

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 227.480 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito  
Relatora para o acórdão: A Sra. Ministra Cármen Lúcia  
Recorrente: Ministério Público Federal  
Recorridos: Jorge Carlos Nunes Vidal e outro

**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. Art. 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 16 de setembro de 2008 — Cármen Lúcia, Relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: O Ministério Público Federal interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

*Constitucional, administrativo e processual civil.*

Mandado de segurança impetrado por candidatos habilitados em concurso público de provas e títulos para o cargo de Oficial de Justiça Avaliador do Quadro Permanente da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

A não nomeação dos aprovados, apesar da existência de vagas, constitui lesão a direito líquido e certo.

Relevância do disposto no art. 37, IV, da Constituição Federal que poderia ser fraudado se fosse permitido ao Poder Público deixar expirar o prazo do concurso, apesar da existência de vagas.

Impossível, após a homologação do Concurso, destinarem-se vagas a outras formas de Provimento que não por Concurso Público. Segurança concedida para ordenar à Presidência do Tribunal a nomeação dos Impetrantes, lotados a seu critério.

Direito subjetivo adquirido, individualizado, próprio dos Impetrantes, independentemente dos demais candidatos, devendo sua nomeação ser efetivada, pois existem vagas e já vencido o prazo de eficácia do concurso, estando precluso o direito daqueles que não exerceram o direito de ação em tempo hábil. Precedente do Plenário deste egrégio Tribunal da 2ª Região (Mandado de Segurança 91.02.11135-7/ RJ). Segurança concedida, por maioria.

(Fl. 222.)

Sustenta o recorrente que, “estando os impetrantes mal colocados, o prazo de validade do certame expirou-se sem que eles tivessem sido chamados” (fl. 241), e que “o inciso IV do art. 37 da Constituição da República *não assegura o direito do aprovado à nomeação*. Garante-lhe, unicamente, o direito de não ser preterido por candidatos com colocação inferior a sua ou habilitados em concursos mais recentes. Tal incorreu *in casu*” (fl. 242).

Contra-arrazoado (fls. 283 a 296), o recurso extraordinário (fls. 236 a 242) foi admitido (fl. 298).

Interposto recurso especial (fls. 225 a 235), decidiu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça pelo não conhecimento do recurso (fls. 319 a 324).

Opina o Ministério Público Federal, com parecer da ilustrada Subprocuradora-Geral da República, Dra. **Sandra Cureau**, “preliminarmente, pela aplicação da teoria do fato consumado, negando-se seguimento ao recurso. Caso superada essa fase, o parecer é pelo provimento do apelo” (fl. 341).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Os recorridos impetraram ordem de segurança contra ato omissivo do Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região “que poderá obstar o exercício do direito, líquido e certo, dos Impetrantes de serem nomeados *Oficiais de Justiça Avaliadores* ante a sua aprovação e classificação no concurso público de provas e títulos realizado no ano de 1987, já prorrogado (...)” (fl. 2). Alegam que a autoridade apontada como coatora “não nomeou, existindo vagas, os Impetrantes para os cargos que passaram a ter direito, pela aprovação e classificação em concurso público de provas e títulos” (fl. 2).

A medida liminar foi deferida para a reserva de duas vagas ainda não preenchidas (fl. 56).

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, concedeu a ordem. Segundo a maioria, o art. 37, IV, da Constituição Federal não deixa ao poder público campo para omitir-se, “deixando escoar-se o prazo de eficácia do concurso sem prover os cargos com os habilitados no certame” (fl. 212). Para o Tribunal de origem, a “Administração Pública, ao realizar um concurso e homologá-lo, esgota sua capacidade de opção ao preenchimento das vagas oferecidas aos competidores. Não se concebe que a Administração despenda tempo, dinheiro e energia na realização de um concurso apenas para habilitar pessoas que não vai nomear” (fl. 212). Acrescenta o acórdão que os autos mostram que ainda dentro do prazo de validade do concurso havia vagas disponíveis e, além disso, que tais vagas “foram destinadas a ascensões funcionais (mediante concurso interno) e a progressões funcionais (sem concurso) – sendo que as três vagas da Vara de Campos foram preenchidas pelos critérios de aproveitamento e transferência, também sem concurso” (fl. 213). Depois de analisar a forma de preenchimento por concurso público e por concurso interno de ascensão, entendeu a maioria que “não há como realizar a progressão, a transferência e o aproveitamento, porque estas formas só são possíveis dentro de uma mesma categoria funcional” (fl. 214). Em conclusão, a ordem foi deferida “para o fim de determinar a efetivação da nomeação dos Impetrantes no cargo de Oficial de Justiça Avaliador do Grupo de Apoio Judiciário do Quadro Permanente da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro” (fl. 215).

O especial não foi conhecido no Superior Tribunal de Justiça ao fundamento de que não demonstrado o dissídio, insuficiente a simples transcrição de ementas.

O extraordinário está calçado na interpretação do art. 37, IV, da Constituição Federal, entendendo o Ministério Público recorrente que aquela oferecida pelo acórdão não está correta.

A questão posta pelo recorrente diz com a obrigatória nomeação dos aprovados em concurso público, detentores de direito adquirido à nomeação.

Veja-se que, no caso, como está destacado no extraordinário, não houve, durante o prazo de validade do concurso prestado pelos impetrantes em 1987, novo concurso público ou interno e não foram os impetrantes preteridos na ordem de classificação e nomeação, reconhecendo eles que a ocupação das vagas obedeceu rigorosamente a ordem de classificação.

A inicial aponta ato omissivo, embora mencione a existência do Ato 266/1989, que teria estabelecido critério de reserva de vaga. Indica, ainda, que quando do Ato 226/1989, homologatório da classificação dos candidatos aprovados no concurso para o cargo de Oficial de Justiça Avaliador, os impetrantes passaram a ocupar o 25º e o 30º, respectivamente, mostra a inicial também que, de dezembro de 1989 a maio de 1991, “não foi nomeado concursado, tendo ocorrido, entretanto, 9 nomeações, sendo que os beneficiários o foram por progressão interna, embora aguardassem nomeação os aprovados no concurso público de provas e títulos, contrariando o disposto no inciso IV do art. 37 da Constituição Federal”

(fl. 4).

Sem dúvida, a jurisprudência desta Suprema Corte, em diversas oportunidades, reiterou entendimento de que a aprovação em concurso público não gera direito líquido e certo à nomeação, mas apenas expectativa de direito à investidura, ou seja, prioridade na convocação dos aprovados. Veja-se que no julgamento da ADI 2.931/RJ, Relator o Ministro **Carlos Britto** (DJ de 29-9-2006), ficou bem claro que o direito dos aprovados é o de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação e o de precedência com relação aos aprovados em concurso imediatamente posterior, desde que não escoado o prazo de validade do primeiro certame. Todavia, destacou a Corte Suprema, “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”. Assim, sem a menor sombra de dúvida, a base do acórdão foi em sentido contrário à jurisprudência prevalecente (veja-se, ainda: MS 21.870/DF, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ de 19-12-1994; AI 452.831-AgR/DF, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 11-3-2005; RE 421.938-AgR/DF, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 2-6-2006).

Nestes autos, o acórdão indicou que, segundo as informações “da Sra. Diretora da Divisão de Provimento, Lotação, Seleção e Treinamento (fls. 165/ 166), após a Resolução 7, de 18-9-1989, do Presidente do Conselho da Justiça Federal e até a expiração do prazo de prorrogação do concurso, surgiram 52 vagas, que foram distribuídas segundo critério rigoroso da proporcionalidade de 1/3 para progressão (18), 1/3 para ascensão (17) e 1/3 para concurso (17), conforme as normas do Ato Regulamentar 32 do Conselho da Justiça Federal” (fl. 209). O acórdão menciona, também, expressamente, que “não se invocou problema de preterição” (fl. 210), havendo o reconhecimento de que os 17 primeiros colocados já foram empossados nas 17 vagas colocadas em disputa. E, por fim, o próprio

acórdão põe como ponto nodal saber se o “habilitado em concurso tem direito adquirido à nomeação” (fl. 210).

O que a inicial reclama, e afirma estar plantado o direito líquido e certo, é que há vício no “ato inquinado e que pretendeu reservar vagas para progressão e ascensão funcional, como previsto no Ato 266/1989, vez que visa, sem fundamento legal, a prescrição do prazo de validade do concurso público de provas e títulos a que se submeteram, foram aprovados e classificados” (fl. 3). O fundamento do acórdão, embora não afaste o ponto nodal antes referido, marchou no sentido de assegurar o pleno direito de nomeação dos concursados no prazo de validade do concurso, havendo vagas, não podendo a administração pública dispor discricionariamente sobre outras formas de provimento nesse período. Ocorre que, no caso, o que está na raiz do julgado é o direito adquirido de nomeação e a ausência de discricionariedade. Ora, não me parece que esse cenário autorize o deferimento da pretensão com o reconhecimento do direito líquido e certo, considerando que não existe direito líquido e certo de nomeação nem houve, como reconhecido no acórdão, problema relativo à preterição no tocante aos impetrantes. Ademais, vale anotar que a reserva de vagas distribuídas entre a progressão, a ascensão e os concursados estava vinculada a atos do Conselho da Justiça Federal, fora do alcance da autoridade apontada como coatora.

Assim, no mérito, não há como acolher a solução dada na instância ordinária.

O Ministério Público Federal, contudo, visualiza problema no que diz com o tempo decorrido. Afirma que a situação está consolidada desde o julgamento no Tribunal de origem, que ocorreu em 20-8-1992, sendo a medida liminar deferida em 8-10-1991. Devemos enfrentar esse tema agora.

A jurisprudência da Suprema Corte não acolhe a argumentação em torno do fato consumado. E com razão, porquanto se fosse diferente estar-se-ia discutindo a questão a partir do absoluto com que se cobririam os julgados das instâncias de 1º e 2º graus, o que não é possível. Disse bem esta Corte, por sua Primeira Turma, que não pode a “a circunstância de ter sido a liminar deferida, sanar a inconstitucionalidade da sua concessão” (RE 275.159/SC, Rel. Min. **Ellen Gracie**, DJ de 11-10-2001; no mesmo sentido: AI 636.113-AgR/ MG, Rel. Min. **Eros Grau**, DJ de 29-6-2007; RMS 23.692/DF, Rel. Min. **Ellen Gracie**, DJ de 16-11-2001; AI 581.992-AgR/ MG, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ de 6-10-2006).

Destarte, conheço do extraordinário e lhe dou provimento para denegar a ordem.

### EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Há precedente envolvendo, inclusive, concurso para a magistratura. A Segunda Turma concedeu a ordem,

assentando que se o Estado – Estado gênero – anuncia no edital de concurso que o certame é para o preenchimento de um número determinado de vagas, ele se obriga, uma vez aprovados candidatos, a preencher essas vagas. Procedi, à época, à interpretação do art. 37 da Constituição Federal, no que versa a precedência dos aprovados em concurso anterior, considerado o subsequente. Foi um caso do Piauí.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Lerei para Vossa Excelência um voto que fiz em janeiro de 2008.

Há uma especificação, nesse voto, que talvez sirva.

Diz:

A questão posta pelo recorrente diz como obrigatória a nomeação dos aprovados em concurso público detentores do direito adquirido à nomeação. Veja-se que no caso, como está destacado no extraordinário, não houve novo concurso público ou interno durante o prazo de validade do concurso prestado pelos impetrantes em 1987 e não foram os impetrantes preteridos na ordem de classificação e nomeação, reconhecendo eles que a ocupação das vagas obedeceu rigorosamente à ordem de classificação. A inicial aponta ato omissivo, embora mencione a existência do Ato 266/1989, que teria estabelecido critério de reserva de vaga, indica, ainda, que, quando do Ato 226/1989, homologatório da classificação dos candidatos aprovados no concurso para o cargo de oficial de justiça avaliador, os impetrantes passaram a ocupar o 25º e o 30º lugar respectivamente. Mostra a inicial, também, que, de dezembro de 1989 a maio de 1991, não foi nomeado concursado, tendo ocorrido, entretanto, nove nomeações, sendo que os beneficiários o foram por progressão interna, embora aguardassem nomeação os aprovados no concurso público de provas e títulos, contrariando o disposto no inciso IV do art. 37 da Constituição Federal.

Sem dúvida, a jurisprudência dessa Suprema Corte, em diversas oportunidades, reiterou o entendimento de que a aprovação em concurso público não gera direito líquido e certo à nomeação, mas apenas expectativa de direito à investidura, ou seja, prioridade na convocação dos aprovados. Veja-se que, quando do julgamento da ADI 2.931/RJ, Relator Ministro **Carlos Britto**, ficou bem claro que o direito dos aprovados é o de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação, e o de precedência com relação aos aprovados em concurso imediatamente posterior, desde que não escoado o prazo de validade do primeiro certame. Todavia, destacou a Suprema Corte que 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. Assim, sem a menor sombra de dúvida, a base do acórdão foi em sentido contrário à jurisprudência prevalecente [estou citando o Ministro **Carlos Velloso** e

Ministro **Sepúlveda Pertence**]. Nestes autos, o acórdão indicou que, segundo as informações da Senhora Diretora da Divisão de Provimento, Lotação, Seleção e Treinamento, após a Resolução Tal, de tal ano, do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que, até a expiração do prazo e prorrogação do concurso, surgiram 52 vagas que foram distribuídas segundo critério rigoroso da proporcionalidade.

Vossa Excelência quer adiar?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não, tenho convencimento formado.

Penso que o Estado não pode simplesmente anunciar um concurso, implementá-lo e após cruzar os braços. Sabemos o que é um concurso público, a via-crucis percorrida. Às vezes o candidato deixa até o emprego para dedicar-se aos estudos, ficando por conta da família, para, posteriormente, o Estado silenciar, deixando no ar que estimara apenas saber se havia no mercado candidatos aptos ao preenchimento das vagas.

No prazo de validade do concurso, se ele é feito para preenchimento dos cargos já existentes, criados por lei, entendendo-se, portanto, que são necessários ao funcionamento da administração pública, há o direito subjetivo à nomeação. Não se pode deixar, simplesmente, escoar o prazo de validade do concurso para, depois, convocar-se um outro. Foi essa a tese que prevaleceu no célebre caso dos magistrados concursados para a magistratura do Estado do Piauí, na Segunda Turma, evoluindo-se no enfoque.

Reconheço que há essa jurisprudência vetusta, para mim ultrapassada, considerados os ares democráticos da Carta de 1988, a revelar que somente há o direito à nomeação quando ocorrida a preterição. O Estado não pode brincar com o cidadão.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): É que esses precedentes que eu estou citando são de 1994.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Está havendo uma evolução na jurisprudência.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Esses precedentes, parece que o Ministro **Marco Aurélio** tem razão, que essa é a posição, são precedentes mais novos, mais recentes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O que mencionei versou caso do Estado do Piauí.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Exatamente. Estou destacando ainda, também aqui, parece-me que nesse caso particular, claro que a posição de Vossa Excelência é...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): E aqui há outro aspecto, Ministro: Vossa Excelência aludiu a preenchimento de vagas mediante progressão, quer dizer, concurso interno.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Mas é que a impetração foi feita exclusivamente com base na alegação da existência de direito adquirido, esse foi o fundamento da impetração. E o Tribunal acolheu essa posição de Vossa Excelência. E a jurisprudência nossa é contrária a essa orientação. Ela entende que não há direito adquirido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Anunciando o órgão a existência das vagas, convocando os candidatos aprovados.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ainda há mais um dado aqui neste processo. Na realidade, isso foi feito em cumprimento à determinação do Conselho da Justiça Federal. Ainda tem esse dado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O que foi feito?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O que foi feito de não preenchimento das vagas, de considerar os aspectos relativos ao concurso, de não haver preterição, foi feito de acordo com o provimento do Conselho da Justiça Federal. Agora, a impetração foi feita com base na alegação do direito adquirido, que Vossa Excelência diz muito bem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): E quem recorre é o Ministério Público, como fiscal da lei?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não sei quem está recorrendo, porque não tenho o nome das partes aqui.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ministério Público Federal, como fiscal da lei. O órgão que estaria compelido a promover o aproveitamento demonstrou inconformismo? O órgão ou a União? Não sei qual é. O órgão que estaria compelido ao aproveitamento seria a União.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Acho que oficial de justiça avaliador é do Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É interessante a matéria.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, o ponto de vista de Vossa Excelência é extremamente interessante e refletirei bastante sobre ele.

Tenho adotado a posição da jurisprudência da Casa e a minha óptica é a do ponto de vista da Administração. Podem existir problemas de natureza orçamentária, sobretudo agora com a Lei de Responsabilidade Fiscal. É possível que, uma vez feito o concurso, não haja recursos para contratar todos aqueles que foram aprovados.



O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não há esse dado no acórdão. Não houve debate e decisão prévios sob esse ângulo.

Reafirmo que simplesmente atinge a dignidade do homem anunciar-se um concurso público, sinalizando-se a necessidade de preenchimento de vagas e, existentes as vagas, o Estado simplesmente não preenchê-las. Não posso conceber isso.

Agora, claro que se houver um óbice legal, constitucional, muito bem, que não se preencha, mas que se aponte nas informações.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Há até uma alegação do Ministério Público, no parecer, sobre a questão de ser um fato consumado, e estou dizendo que a nossa jurisprudência aqui é que o fato consumado não adianta.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O Ministério Público no parecer?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): No parecer. Eu estou me limitando a cumprir a jurisprudência da Corte, quer dizer, que é a mais recente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não conheço os acórdãos mencionados. Houve esse caso na Segunda Turma, realmente um avanço na jurisprudência.

Agora, veja Vossa Excelência, o Judiciário vem evoluindo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministro, esse que estou citando é até um acórdão de 2006, do Pleno, do Ministro Carlos Britto, Relator na ADI 2.931.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas por que seria na ação direta de inconstitucionalidade?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Em que diz:

(...) 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 Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas seria quanto a um ato normativo de aproveitamento.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O problema é saber se tem direito adquirido aí.

## VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, tenho escrito sobre isso e apanhei o suficiente quando comecei.

Pelo meu raciocínio, não posso admitir, tal como disse o Ministro Marco Aurélio, que o Estado exija algo – e falo com muita tranquilidade, porque prestei mais de um concurso e sei, portanto, o que é fazer concurso – sem dar a contrapartida. Como disse o Ministro Marco Aurélio: você abre mão das suas coisas; quem tem família abre mão da sua vida familiar; tira férias, às vezes, para ficar estudando; se chegar quinze minutos atrasada, o portão está fechado e, portanto, perde-se a inscrição. Esses concursos hoje são cobrados, e não é fato demonstrado que só se cobra para pagar os custos, às vezes, cobra-se até mais. Então, haveria enriquecimento ilícito da Administração quando se anula um concurso. Eu passei em primeiro lugar e ninguém fala nada comigo? Ou seja, eu tenho de ser responsável; eu tenho de cumprir desde o horário até a disciplina que está no edital; e o Estado pode ser leviano? O Estado pode ser irresponsável?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ou seja, o cidadão atende às condições impostas e é frustrado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu me submeto à lei, e o Estado de Direito, não? Estado de Direito é isto: governantes e governados submetem-se igualmente ao Direito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Com responsabilidade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não falo em direito adquirido até porque, se direito adquirido em direito constitucional fosse 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 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.

O Ministro Ricardo Lewandowski lembra: e se não houver recursos? Se não houver, temos de responsabilizar o administrador. Não havendo recursos para prover aqueles cargos ou sendo eles desnecessários – porque às vezes são –, não abra concurso, não convoque a sociedade. Agora, convocar a sociedade para brincar é algo que não acho admissível. Isso é incompatível com o sistema constitucional.

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.

