AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.452.809 - RS (2019/0046460-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : VANESSA REUTER DOTTO
ADVOGADO : JULIANA TURCHIELLO CALLEGARO E OUTRO(S) - RS061327
AGRAVADO : UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA - UFSM

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CONVOCADO PARA PREENCHIMENTO DE VAGA PREVISTA NO EDITAL. EXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO CANDIDATO CLASSIFICADO IMEDIATAMENTE APÓS, QUE PASSA A SER CONSIDERADO COMO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS ABERTO. AGRAVO DO PARTICULAR PROVIDO, EM CONFORMIDADE COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Agrava-se de decisão que negou seguimento ao Recurso Especial interposto pelo VANESSA REUTER DOTTO, fundado na alínea *c* do art. 105, III da Carta Magna, no qual se insurge contra acórdão do egrégio TRF da 4a. Região, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL CADASTRO RESERVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.

1. De acordo com o RE 837.311, julgado pelo STF em sede de repercussão geral (Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 9.12.2015), entendeu-se, no que toca aos aprovados fora do número de vagas previstas em edital, ou seja, em cadastro reserva, que tais candidatos possuem mera expectativa de direito à nomeação, situação que, apenas excepcionalmente, se convola em direito subjetivo.

2. Restou assentado, no referido julgamento, que a aprovação em concurso público só originaria direito subjetivo à nomeação: a) quando ela ocorresse dentro do número de vagas previstas no edital; b) quando houvesse preterição na nomeação por inobservância da ordem de classificação no concurso; e c) quando surgissem novas vagas durante a validade do concurso e, excepcionalmente, a Administração Pública, mesmo após reconhecer, de forma inequívoca e demonstrada casuisticamente, a necessidade do provimento das vagas durante a validade do concurso, deixasse o referido prazo escoar para nomear candidatos de concurso superveniente.

> *3. Não se pode admitir a obrigação da Administração Pública de nomear candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, simplesmente pelo surgimento de vaga, seja por nova lei, seja em decorrência de vacância. Com efeito, proceder dessa forma seria engessar a Administração Pública, que perderia sua discricionariedade e autonomia (artigo 207 da CR) quanto à melhor alocação das vagas, inclusive quanto a eventual necessidade de transformação ou extinção dos cargos vagos* (fls. 431).

2. Em seu Apelo Nobre inadmitido, a parte agravante sustenta, além de dissidio jurisprudencial, violação do art. 1o. da Lei 12.016/2009, ao argumento de que, embora em um primeiro momento tenha ficado no cadastro de reserva, a vaga que deve ser preenchida pela parte recorrente está dentro do número de vagas do edital, já que houve desistência de candidato aprovado em posição imediatamente anterior. Aduz que passou a ter direito subjetivo à nomeação ao cargo de Engenheira de Segurança do Trabalho.

3. O douto Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do Recurso Ordinário, em parecer assim ementado (fls. 592/597):

> *AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ENGENHEIRO DE SEGURANÇA DO TRABALHO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA. PREVISÃO DE DUAS VAGAS NO EDITAL. APROVAÇÃO EM TERCEIRO LUGAR. DESISTÊNCIA DO SEGUNDO COLOCADO.*
>
> *1. O acórdão recorrido está em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orientada no sentido de que a expectativa de direito convola-se em direito subjetivo à nomeação nas situações em que o candidato passa a figurar dentro do número de vagas quando há a desistência de candidato classificado em colocação superior (Aglnt no RMS 55.588-PR).*

4. É o relatório.

5. Cinge-se a controvérsia em saber se o candidato faz jus à nomeação em razão da desistência do candidato classificado em posição imediatamente anterior.

6. No caso dos autos, o edital previa 2 vagas para o cargo de Engenheiro de Segurança do Trabalho e a parte recorrente foi aprovada em 3o. lugar. No entanto, o candidato aprovado em 2o. lugar desistiu da vaga.

7. A jurisprudência dessa Corte entende que o candidato inicialmente aprovado, em colocação além do número de vagas previstas no edital, tem direito subjetivo à nomeação ante a desistência de candidato classificado dentro do número de vagas previsto que permita a inclusão do candidato excedente seguinte nesse rol. Nesse sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROCON/DF. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS, PASSANDO A IMPETRANTE A FIGURAR DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPEDIMENTO DECORRENTE DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.*
>
> *I. Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.*
>
> *II. Caso em que a Impetrante logrou aprovação, na 13a. classificação, no concurso público para o cargo de Técnico de Atividade de Defesa do Consumidor - Técnico de Contabilidade do PROCON/DF, no qual havia previsão de 08 (oito) vagas, sendo que 5 (cinco) candidatos melhor classificados desistiram do certame.*
>
> *III. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE 837.311/PI), fixou orientação no sentido 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.*

IV. Por outro lado, em relação àqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 598.099/MS, também submetido à sistemática da Repercussão Geral, fixou orientação no sentido haver direito à nomeação, salvo exceções pontuais. A partir dessa tese, evoluiu para compreender que, havendo desistência de candidatos melhor classificados, fazendo com que os seguintes passem a constar dentro do número de vagas, a expectativa de direito se convola em direito líquido e certo, garantindo o direito a vaga disputada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

V. Afasta-se o impedimento para nomeação suscitado pelo ente público, decorrente de suposto atingimento do limite prudencial previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo em vista a ausência de comprovação.

VI. Recurso Ordinário provido, para reformar o acórdão recorrido e determinar a imediata nomeação da Impetrante para o cargo postulado (RMS 53.506/DF, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 29.9.2017).

2 2 2

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CONVOCADO PARA PREENCHIMENTO DE VAGA PREVISTA NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO DO CANDIDATO CLASSIFICADO IMEDIATAMENTE APÓS. EXISTÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE E DO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO.

1. A desistência de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital do certame resulta em direito do próximo classificado à convocação para a posse ou para a próxima fase do concurso, conforme o caso.

2. É que a necessidade e o interesse da administração no preenchimento dos cargos ofertados está estabelecida no edital de abertura do concurso e a convocação do candidato que, logo após desiste, comprova a necessidade de convocação do próximo candidato na ordem de classificação. A repeito: RE 643.674 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe-168; ARE 675202 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe-164.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no RMS 48.266/TO, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 27.8.2015).

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO. CONVOCAÇÃO DOS APROVADOS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO HABILITADO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DE VAGA OFERTADA NO EDITAL. NOMEAÇÃO DO PRÓXIMO CANDIDATO NA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO.*
>
> *1. Dado o desinteresse de determinado candidato em tomar posse, restando em aberto vaga prevista no edital do concurso público, faz nascer para o próximo candidato na ordem convocatória o direito líquido e certo à nomeação, uma vez que passa a se considerar dentro do número de vagas previstas no edital.*
>
> *2. Com o ato de desistência de candidata anteriormente convocada para vaga prevista no edital, nasceu para a ora recorrente o direito líquido e certo a ser convocada para comprovação da habilitação para o cargo e demais etapas seguintes, com vistas à nomeação e à posse no concurso público em questão.*
>
> *3. Recurso ordinário provido para determinar que a recorrente seja novamente convocada para comprovação da habilitação, preenchimento da ficha de declaração de acúmulo de cargos e escolha de vagas e, no caso de preenchimento dos requisitos necessários, seja nomeada para o cargo ao qual logrou aprovação* (RMS 23.305/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 18.6.2015).

8. Ante o exposto, dá-se provimento ao Agravo em Recurso Especial para reconhecer o direito da recorrente VANESSA REUTER DOTTO à nomeação.

9. Publique-se.

10. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR