

**RE nos EDcl no AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº
53.302 - GO (2017/0027629-1)**

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : KENJI MAIA XAVIER TAKAFASHI
ADVOGADOS : SANDRO DE ABREU SANTOS - GO028253
LUCAS MENDONÇA VIEIRA E OUTRO(S) - GO042575
RECORRIDO : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : KEILY REZENDE PANTALEÃO E OUTRO(S) - GO025480

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. **TEMA 784/STF**. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE EM REPERCUSSÃO GERAL. SEGUIMENTO NEGADO.

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário, interposto por KENJI MAIA XAVIER TAKAFASHI, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (fls. 427/428):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO MPF.

1. É firme o entendimento do STJ de que os candidatos classificados além das vagas inicialmente oferecidas pelo Edital não têm direito líquido e certo à nomeação, não sendo a criação de vagas por lei e, tampouco o reconhecimento da necessidade de preenchimento dos cargos pela Administração Pública, motivo suficiente para convolar a mera expectativa de direito em direito líquido e certo. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no RMS 37.559/DF, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 26.8.2016.

2. Esta orientação acompanha a tese firmada pelo STF, em repercussão geral, segundo a qual, *o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à*

nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no Edital. (...) a publicação de novo Edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo Edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame (RE 837.311-RG/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 18.4.2016).

3. No caso, o impetrante foi aprovado na 1.684a. colocação no concurso para 585 vagas, ou seja, fora do número de vagas previsto no Edital, não tendo se configurado qualquer das hipóteses passíveis de convalidação de sua expectativa de direito em direito líquido e certo, porquanto as vagas surgentes no prazo de validade do certame não alcançaram a sua posição na ordem de classificação.

4. Agravo Interno do Particular a que se nega provimento.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa (fl. 468):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC. EMBARGOS DO PARTICULAR REJEITADOS.

1. A teor do disposto no art. 1.022 do CPC/2015, os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não se verifica no caso dos autos, porquanto o acórdão embargado dirimiu todas as questões postas de maneira clara, suficiente e fundamentada.

2. No caso dos autos, verifica-se inexistir a alegada omissão, uma vez que restou assentado na *decisum* impugnado a conclusão de que, a abertura de novo concurso não enseja direito à nomeação, se não ocorrer, conjuntamente com essa situação, a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração. No caso dos autos, tal fato não ocorreu, pois não se comprovou a existência de preterição, apta a relevar a inequívoca necessidade de nomeação.

3. Embargos de Declaração do Particular rejeitados.

Nas razões do recurso extraordinário (fls. 484/501), sustenta a parte recorrente que está presente a repercussão geral da questão tratada e que houve afronta aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da proporcionalidade, da eficiência e da razoabilidade, previstos no art. 37, da Constituição Federal.

Alega, para tanto, existir direito subjetivo à nomeação de cargo público, na medida em que "houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos servidores" (fl. 489).

Postula o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação para o cargo público de soldado da Polícia Militar do Estado de Goiás.

A parte recorrente é beneficiária da gratuidade de justiça (fl. 210).

Apresentadas as contrarrazões às fls. 529/539.

É o relatório.

Extrai-se dos autos que o recurso extraordinário ora em análise foi interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu que não há direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público fora das vagas previstas em edital se a parte não comprova o surgimento de novas vagas e a efetiva ocorrência de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.

E, ao assim decidir, verifica-se que esta Corte Superior de Justiça se manifestou em consonância com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 837.311/PI, sob a sistemática da repercussão geral, no qual fixou as seguintes teses acerca do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público:

O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. **Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:**

1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;

3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

A título de ilustração, confira-se a ementa do aresto:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN

CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração

Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

No mesmo sentido, segue recente precedente do Pleno do Excelso Pretório:

Agravo interno em reclamação. Alegação de má aplicação de tese firmada em sede de repercussão geral. Concurso público. Preterição. 1. No julgamento do RE 837.311, Rel. Min. Luiz Fux, paradigma do tema nº 784 da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, para ter reconhecido o direito à nomeação, o candidato interessado deve demonstrar, cumulativamente, (i) situação de preterição arbitrária e imotivada e (ii) a existência de cargos vagos. 2. No caso em análise, o acórdão reclamado registrou que a candidata interessada não demonstrou a existência de cargo vago em sua região. 3. Agravo interno desprovido.

(Rcl 29.862 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018)

Verifica-se, pois, que o acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado em regime de repercussão geral (Tema 784/STF), razão pela qual se impõe a negativa de seguimento ao apelo extremo.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil, **nego seguimento ao recurso extraordinário.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 07 de fevereiro de 2019.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Vice-Presidente

