

## O Princípio do Concurso Público e a Evolução dos Precedentes Jurisprudenciais

**Humberto Bayma Augusto**

Advogado do Departamento de Edificações e Rodovias do Estado do Ceará - DER-CE  
Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza.  
Especialista em Direito e Processo Administrativo pela Universidade de Fortaleza.  
Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza.

**Resumo:** O presente trabalho científico tem como escopo o exame didático dos recentes precedentes judiciais no tocante à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público. Tais decisões consideradas históricas pela comunidade acadêmica acabam por mudar o entendimento há muito consolidado na cúpula do Judiciário brasileiro. Capitaneada pelo Tribunal da Cidadania, em seguida acompanhada pela 1ª Turma do Pretório Excelso, o direito à nomeação, antes considerado como mera expectativa de direito, passa a sofrer uma nova exegese, beneficiando assim os concursados aprovados, que passariam a ter o direito subjetivo à nomeação, sendo este ato administrativo vinculado ao edital. De sorte, analisa-se a repercussão dos citados julgados na sociedade e na Administração Pública brasileira, bem como sua adequação aos dispositivos constitucionais esculpidos nos art. 37, em seus incisos II, III e IV, além de uma evolução histórica do pensamento dessas Cortes, das Constituições brasileiras, bem como o posicionamento da doutrina abalizada sobre o presente tema.

**Palavras-chave:** Princípio do Concurso Público; Nomeação; Direito Subjetivo; Vinculação ao Número de Vagas; Prazo de Validade.

### 1. Introdução

O Princípio do Concurso Público, disposto no art. 37, incisos II, III e IV, da Carta Magna, relaciona-se perfeitamente aos outros preceitos previstos na Constituição Cidadã, respeitando o Princípio da Unidade, garantindo uma hermenêutica sistemática e uma harmonia entre as normas constitucionais.

Conceituando o referido instituto, ensina Hely Lopes de Meirelles (1987, p.364) que “o concurso é o meio técnico posto à dispo-

sição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos interessados que atendam aos requisitos da lei [...]”.

Dessa máxima, percebe-se a vinculação do concurso público com os postulados da moralidade, impessoalidade e eficiência, previstos no *caput* do art.37 da *Lex Maior*, bem como com o Princípio da Igualdade, disposto no *caput* do art. 5º da Constituição Republicana de 1988.

Concurso Público, na ótica de José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.515), é “o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. [...] Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.”

Examinando tal definição, observa-se a ligação do mencionado postulado com o Princípio do Devido Processo Legal, além de celebrar os Princípios da Competição e do Sistema de Mérito, estando em perfeita consonância com o Estado Democrático de Direito.

Em uma rápida análise das Constituições brasileiras, nota-se, nas Cartas de 1824 e 1891, que a forma de ingresso no serviço público era feita de modo discricionário, não havendo vinculação ao concurso público, fundamentando-se basicamente em conceitos jurídicos indeterminados. Vejamos primeiramente o art. 179, inciso XIV, da Constituição Imperial de 1824, em seguida, o art. 73, *caput*, da Constituição Republicana de 1891:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império pela maneira seguinte:

[...] XIV - Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja dos seus talentos e virtudes.

Art. 73. Os cargos públicos civis, ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei es-

tatuir, sendo, porém, vedada as acumulações remuneradas.

Somente na Constituição de 1934 foi estabelecido o critério do concurso público, em seu art. 170, inciso II, que dizia que a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos.

Atenta-se que o concurso público era utilizado apenas para o provimento inicial, sendo, portanto, permitido o provimento derivado, ou seja, legitimando as ascensões funcionais e a prática imoral do concurso interno. Tal redação continuou praticamente mantida nas Constituições de 1937 (156, alínea b), 1946 (art. 186, *caput*), 1967 (art. 97, § 1º) e na de 1969 (art. 97, §1º).

De sorte, somente ao final do regime de exceção, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública Brasileira pôde realmente exaltar o Princípio do Concurso Público em sua verdadeira essência, vedando-se assim políticas espúrias, paternalistas, fisiológicas, empreguistas, oriundas do clientelismo e do nepotismo, notabilizando os princípios constitucionais da Administração Pública e o Estado Democrático de Direito.

Mesmo antes do início do regime ditatorial, ainda sob a égide da Constituição democrática de 1946, a Corte Suprema brasileira começou a construir sua jurisprudência sobre o presente tema, no que tange à nomeação dos aprovados em concursos públicos. Tais precedentes influenciaram a doutrina administrativista e os tribunais brasileiros, e com a edição da Súmula nº 15 em 1964, o Pretório Excelso uniformiza seu entendimento disciplinando que o aprovado em concurso público somente tem direito subjetivo à nomeação em caso de desrespeito a ordem de classificação, ou seja, nos demais casos, o aprovado tem somente expectativa de direito. Vale ressaltar que mesmo com o início da Nova República e com o Princípio do Concurso Público, disposto em sua total plenitude na Constituição de 1988, o pensamento do STF continuou o mesmo, orientando ainda a jurisprudência do tribunal superior recém-criado, o Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, pretende-se responder a determinados questionamentos relativos a tal princípio, tais como: O direito do aprovado em concurso público à nomeação é subjetivo ou se trata de mera expectativa? A prorrogação do prazo de validade do concurso público é um ato vinculado ou discricionário? No caso de contratação precária ou preterição na ordem de classificação, o aprovado em concurso público tem direito subjetivo à vaga? A Administração Pública vincula-se ao número de vagas previsto no edital? Os candidatos aprovados em classificação fora do número de vagas, mas que pela desistência de outros candidatos se classificaram dentro do número previsto no edital, têm direito subjetivo à nomeação? O Cadastro de Reserva fere o Princípio do Concurso Público? Qual é a posição do STF e do STJ sobre os referidos temas?

Tem-se, portanto, como objetivo geral analisar o supramencionado princípio quanto à natureza jurídica da nomeação. O objetivo específico é mostrar o avanço dos precedentes e a mudança de entendimento dos tribunais superiores no que se refere à matéria. Justifica-se a escolha do tema em virtude da polêmica jurisprudencial e doutrinária que sempre pairou sobre o assunto, além de ser de grande relevância para a sociedade e para aqueles que não medem esforços na luta por uma vaga no serviço público, seja ele federal, estadual ou municipal.

Como metodologia de trabalho, a execução do presente artigo transcorre optando-se pelas pesquisas bibliográfica e documental, por meio principalmente de consulta à doutrina, legislação e jurisprudência brasileira, que versa sobre o referido tema.

## **2. Histórico e Consolidação Jurisprudencial do STF**

Durante décadas, o Supremo Tribunal Federal fossilizou seu entendimento relativo ao Concurso Público, mais especificamente, no tocante à nomeação do aprovado. Desde o longínquo ano de 1961, surgiram na Corte Suprema precedentes no sentido de não garantir ao concursado direito à nomeação, em face à discricionariedade do Estado no que tange à convocação dos aprovados, conferindo-lhes mera expectativa de direito. Assim entendeu o STF no julgamento do MS nº 8.724 e RMS nº 8.578, *in verbis*:

EMENTA: O CONCURSO NÃO DÁ POR SI SÓ DIREITO A CARGO. PRAZO DE VALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (STF. MS 8724 / SP, Relator (a): Min. CANDIDO MOTTA, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, Julgamento: 09/08/1961, Diário da Justiça: 08/09/1961)

EMENTA: CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO. A HABILITAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO E REQUISITADO PARA A INVESTIDURA, MAS NÃO OBRIGA O ESTADO A PROVER TODAS AS VAGAS. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO CONFIRMADA, PELO NÃO PROVIMENTO DO RE-CURSO. (STF. RMS 8578, Relator (a): Min. PEDRO CHAVES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 27/09/1961, Diário da Justiça: 12/04/1962).

Com base nesses dois julgados, em 1964, foi editada a Súmula nº 15, que permanece vigente até a presente data, dispondo que “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Dessa feita, somente na hipótese de preterição na ordem de classificação haveria possibilidade de o aprovado em concurso público vislumbrar direito subjetivo à nomeação. Da exegese deste enunciado, configurou-se entendimento no sentido da possibilidade de realização de novo concurso público durante o prazo de validade do concurso anterior, desde que haja a nomeação inicial dos aprovados no primeiro concurso, respeitando assim a ordem de classificação.

Nesse diapasão, ensina Hely Lopes de Meirelles (2003, p.414):

[...] a aprovação no concurso público não gera direito absoluto à nomeação ou à admissão, pois continua o aprovado com simples expectativa de

direi-to à investidura no cargo ou emprego disputado. [...] O que não se admite é a nomeação de outro candidato que não o vencedor do concurso, pois nesse caso haveria preterição do seu direito [...].

Essa linha de raciocínio norteou o pensamento da Corte Maior, salvo algumas isoladas decisões proferidas pelo ministro Marco Aurélio, como no RE nº 192568, *in verbis*:

EMENTA: 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. (STF. RE 192568 / PI, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento: 23/04/1996, Diário da Justiça: 13/09/1996)

No ano de 2005, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Pretório Excelso confirma firmemente, na ADI nº 2.931-RJ, sua orientação, conforme Ementa abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TEXTO NORMATIVO QUE ASSEGURA O DIREITO DE NOMEA-

ÇÃO, DENTRO DO PRAZO DE CENTO E OITENTA DIAS, PARA TODO CANDIDATO QUE LOGRAR APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS, OU DE PROVAS DE TÍTULOS, DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL E MUNICIPAL. O direito do candidato aprovado em concurso público de provas, ou de provas e títulos ostenta duas dimensões: 1) o implícito direito de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação de todos os aprovados (concurso é sistema de mérito pessoal) e durante o prazo de validade do respectivo edital de convocação (que é de 2 anos, prorrogável, apenas uma vez, por igual período); 2) o explícito direito de precedência que os candidatos aprovados em concurso anterior têm sobre os candidatos aprovados em concurso imediatamente posterior, contanto que não-escoado o prazo daquele primeiro certame; ou seja, desde que ainda vigente o prazo inicial ou o prazo de prorrogação da primeira competição pública de provas, ou de provas e títulos. Mas ambos os direitos, acrescente-se, de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados. O dispositivo estadual adversado, embora resultante de indiscutível atributo moralizador dos concursos públicos, vulnera os artigos 2º, 37, inciso IV, e 61, § 1º, inciso II, "c", da Constituição Federal de 1988. precedente: RE 229.450, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. (STF. ADI 2931 / RJ, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 24/02/2005, Diário da Justiça: 29/09/2006).

Diante do exposto, verifica-se, para o Tribunal Constitucional brasileiro, que até a data acima mencionada a nomeação dos aprovados em concurso público é um ato discricionário, somente se configurando em um direito subjetivo do aprovado, no caso de descumprimento da ordem de classificação, ou na hipótese de convocação de candidatos aprovados em concurso público realizado depois.

### **3. Quebra de Paradigma e a Revolução nos Tribunais Superiores**

O ano de 2007 mostrou-se revolucionário diante de decisões modernas exaradas pela Cortes Superiores brasileiras, no que tange ao presente tema. Rompendo com posicionamentos quase que imutáveis, o Superior Tribunal de Justiça inova quanto à nomeação dos aprovados em concurso público. Em Acórdão histórico proferido no RMS nº 20718, o Tribunal da Cidadania enfrenta a ultrapassada jurisprudência da Supre-ma Corte, nos seguintes termos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À 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 à nomeação e à 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. (STJ. RMS 20718 / SP, Relator (a): Min. PAULO MEDINA, Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Julgamento: 04/12/2007, Diário da Justiça: 03/03/2008).

Tal julgado supera paradigmas, dispondo primeiramente que aquele aprovado e classificado dentro do número de vagas, originalmente conjeturado no instrumento convocatório, passa a ter direito subjetivo à nomeação e não só mera expectativa de direito. Segundo, que a nomeação é um ato vinculado às vagas anunciadas no edital e não ato discricionário, baseado na conveniência e oportunidade estatal.

Caminhando no mesmo sentido, em 2008, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 22.718, aduziu que

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 PROVIDER 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. (STF. RE 227480 / RJ, Rela-

tor (a): Min. MENEZES DIREITO, Relator (a)  
p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Órgão  
Julgador: Primeira Turma, Julgamento:  
16/09/2008, Diário da Justiça: 21/08/2009).

Observa-se que o julgado prolatado na Excelsa Corte foi mais além, pois não se limita apenas às vagas previstas no edital, ou seja, sendo criadas novas vagas através de lei, ou existindo vacâncias nos cargos da administração, os aprovados em concurso público fora da classificação teriam direito subjetivo à nomeação para o preenchimento de tais vagas, dentro do prazo de validade do concurso. Conclui também que a Administração Pública somente pode se negar a nomear os aprovados mediante motivação explícita, justificando seus motivos, não podendo deixar ao bel prazer escoar o prazo de validade do concurso.

Porém, esta foi a única decisão do STF proferida nos últimos tempos desde então. Já o STJ caminhou a passos largos consolidando seu entendimento quanto ao direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas oferecidas, sendo esta vinculada ao edital. Inúmeros acórdãos foram editados desde 2007 nesse sentido, como por exemplo, RMS nº 19.478, RMS nº 22.597, RMS nº 26.507, MS nº 10.381, no ano de 2008, e AGRG no RMS nº 22.568, RMS nº 27.508- RMS nº 27.575, RMS nº 27.311, no ano de 2009.

Mostrando-se um tribunal aberto ao debate, o STJ aprofunda em outras discussões pertinentes o objeto dessa pesquisa. Depois de pacificar sua jurisprudência no tocante ao direito subjetivo à nomeação dos aprovados em concurso público, a questão que está na ordem do dia é a relativa ao direito à nomeação dos aprovados classificados fora do número de vagas previsto no edital, quando comprovada a existência de cargos vagos na Administração, na hipótese de criação de novas vagas por lei, ou mesmo nos caso de vacâncias, exonerações, morte ou desistências de outros aprovados.

O STJ ainda está longe de chegar a um denominador comum quanto à matéria acima mencionada. Em decisões recentíssimas publicadas em 2009, comprova-se que ainda não há julgamentos unís-

sonos quanto ao presente assunto. Assim pronunciou-se o tribunal em julgamentos diametralmente antagônicos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. CRIAÇÃO DE NOVAS VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À CONVOCAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

A criação de novas vagas, durante o prazo de validade do concurso público, não garante o direito à nomeação àqueles que foram aprovados fora das vagas originalmente previstas no edital do certame, por se tratar de ato discricionário da Administração, não havendo falar em direito adquirido, mas tão somente em expectativa de direito. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no RMS 26947 / CE, Relator(a): Ministro FELIX FISCHER, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Julgamento: 02/12/2009, Diário da Justiça: 02/02/2009)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO ESTADO DA BAHIA. CONVOCAÇÃO DOS APROVADOS. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO HABILITADO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DE VAGA OFERTADA NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO INICIALMENTE POSICIONADO ALÉM 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 aprovados dentro do número de vagas.

2. O não preenchimento de todas as vagas ofertadas dentro do prazo de validade do concurso, em razão da eliminação de candidato inicialmente habilitado dentro do número previsto em Edital, gera o direito subjetivo à nomeação do candidato classificado na posição imediatamente subsequente na lista de classificados.

