada dentro do número de vagas, independentemente da comprovação de requisitos que antes eram exigidos pela jurisprudência para que a mera expectativa de direito do cidadão se convertesse em direito subjetivo. Cristina de Andrade Melo escreveu o seguinte a respeito:

É importante mencionar que em todos os precedentes citados, o STJ entendeu que, desde que aprovado dentro do número de vagas, possui o candidato direito adquirido a nomeação, não se exigindo comprovação das hipóteses que, na visão da jurisprudência tradicional, convolariam a expectativa de direito em direito subjetivo, tais quais: a preterição na ordem de classificação, a contratação de terceiros a título precário, a abertura de novo certame logo após esgotada a validade de concurso anterior não prorrogado ou a existência de dispositivo legal que garanta o direito a nomeação.²³

6 Índícios de mudança no entendimento do STF

²³ MELO, C. A., 2009, p. 58.

Durante certo período, enquanto o STJ, em alguns casos, se posicionava a favor da existência de direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, o STF permaneceu relutante na tese de que há apenas mera expectativa de direito, reconhecendo a existência de direito subjetivo somente quando verificados certos requisitos que permitiriam suprir o juízo de conveniência e oportunidade da Administração, de maneira que ela não pudesse mais opor sua discricionariedade. Mais recentemente, alguns Ministros do STF passaram a adotar a tese da existência de direito subjetivo, mostrando uma possível tendência à flexibilização do entendimento daquela Corte.²⁴ Exemplo disso é o julgamento do RE 227.480²⁵, do qual se fará uma análise pormenorizada mais adiante.

No julgamento do Recurso Extraordinário citado, embora não se tenha negado a discricionariedade da Administração na efetivação da nomeação, entendeu-se que a ausência desta, havendo vagas e durante o período de vigência do certame, não poderia basear-se tão somente no querer imotivado do administrador, devendo essa omissão ser devidamente fundamentada.

O recurso aludido foi interposto contra acórdão do TRF da Segunda Região que concedeu a segurança para garantir a nomeação dos impetrantes ao cargo de Oficial de Justiça Avaliador.

O Ministro Menezes de Direito reiterou o entendimento acolhido na ADI nº. 2.931, entendendo que não há direito líquido e certo à nomeação, uma vez que não houve preterição dos impetrantes quanto à ordem de suas classificações (fl. 1121).

Após o referido Ministro proferir seu voto, provendo o recurso, o Ministro Marco Aurélio pontuou que ofende a dignidade do cidadão a

²⁴ A respeito, o Prof. Florivaldo Dutra de Araújo diz: “No STF, não se observa tendência significativa de reconhecimento de direito subjetivo à nomeação como simples decorrência da aprovação em concurso. Contudo, além de se manter a Súmula 15, ali também se evoluiu para a ampliação das hipóteses em que a nomeação se faz obrigatória.” (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concurso Público e Direito à nomeação: nem tanto ao mar, nem tanto à terra. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Edição Especial – ano XXVIII, p. 89).

²⁵ STF. RE 227.480, Relator: Min. Menezes Direito, Relatora p/ Acórdão: Min. Carmén Lúcia, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, Dje 21-08-2009.

Administração anunciar um concurso, levando o administrado a percorrer uma verdadeira “via-crúcis”, segundo suas palavras, muitas vezes abandonando o emprego para se dedicar ao concurso, para posteriormente simplesmente optar por não implementar a convocação.

Passou, então, a Ministra Carmem Lúcia a proferir seu voto, no qual acreditamos que se encontra a orientação mais acertada no tema. Ela reiterou as palavras do Ministro Marco Aurélio a respeito dos grandes esforços que exigem um concurso público, defendendo que se o candidato deve respeitar as normas do edital (e.g., a pontualidade no comparecimento à prova), não assiste ao Estado o direito de ser leviano (a respeito do compromisso firmado na abertura do concurso). Essa seria uma exigência do Estado de Direito: governantes e governados submetidos igualmente à lei.

Salientou, entretanto, que não se tratava de direito adquirido, uma vez que após aberto o concurso, poderiam sobrevir circunstâncias, como uma epidemia, que onere os cofres públicos, não sendo lícito, nas novas circunstâncias, falar que houvesse direito adquirido à nomeação. Tratar-se ia, na verdade, de direito subjetivo do cidadão, que pode ser elidido pelas circunstâncias supervenientes. O que não se pode legitimar é o arbítrio da Administração (nas palavras da eminente Ministra, “o velho e há muito superado discurso: eu não quero”), pois a vida do cidadão não pode ficar nas mãos do Estado. Em síntese, discricionariedade não se confundiria com arbitrariedade.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou a Ministra Carmem Lúcia, enquanto o Ministro Lewandowski acompanhou o relator.

O voto de desempate foi proferido pelo Ministro Carlos Brito, que manteve o entendimento esposado na ADI 2931, entendendo que **não há direito subjetivo à nomeação (e, nesse ponto, portanto, não houve consenso da maioria da Turma)**, devendo sim prevalecer a discricionariedade da Administração, que faz o juízo de conveniência e oportunidade da nomeação, **acrescentando (observação que não havia sido feita no contexto da ADI**

2931) que deve o Estado fundamentar, explicitamente, o motivo pelo qual não realizou a nomeação, ou seja, apresentar “justa causa”.

No caso em exame, há uma particularidade, salientada pelo Ministro Carlos Brito, de que a Administração deixou escoar o prazo de recrutamento para abrir vagas para ascensão funcional, fraudando o disposto no art. 37, IV da CF e desrespeitando o art. 37, II, por permitir o concurso interno. O ato omissivo da Administração, por isso, estaria inquinado do vício do desvio de poder²⁶. Ao final, o Ministro negou provimento ao recurso, declarando acompanhar a Ministra Carmem Lúcia.

Assim foi ementado o acórdão em análise:

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm **direito subjetivo à nomeação** para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 227480, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 21/08/2009. *(grifos nossos)*)

Entendemos, todavia, que a leitura do acórdão nos mostra que a posição adotada pelo STF nesse julgamento não se coaduna exatamente com aquilo que diz a ementa no ponto específico em que alude à existência de direito subjetivo à nomeação, pois, nesse ponto, o Ministro Carlos Brito divergiu da Ministra Carmem Lúcia. Provavelmente, a ementa recebeu tal

26 A esse respeito, cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 192.568/PI, Relator Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 23/04/1996, DJ 13-09-1996.

redação pelo fato de ter sido esta última nomeada para ser redatora do acórdão.

Sobre esse fato, escreveu o Prof. Florivaldo Dutra de Araújo em artigo denominado “Concurso Público e Direito à nomeação nem tanto ao mar, nem tanto à terra”:

A ementa do acórdão referente ao RE 27.480 dá a impressão de que a Primeira Turma do STF teria reconhecido amplíssimo direito subjetivo à nomeação dos aprovados em concursos públicos, que se estenderia não apenas às vagas previstas no edital, mas também àquelas que viessem a surgir posteriormente.

[...]

No entanto, a orientação da primeira parte da ementa não foi comungada pela maioria da Turma julgadora, mas apenas pelo Ministro Marco Aurélio. Os Ministros Menezes Direito, relator originário, e Ricardo Lewandowski quedaron vencidos, entendendo pela aplicação, no caso, do sentido restrito da Súmula 15.

O Ministro Ayres Britto foi, nesse julgamento, a voz de desempate e, ao mesmo tempo, representativa de um meio termo entre as duas outras correntes formadas na Turma julgadora.

[...]

Portanto, constata-se que, dos cinco Ministros da Primeira Turma, três posicionaram-se pela inexistência de direito subjetivo à nomeação como simples decorrência de aprovação em concurso público. Mas um deles — Ayres Britto — verificou, no caso específico em julgamento, que o direito à nomeação nascera da irregularidade no provimento dos cargos que haviam sido objeto do concurso.²⁷

Além do fato de que não houve maioria no reconhecimento da existência de direito subjetivo à nomeação, opinando apenas o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Carmem Lúcia pela existência de direito subjetivo. Note-se também que esta última, apesar de reconhecer a existência de direito subjetivo, não o fez da mesma forma, como vem sendo entendido pelo STJ.

Nesta Corte, há entendimento de que, independente das circunstâncias, o Estado deve ser responsável quando abre um concurso e anuncia um determinado número de vagas, de maneira que deverá nomear

²⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concurso Público e Direito à nomeação: nem tanto ao mar, nem tanto à terra. *Revista do Tribunal de Constar do Estado de Minas Gerais*, Edição Especial – ano XXVIII, p. 93.

todos os candidatos dentro do número de vagas²⁸. Já a Ministra entende que, existindo certas circunstâncias, é possível que o administrador, de maneira devidamente justificada, não proceda à nomeação²⁹. Assim, ela faz a diferenciação entre direito adquirido, por meio do qual, independente das circunstâncias supervenientes ao concurso deveria ocorrer a nomeação, e entre direito subjetivo, o qual poderia ceder diante de circunstâncias específicas:

“Não falo em direito adquirido até porque, se direito adquirido fosse em direito constitucional o que se fala, agora, no Brasil, inclusive no Judiciário – nem tanto aqui no Tribunal que já andou muito -, a escravidão não teria acabado até hoje no País: comprei, paguei, é meu, está no meu quintal, é direito adquirido. Direito adquirido em

28 O seguinte julgado explicita o poder-dever da administração de convocar todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas no prazo de validade do concurso:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO.

1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação.

2. A administração [sic] pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o **poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital**, respeitada a ordem classificatória. Precedentes.

3. A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar.

4. Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF).

5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.

(STJ. RMS 27311/AM, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJE 08/09/2009) (*grifos nossos*)

Há ainda o seguinte julgado: "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." (RMS 15034/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 255) (*grifos nossos*)

29 Às fls. 1132 e 1133 do acórdão lê-se: "Pode ocorrer – e por isso não falo em direito adquirido – que, depois de aberto o concurso, depois de realizado o certame, sobrevenha uma circunstância administrativa. Por exemplo, em um município, há uma epidemia. Aquelas verbas destinadas a prover ou a aumentar o número de professores não podem mais ser utilizadas pela singela circunstância de que esse dinheiro tem de ser destinado a fazer face à epidemia. Nesse caso, há um dado da Administração que prova para a sociedade que houve uma alteração nos fatos e não se poderia exigir que houvesse a nomeação. Portanto, a Administração não fica obrigada a nomear, a não ser que não haja nada de novo entre o concurso e a realidade e as condições administrativas".

direito constitucional é um conceito que está por ser sedimentado e consolidado sob nova perspectiva. Então não falo aqui em direito adquirido. Porém, falo em direito subjetivo, sim, do cidadão que concorreu.” (STF. RE 227.480, Relator: Min. Menezes Direito, Relatora p/ Acórdão: Min. Carmén Lúcia, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 21/08/2009, p. 1132)

Logo, percebe-se que a concepção de direito subjetivo defendida pela Ministra Carmén Lúcia é um pouco mais restrita que aquela formada no seio do STJ, pois se entende que o direito subjetivo pode ser afrontado por uma nova circunstância da Administração que impeça o seu exercício, não se configurando, nesse caso, um ilícito. Dessa maneira, pelo que se percebe, a jurisprudência do STF tem sido mais conservadora, no sentido de conceber hipóteses em que caberia à Administração optar pela não nomeação.

7 Uma nova concepção sobre o direito à nomeação em concursos públicos

Até que começassem a despontar os diversos precedentes jurisprudenciais citados acima, a maioria esmagadora da doutrina acompanhava a jurisprudência tradicional, entendendo que, fora situações excepcionais, a aprovação em concurso público ensejava mera expectativa de direito, pois cabia ao gestor, no exercício da competência discricionária da Administração decidir pela efetividade da nomeação.

Com o novo posicionamento da jurisprudência, alguns doutrinadores acompanharam essa mudança de concepção.

Cristina Andrade Melo, por exemplo, defende a existência de direito subjetivo à nomeação, entendendo que:

De fato, soaria extremamente contraditório imaginar que a Administração possa anunciar a abertura de concurso público para preenchimento de determinado número de cargos e, ao final, concluída a *via crucis*, se recusar a nomear os candidatos aprovados, menosprezando a boa-fé dos candidatos e a confiança por eles depositada na Administração.

O concurso público não é um fim em si mesmo, mas sim um meio posto à disposição da Administração Pública com o escopo de selecionar os melhores profissionais dentre aqueles inscritos no

certame. Um concurso público que não gera o que dele se espera, isto é, nomeações dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, é um contra-senso e um atentado ao princípio da eficiência, uma vez que tempo, verba e recursos humanos terão sido gastos em vão, sem contrapartida alguma ao bom andamento do serviço público.³⁰

Ressalva, entretanto, a hipótese em que, no prazo de validade do concurso, dada a ocorrência de inovações tecnológicas, os conhecimentos demonstrados pelos concursandos no certame, não sejam mais suficientes para atender à demanda do Poder Público:

Noutra vertente, o entendimento ora exposto deve ser mitigado para atender situação de excepcional interesse público. Seria o caso de a Administração Pública iniciar um concurso para um determinado cargo e, passado algum tempo, mas ainda no prazo de validade do concurso público, os conhecimentos demonstrados pelos candidatos não mais atenderem às necessidades atuais da Administração em função da evolução da tecnologia.

Nesse caso, dadas as suas específicas peculiaridades, a Administração poderia não nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas, por lhe ser mais conveniente iniciar novo certame para atender ao interesse público na seleção dos candidatos mais capacitados para o exercício do cargo.³¹

Entre os que defendem que assiste ao candidato aprovado a existência de direito subjetivo, mas que, verificadas certas condições a nomeação pode não se efetuar se encontra Agapito Machado Júnior³², Florivaldo Dutra Araújo³³, Fernanda Marinela³⁴, dentre outros.

Julgamos que assiste razão a essa nova vertente doutrinária, pois a discricionariedade do Poder Público não pode ser entendida como a prerrogativa de o administrador agir segundo seu puro arbítrio, pois discricionariedade não se confunde com arbitrariedade.

O exercício da competência discricionária deve ser pautado em critérios consistentes de razoabilidade, para eleger aquele comportamento

³⁰ MELO, C. A., 2009, p. 62

³¹ *ibidem*, p. 62.

³² MACHADO JÚNIOR, 2008, p.144-145.

³³ ARAÚJO, op. cit., p. 87-100.

³⁴ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 609.

que, dentre vários cabíveis perante o caso concreto, seja mais adequado à satisfação da finalidade legal. Nesse sentido, o ato discricionário só se legitima na medida em que realize da melhor forma o fim previsto em lei.

O concurso público não é um fim em si. Assim, na sua realização, a previsão de vagas deve observar a real demanda e a disponibilidade orçamentária da Administração Pública. Se o concurso público não satisfaz esse objetivo, ou seja, não gera nomeações dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, não terá cumprido sua função, sem falar no tempo e recursos que terão sido despendidos em vão.

No caso do concurso público, o administrador não pode simplesmente optar por não nomear aqueles candidatos que se classificaram dentro do número de vagas, sem que haja um motivo para tal. Presume-se que, ao publicar o edital, anunciando um determinado número de vagas, a Administração o fez com base em um planejamento sério, analisando os impactos financeiros da medida, a necessidade de pessoal da repartição pública e a existência de uma infra-estrutura compatível. Assim, se não houve nenhuma mudança, no momento da nomeação, em relação à conjuntura em que foi aberto o edital, é de se convir que o administrador deva nomear todos aqueles que se classificaram dentro do número de vagas.