No caso aqui posto, não há nada na Administração, a não ser dizer o velho e há muito superado discurso: eu não quero. Até porque, Ministro Menezes Direito, no concurso público tanto quanto na licitação, que é uma forma de concurso, Vossa Excelência pode imaginar o que significa isso? Eu faço um concurso, como fiz em 1982 e fiquei esperando. Convidaram-me para outro trabalho – eu era uma advogada formada, tinha entrado na PUC – e eu não sabia se podia aceitar ou não, porque, se eu fosse procuradora de Estado, não poderia aceitar outro trabalho; mas, se eu entrasse no outro e me chamassem, eu preferiria ser procuradora. A minha vida ficou na mão do Estado. E então os concursados vão atrás do governador ou do presidente ou de quem for a autoridade responsável, que fala assim: convença-me de que você é necessário. Já pensou que isso é uma porta aberta até para a corrupção? Pois eu tenho de convencer de uma coisa que ele me dizia que era certo. Então, não posso imaginar que um concurso seja feito simplesmente para testar – como disse Vossa Excelência – se há pessoas interessadas em prover o cargo ou não. Ou bem o cargo não é necessário e não se pode abrir o concurso, ou é necessário e então se abre o concurso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Pessoas habilitadas aos cargos. Isso cobra seriedade maior do administrador público.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu digo que pode ocorrer efetivamente de não se ter de nomear. Em que caso? No caso em que o administrador sério e responsável prove. E dou o exemplo da Emenda 14. Abriu-se concurso para professores de segundo grau do Estado de Minas Gerais, veio a Emenda 14, pela qual essas vagas não seriam mais do Estado, mas do Município. Então, nesse caso não se pode chamar o concursado, porque não há mais as vagas. Mas fora isso, não vejo como alguém possa fazer um concurso e depois ficar simplesmente sem saber o que vai acontecer com a sua vida.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Tomaram posse, Ministro? Vossa Excelência tem a data?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não tenho, Excelência. Mas, Ministro Marco Aurélio, a posição é exatamente como Vossa Excelência pôs no início: saber se tem ou não direito adquirido. Essa é a posição.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministra Cármen Lúcia, eu estou preocupado com essa questão também e aduziria mais um argumento. Às vezes é até possível vetar determinados nomes, aqueles que sobejaram da lista. A

administração talvez pudesse vetar o nome dizendo: não, eu vou esperar caducar o concurso e abro outro.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro, nós julgamos no Plenário – nós dois já estávamos aqui – o caso da procuradora do Ministério Público Militar, no qual o argumento era o de que não se iria nomeá-la porque ela era a última da lista, logo seria melhor esperar um novo concurso. E nós fomos contra e dissemos: ou bem a banca examinadora afirmou que ela passou e não interessa em que lugar – portanto, afirmou aquela condição –, ou ela não poderia ter passado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É interessante. Estamos diante de um recurso extraordinário, que pressupõe o maltrato, pela Corte de origem, à Constituição Federal, e estamos quase há quinze minutos a discutir para concluir pela infringência ou não a que artigo?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ao art. 37.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ao art. 37, que prevê?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: No que prevê o concurso público, e o concurso público obrigaria, ressalvada a circunstância de haver a nomeação dos aprovados.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Uma interpretação do art. 37. Não seria razoável a interpretação implementada pela Corte de origem quanto ao aproveitamento?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Porque diz aqui no art. 37, IV. A Ministra Cármen Lúcia tem razão. Vossa Excelência pode manter. Vossa Excelência tem lastro no art. 37, IV, porque diz assim:

#### Art. 37. (...)

IV – durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Pressupõe a abertura de vaga ainda no prazo de validade do concurso. Implicitamente, tem-se o direito à nomeação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Quando escrevi sobre isso, eu me ative ao art. 37, inciso II.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O que estou entendendo é que realmente não há direito adquirido, essa é a tese que estou entendendo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O que digo é que há o direito subjetivo à nomeação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu também não falo em direito adquirido, eu falo em direito subjetivo à nomeação, porque o direito subjetivo pode ser afrontado por uma nova circunstância da Administração que o impeça, e, então, não haveria um ilícito da Administração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Vossa Excelência quer ver o outro prato da balança? Se a Administração convoca o concursado, ele tem prazo para tomar posse, a partir do qual, sem fazê-lo, perde a potencialidade de assumir o cargo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro, é o que eu disse: quem faz concurso não pode chegar atrasado quinze minutos, pois perde o direito, mesmo tendo pago, mesmo tendo estudado, mesmo tendo feito o que for.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É um sacrifício muito grande para simplesmente ser menosprezado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, eu penso que o Estado não pode exigir, no Estado democrático, que eu seja responsável, sendo ele leviano. Isso não existe.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): E sabemos a via-crúcis que é a feitura de um concurso!

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Essa é a razão pela qual eu interpreto a doutrina antiga – porque hoje há muitos doutrinadores seguindo essa linha: há o direito à nomeação, salvo se sobrevier interesse público que determine que, por uma nova circunstância, o que acontecer na hora da convocação ponha abaixo o edital. O exemplo que dou é o de Minas Gerais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Foi o julgamento originário de mandado de segurança pelo Tribunal?