3. Explícita a necessidade de a Administração nomear 48 Auditores-Fiscais, o ato de nomeação do recorrente, diante do desinteresse de candidato aprovado em tomar posse, deixou de ser discricionário para se tornar vinculado, uma vez que passou a se enquadrar dentro do número de vagas previstas no Edital do certame.

4. Recurso provido para determinar a convocação do recorrente para realizar os exames inerentes à fase final do certame e, no caso de preenchimento dos requisitos necessários, a nomeação para o cargo de Auditor Fiscal do Estado da Bahia, com atuação na área de Administração, Finanças e Controle Externo. (STJ. RMS 27.575/BA, Relator (a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Julgamento: 20/08/2009, Diário da Justiça: 14/09/2009)

Resta provado que os avanços jurisprudenciais foram patentes, porém ainda há muitas polêmicas a serem debatidas no âmbito dos tribunais, a respeito do objeto do presente estudo, restando à sociedade esperar o caminhar jurisprudencial que consolide cada vez mais o direito daqueles que se dedicam na batalha cada vez mais árdua de lograr aprovação em concurso público.

## **4. Outras Discussões acerca do Tema**

### **4.1. Vinculação ao Edital do Concurso no que tange ao número de vagas**

Entende-se que quando a Administração Pública convoca a sociedade para uma seleção pública, tanto os administrados quanto a própria Administração se vinculam ao estipulado no instrumento convocatório, em consonância com o Princípio da Vinculação ao Edital. Sendo assim, se o edital estipular vagas, deve o Estado cumprir o que este estabelece, sendo, portanto, a nomeação dos aprovados classificados dentro do número de vagas ato vinculado ao edital. Somente em situações excepcionais e em casos emergenciais, pode o Poder Público se opor à nomeação, devendo tal negativa ser justificada, demonstrado o interesse público, respeitando assim os Princípios da Motivação e Finalidade.

### **4.2. Cadastro de Reserva**

Tal medida não é vista com bons olhos pelos aplicadores do direito, porém pode ser entendida como legal, pois respeita os Princípios da Publicidade e Informação. Com a publicação do edital, toda sociedade toma conhecimento prévio que aquela determinada seleção será para a composição de banco de reserva, não sendo naquele momento disponibilizada vaga específica para nenhum cargo ou emprego público, tendo os aprovados mera expectativa de direito à nomeação.

Porém, opina-se que no prazo de validade do concurso, a partir da criação de cargos mediante lei específica, ou mesmo com surgimento de vagas por meio de exonerações, aposentadorias ou morte, ocorre a obrigação de a Administração nomear aqueles aprovados, respeitando a ordem de classificação, nascendo nesse momento o direito subjetivo à nomeação. Todavia, tal discussão ainda não foi enfrentada pelos tribunais superiores.

### **4.3. Prorrogação do Prazo de Validade do Concurso**

Quanto ao prazo de validade do concurso, trata-se de mera liberalidade do administrador sua prorrogação, configurando-se ato discricionário. Ademais, o gestor público não precisa justificar a não prorrogação, não havendo desrespeito ao Princípio da Motivação.

Percebe-se que não só a prorrogação, mas também a fixação do prazo de validade inserem-se na órbita da discricionariedade, podendo a Administração fixar prazo menor que os dois anos, pois na exegese do art. 37, III, da Carta Magna nota-se que o legislador constituinte deixou na seara da oportunidade e conveniência, quando dispôs que o prazo de validade do concurso público será de até dois anos.

### **4.4. Contratação Precária**

Dentro do prazo de validade do concurso público, sendo demonstrada a contratação precária de terceiros, resta configurado o direito subjetivo à nomeação do aprovado em concurso público. Trata-se de preterição na ordem de classificação, sendo aplicada ao caso concreto a Súmula nº 15 do STF. Com o mesmo raciocínio, os RESP 74432, RMS 24542 e RMS 24151 do Superior Tribunal de Justiça.