Como bem destacou o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE 227.480/08, não é dado ao estado “brincar com cidadão”, abrindo o concurso apenas para saber se há no mercado pessoas habilitadas ao preenchimento das vagas. Quando há divulgação da quantidade de vagas no edital, cria-se a presunção, a favor dos concursandos, de que serão providas todas aquelas vagas.

A Administração pode, entretanto, desonerar-se dessa obrigação se demonstrar cabalmente a existência de motivo que inviabilize a nomeação de todas as vagas declaradas a princípio. Isso porque, se por um lado não se pode extremar a concepção de discricionariedade da Administração, concedendo-lhe a faculdade de não prover o número de vagas que ela própria anunciou, segundo seu bel prazer e de maneira completamente imotivada (muitas vezes

deixando o prazo de validade do concurso escoar deliberadamente, caracterizando visível desvio de poder), por outro lado, não se pode afastar de plano a possibilidade da ocorrência de circunstâncias absolutamente imprevisíveis e que ensejam a completa impossibilidade do provimento das vagas. Exemplo disso seria a extinção de parte dos cargos do quadro de pessoal pelo Poder Legislativo.

Pode ser o caso de haver circunstâncias de interesse público que justifiquem a desnecessidade ou a impossibilidade de prover as vagas que haviam sido anunciadas. Não é possível determinar de antemão todas essas circunstâncias, mas seriam exemplos: a ultrapassagem dos limites de gasto com pessoal (art. 169 da CR/88; art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000), a queda na arrecadação, o aumento inesperado de gastos em algum setor, a extinção de determinado número de cargos ou a superveniência de maior necessidade de incremento de pessoal em outro setor.

Assim, existe a necessidade de que, se não forem efetuadas as nomeações, haja a expedição de um ato que justifique a omissão da Administração, de modo a propiciar o questionamento por parte dos interessados, cabendo ao Poder Judiciário decidir a matéria, com base na motivação exposta pela Administração Pública, em confronto com os argumentos dos requerentes e as provas produzidas no processo.

No julgamento do RE 227.480/08, o Ministro Ricardo Lewandowski levantou um importante argumento para afastar a discricionariedade administrativa, sustentando que, se deixarmos ao puro arbítrio do Estado nomear ou não, poder-se-ia fraudar a garantia de precedência do art. 37, IV, impedindo-se, assim, a nomeação de um determinada pessoa, esperando-se expirar o prazo do concurso, para então prover a vaga por outros meios.

Assim, é uma exigência moralizadora e forma de garantia da impessoalidade nos provimentos de cargos via concurso público que haja a fundamentação explícita da omissão do Poder Público em implementar a nomeação.

8 Conclusão

A jurisprudência vem caminhando para reconhecer, de maneira cada vez mais ampla, o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas fixado no edital do concurso público, embora ainda não se possa afirmar que haja entendimento consolidado a respeito.

Entendemos que haja sim direito subjetivo à nomeação, mas não nos moldes que, por vezes, o STJ tem adotado, no sentido de que independente de circunstâncias supervenientes, esse direito se incorporaria à esfera do candidato aprovado, conforme exposto acima. Cremos que a diferenciação delineada pela Ministra Carmen Lúcia, no RE 227.480/08, entre direito adquirido e direito subjetivo é bastante pertinente para caracterizar o caráter do direito que assiste ao autor de ser efetivamente nomeado.

De fato, não é o caso de se falar em direito adquirido, contra o qual não se poderiam opor circunstâncias supervenientes que impossibilitem a ocorrência da nomeação. Diante desse tipo de circunstância, desde que de maneira devidamente motivada, pode o administrador não preencher a vaga existente.

É dessa forma que concluímos que a melhor forma de conciliar os interesses do indivíduo aprovado no concurso e o interesse público, representado pela Administração – o qual, em certos casos, inviabiliza o cumprimento do compromisso assumido quando da publicação do instrumento convocatório do concurso – é admitir o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, mas reconhecendo a possibilidade de, expedindo ato devidamente fundamentado, possa a Administração afastar a obrigatoriedade da nomeação da totalidade das vagas estabelecidas no edital.