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Foi mandado de segurança pelo Tribunal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Já pelo próprio Tribunal e contra ato que seria dele. E seria um ato administrativo do Tribunal. O próprio acabou concedendo a ordem. É interessante. Por que o fez?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, Ministro, eu dizia que Minas Gerais fez um para professor de segundo grau. Sobreveio a EC 14, que passou cargos para os Municípios. Então, apesar de ter terminado o concurso e haver concursados aprovados, o Estado veio e disse assim: como eu posso nomear esses aprovados? É porque eu tinha tantos cargos de segundo grau. Se esses cargos foram extintos porque passaram para o Município, eu não posso nomear, pois seria uma lesão à sociedade.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Ministra Cármen, só uma observação. A minha sensação é que o Ministro Marco Aurélio, desde o início, pôs essa questão como ela está, quer dizer, ou se entende que existe esse direito

ou se entende que não existe esse direito. Para quem entende, como o Ministro **Marco Aurélio** e Vossa Excelência, que existe esse direito, seja ele adquirido, seja ele direito subjetivo, não pode conhecer e prover o extraordinário, tem de manter a decisão do Tribunal de origem, mesmo porque poder-se-ia imaginar que houve uma alegação de preenchimento de vagas com relação à progressão, à ascensão funcional, como disse o Ministro **Marco Aurélio** há pouco, provimento derivado. Acontece que esses provimentos não foram decorrentes do ato do Tribunal. Isso é uma outra questão relativa ao Conselho da Justiça Federal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas, em vez de se convocar os concursados, promoveu-se a movimentação dentro do próprio Tribunal para esses cargos, com mudança de cargo.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Por um ato, Ministro **Marco Aurélio**, que não foi da autoridade coatora.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Foi o Conselho que determinou o aproveitamento.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Foi do Conselho, está fora da autoridade coatora. Então, é como disse Vossa Excelência desde o início, ou bem se entende, como Vossa Excelência entendeu.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ministra, quer ficar com vista?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu já votei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Então, o Ministro Carlos Ayres Britto desempata.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não preciso, porque eu tenho até escrito sobre isso.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senão vamos ter de pedir vista. Repete tudo de novo e, quando chegar na sessão seguinte, a gente já está em pauta, só suspende a votação.

## VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu acompanho o Relator. Só queria aduzir um pequeníssimo argumento, que é o seguinte: nós ultrapassamos de há muito o estado absolutista que se baseava no princípio *le roi le veut*. Quer dizer, todos os atos administrativos têm de ser motivados. Logo, não posso conceber que não se proveja os cargos dos candidatos aprovados simplesmente por uma negativa sem nenhuma motivação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas é assim que acontece, Ministro.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Acompanho o Relator.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Acontece assim, Ministro, passa-se *in albis* o prazo, ninguém fala nada, até porque quando há ação, comissão, o cometimento de qualquer prática tem de ser motivado, sim. Agora, a omissão fala por si.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): São duas visões distintas.

### VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Acompanho também, quer dizer, acompanho – o advérbio de modo não tem adequação – a Ministra Cármen Lúcia. Já estava imaginando o Ministro Carlos Ayres Britto acompanhando-a. Por isso lancei o “também”.

### EXTRATO DA ATA

RE 227.480/RJ — Relator: Ministro Menezes Direito. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Jorge Carlos Nunes Vidal e outro (Advogado: Atamir Quadros Mercês).

Decisão: Após os votos dos Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski, que conheciam do recurso extraordinário e lhe davam provimento; da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Marco Aurélio, Presidente, que dele conheciam, mas lhe negavam provimento, o julgamento foi adiado a fim de se aguardar o voto de desempate do Ministro Carlos Britto, ausente, justificadamente.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 10 de junho de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

### DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Há um precedente. Fui Relator, na Segunda Turma, de caso envolvendo a magistratura do Piauí. E o Tribunal, foi o primeiro precedente, colocou em segundo plano aquela vetusta jurisprudência segundo a qual não há o direito subjetivo à nomeação. Havia sido anunciado o número de vagas. Houve pedido de prorrogação do prazo de

validade do concurso, indeferido, para, semanas depois, convocar-se para novo concurso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, há também aquele precedente do Plenário, da procuradora da Justiça Militar, julgado no ano passado, em que revertemos e mandamos nomear os candidatos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O Tribunal tem distinguido, mas penso que, quando a administração pública anuncia no edital as vagas abertas, há o direito público subjetivo à nomeação, sob pena de se entender que o Estado pode brincar com o cidadão e realizar concurso apenas para saber se há no mercado pessoas habilitadas ao preenchimento das vagas.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência vai além. Eu não chego a isso. Fico a meio caminho dessa tese, porque entendo que o Estado pode, sim, deixar de nomear, contanto que motive, que justifique, que diga a razão pela qual.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Já é um passo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim. Agora, aqui, não. Ele deixou intencionalmente escoar o prazo de recrutamento para abrir vagas destinadas a provimento interno, quer dizer, a ocupação por ascensão funcional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ainda há esse aspecto salientado por Vossa Excelência.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Acórdão que concedeu a segurança para garantir a nomeação dos impetrantes no cargo de Oficial de Justiça Avaliador. Entendeu o TRF da 2ª Região que “a não nomeação dos aprovados, apesar da existência de vagas, constitui lesão a direito líquido e certo”. Isto porque se lhe afigura relevante o disposto no inciso IV do art. 37 da Constituição da República, “que poderia ser fraudado se fosse permitido ao Poder Público deixar expirar o prazo do concurso, apesar da existência de vagas”. Daí ser “impossível, após a homologação do concurso, destinarem-se vagas a outras formas de provimento que não por concurso público”.

2. Pois bem, na sessão de 10 de junho de 2008, o Relator, Ministro Menezes Direito, conheceu do recurso e lhe deu provimento, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Já a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Marco Aurélio, em divergência, negaram provimento ao apelo extremo. Razão pela qual os autos me foram remetidos para elaboração de voto-desempate.



3. Começo, então, pela ratificação do entendimento deste Supremo Tribunal Federal na ADI 2.931, da qual fui Relator. De fato, os direitos de candidatos aprovados em concurso público são “de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados”. Reafirmo que alterações fáticas (restrições orçamentárias, por exemplo) podem ensejar mudança de planos. Daí não haver direito adquirido à nomeação.

4. Como apontei em meu voto na mencionada ADI 2.931, o querer da Administração constitui-se numa vontade qualificada, porquanto pública. A mudança de planos, portanto, é de vir acompanhada de uma justa causa. Ora, “querer discricionário” não se confunde com vontade arbitrária. Nesse mesmo sentido, esta nossa Corte já assentou que, “como o inciso IV (do art. 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, (...) 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 subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias” (RE 192.568, da relatoria do Ministro Marco Aurélio).

5. O caso dos autos é, em quase tudo, idêntico. O Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deixou escoar o prazo de validade do concurso, embora fosse patente a necessidade de nomeação dos aprovados. Digo isto porque, passados apenas quinze dias do fim do prazo de validade do certame – e é bom frisar que a impetração foi anterior ao escoamento do prazo –, foi aberto concurso interno (!) destinado à ocupação dessas vagas, por ascensão funcional.

6. O que se vê, portanto, é não somente uma violação ao inciso IV do art. 37 da Constituição Federal, como também ao inciso II do mesmo artigo, dado que proibida a investidura em cargo efetivo sem a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

7. Em suma, se é verdade que os candidatos aprovados em concurso público, em se tratando de conveniência e oportunidade da nomeação, estão sujeitos à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro é que essa discricionariedade é de ser exercida legitimamente. Ora, os candidatos não podem ficar reféns de conduta que, deliberadamente, deixa escoar o prazo de validade do concurso para, em seguida, prover os cargos mediante nomeação de novos concursados ou, o que é muito pior, por meio de inconstitucional provimento derivado. O exercício do poder discricionário da administração pública se funda também na lealdade, esta como um dos conteúdos do princípio da moralidade. Lealdade, como proteção da confiança do administrado, portanto.

8. Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso, acompanhando a divergência inaugurada pela Ministra Cármen Lúcia.

## EXTRATO DA ATA

RE 227.480/RJ — Relator: Ministro Menezes Direito. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Jorge Carlos Nunes Vidal e outro (Advogados: Gilberto Fraga, Rodrigo Pires Carvalho e Atamir Quadros Mercês).

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski. Relatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 16 de setembro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.