### **5. Conclusão**

Como visto, em termos gerais, grandes mudanças ocorreram na jurisprudência brasileira quanto à nomeação dos aprovados em concurso público. O posicionamento anterior dos tribunais era no sentido de não haver direito à nomeação, somente existindo uma mera expectativa de direito do aprovado. Hoje, o STJ consolida de vez sua jurisprudência quando em vários acórdãos afirma haver o direito subjetivo à nomeação do aprovado dentro do número de vagas. A Corte Suprema também caminha para esse entendimento, havendo um precedente na 1ª Turma.

O mais importante disso tudo foi a abertura dos tribunais superiores a teses e pensamentos modernos, desmistificando assim ju-

risprudências antigas e ultrapassadas, que caminhavam na contra-mão das conquistas implementadas pela Constituição de 1988.

Hoje, com base nesses precedentes, novos questionamentos surgem, sendo o mais relevante deles aquele que trata do direito à nomeação dos aprovados fora do número das vagas, quando do surgimento de novos cargos dentro do prazo de validade do concurso. O STJ ainda não tem um posicionamento definido sobre essa questão, porém há alguns julgados que acabam por conferir o direito subjetivo à nomeação dos aprovados fora do número de vagas, quando restar provado que exista a vaga.

Conclui-se que há o direito subjetivo à nomeação não só daqueles aprovados dentro do número de vagas, mas também dos classificados fora do número de vagas, desde que haja disponibilidade de vagas decorrentes da criação, através de Lei, de novos cargos, bem como vagas decorrentes de exonerações, morte de servidores e desistência de outros aprovados, dentro do prazo de validade do concurso público. Se esse entendimento vier a prevalecer, garante o direito subjetivo à nomeação daqueles aprovados em concurso público para cadastro de reserva. Assim, sendo criados novos cargos, ou no caso do surgimento de novas vagas, nasceria nesse momento o direito subjetivo à nomeação daqueles cadastrados no banco de reserva. Vale frisar que tal direito só surgirá se o concurso estiver em plena vigência do seu prazo de validade.

Portanto, espera-se que o Pretório Excelso siga o exemplo do STJ e ratifique o posicionamento de sua 1ª Turma, consolidando sua jurisprudência nessa linha, pois somente assim o Princípio do Concurso Público será aplicado em sua total plenitude.

## Referências

BASTOS, Núbia M. Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 2.ed. Fortaleza: [S.n.], 2005.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro-DF: Senado, 1891.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro-DF: Senado, 1934.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil do Brasil**. Rio de Janeiro-DF: 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro-DF: Senado, 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: 1967.

\_\_\_\_\_. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: 1969.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 227480 / RJ, Relator(a): Min. Menezes Direito, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento:16/09/2008, Diário da Justiça: 21/08/2009.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2931 / RJ, Relator(a): Min. Carlos Britto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 24/02/2005, Diário da Justiça: 29/09/2006.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECUESO EXTRAORDINÁRIO Nº 192568 / PI, Relator (a): Min. Marco Aurélio

lio, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento: 23/04/1996, Diário da Justiça: 13/09/1996.

\_\_\_\_\_. 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. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 37.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8578, Relator (a): Min. Pedro Chaves, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 27/09/1961, Diário da Justiça: 12/04/1962.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8724 / SP, Relator (a): Min. Cândido Motta, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 09/08/1961, Diário da Justiça: 08/09/1961.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.575/BA, Relator (a): Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Quinta Turma, Julgamento: 20/08/2009, Diário da Justiça: 14/09/2009.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26947 / CE, Relator (a): Ministro Felix Fischer, Órgão Julgador: Quinta Turma, Julgamento: 02/12/2009, Diário da Justiça: 02/02/2009.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 20718 / SP, Relator (a): Min. Paulo MEDINA, Órgão Julgador: Sexta Turma, Julgamento: 04/12/2007, Diário da Justiça: 03/03/2008.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FERREIRA, A. B. de H. **Dicionário Aurélio básico**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

MAIA, T. L. **Metodologia básica**. Fortaleza: UNIFOR, 1994.

MEIRELES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.