Referências

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de Araújo. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Concurso Público e Direito à nomeação: nem tanto ao mar, nem tanto à terra*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Edição Especial — ano XXVIII.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concurso Público*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 442.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores Ltda.: São Paulo, 2007. 22 ed.
- MELO, Cristina Andrade. Direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas: análise da evolução jurisprudencial desde o Enunciado n. 15 da Súmula do STF. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v. 6, n. 1-2, jan./dez. 2009.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.
- PCI CONCURSOS. Disponível em: <<http://www.pciconcursos.com.br/consultoria/direito-a-nomeacao-dentro-do-numero-de-vagas> - Acesso em 23/05/2010.
- ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. 2 ed. rev., atual. e ampl., p. 337-33
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Seção. MS 9.909/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 09/03/2005, DJ 30/03/2005, p. 131
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. RMS 19.614/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 15/09/2005, DJ 17/10/2005, p. 320
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. RMS 25.601/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 27/03/2008, DJe 05/05/2008.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgR nos EDcl no AI 1334659/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14/04/2011, DJe 19/04/2011.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 21308/MG, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 02/10/2006, p. 314.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 15034/RS, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 255.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 15945/MG, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 02/02/2006, DJ 20/02/2006, p. 361.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 19922/AL, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 21/09/2006, DJ 11/12/2006, p. 423.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 20718/SP, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 04/12/2007, DJe 03/03/2008.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 15420/PR, Rel. Min. Paulo Galloti, Sexta Turma, julgado em 17/04/2008, DJe 19/05/2008.

- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 26507/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 20/10/2008.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 27311/AM, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 08/09/2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2931, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2005, DJ 29/09/2006.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 192.568, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 23/04/1996, DJ 13/09/1996.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 419.013-3 AgR, Min. Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma julgado em 01/06/2004, DJ 25.06.2004.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 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. In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 37.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 227.480, Relator: Min. Menezes Direito, Relatora p/ Acórdão: Min. Carmén Lúcia, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 21-08-2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 192.568/PI, Relator Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 23/04/1996, DJ 13-09-1996.

Resumo: Prevalencia, no Brasil, o entendimento de que, se aprovado em concurso público, dentro do número de vagas, o candidato detinha mera expectativa de direito à nomeação. Ao longo dos anos, passou-se a reconhecer, em diversas situações, que o candidato tinha verdadeiro direito subjetivo de ser nomeado. Isso se dava, sobretudo, quando o concursado era preterido e, por vias indiretas, a Administração demonstrava a oportunidade e conveniência de sua admissão. Mais recentemente, o STJ vem consolidando o entendimento de que existiria o direito subjetivo à nomeação sempre que houvesse a aprovação dentro do número de vagas. O STF não comunga plenamente com esse entendimento, mas já o adotou em determinadas situações, com a ressalva de que, se devidamente motivada a impossibilidade da nomeação, esta pode não ocorrer. O presente texto visa analisar essa evolução da jurisprudência e perquirir qual posicionamento mais se coaduna com a vigente Constituição, com base no método jurídico-sociológico.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Servidor Público. Concurso Público. Direito à nomeação.

Abstract: In Brazil, the prevailing conception was that, if a candidate was approved in a public contest within the number of vacancies, he would just have a *mere right expectation* of being appointed. Over the years, it started to be recognized that, sometimes, the candidate had the real *subjective right* to be appointed. That happened, specially, when the candidate is deprecated and the Administration demonstrates, indirectly, the opportunity and the appropriateness of his admission. Recently, the Superior Court of Justice is consolidating the understanding that there is a subjective right to be appointed whenever the candidate is approved within the number of vacancies. The Supreme Federal Court had already adopted this understanding in some situations, but considering that the admission might not be effectuated, if its impossibility is properly motivated. This text aims to analyze, detailedly, the jurisprudence evolution and to

indicate the most appropriated to our current Constitution, based in the legal-sociologic method.

Keywords: Administrative Law. Public Servant. Public examination. Right to appointment.