RE nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 55.675 - MG (2017/0281845-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA VICE-PRESIDENTE DO STJ**
RECORRENTE	:	ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORES	:	CÁSSIO ROBERTO DOS SANTOS ANDRADE - MG056602
		ANA CRISTINA SETTE BICALHO GOULART E OUTRO(S) - MG075627
RECORRIDO	:	EVA FRANCO DE OLIVEIRA FRANÇA
ADVOGADOS	:	RODRIGO HENRIQUE LOPES SOUZA - MG167698
		JOSE LUIZ MACHADO - MG157158

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVERTE EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. **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 pelo ESTADO DE MINAS GERAIS, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ementado nos seguintes termos (fls. 155/156):

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRETERIÇÃO CONFIGURADA.
>
> 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra o Governador do Estado de Minas Gerais com o objetivo de assegurar à impetrante o direito à nomeação para o cargo de Especialista em Educação Básica – EEB – Nível I Grau A – Supervisão Pedagógica, no Município de Lavras-MG, para o qual foi aprovada em 16º lugar.
>
> 2. Sustenta a impetrante que, para aquele município, foram oferecidas 3 (três) vagas, mas, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar 100/2007 pelo STF no julgamento da ADI 4876, vários funcionários deveriam ser demitidos, o que daria lugar para que ela assumisse o cargo pleiteado.
>
> 3. O Tribunal *a quo* denegou a segurança.

> 4. O parecer do *Parquet* Federal bem analisou a questão: 'De acordo com o que consta nos autos, foram nomeados 15 candidatos para o referido concurso (fl. 102) e há comprovação de que, durante o prazo de validade do certame, foram realizadas várias contratações temporárias pela Administração para exercer o mesmo cargo pretendido pela Recorrente' (fl. 148, e-STJ).
>
> 5. O STJ possui entendimento sedimentado de que a contratação de servidor em caráter temporário em detrimento de candidato aprovado em concurso público para provimento definitivo gera o direito líquido e certo à nomeação deste. Nesse sentido: MS 18.685/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 09/08/2017.
>
> 6. No caso, a recorrente logrou êxito em comprovar que a contratação temporária de servidores se deu de forma ilegal, visto que ela própria exerce, em caráter precário, o cargo para o qual fora aprovada em concurso.
>
> 7. Além disso, à fl. 18, e-STJ, observa-se que a própria Administração Pública do Estado, ainda dentro do prazo de validade do concurso, reconhece a existência de cargo vago em resposta a consulta feita pela insurgente ao Portal da Transparência.
>
> 8. Enfim, nessa circunstância, a toda evidência, não restam dúvidas de que, dentro do prazo de validade do concurso, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por profissionais da educação pela Administração Pública, na respectiva localidade, demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação.
>
> 9. Portanto, há direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança.
>
> 10. Recurso Ordinário provido".

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 193/198).

Nas razões de seu recurso extraordinário (fls. 204/214), o recorrente alega que está presente a repercussão geral da questão tratada e que foram violados os artigos 5º, inciso LXIX e 37, *caput* e incisos II, IV e IX, ambos da Constituição Federal.

Afirma que "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de reconhecer que o candidato aprovado em concurso público tem mera expectativa de direito".

Sustenta que "a administração se obriga apenas à nomeação do candidato aprovado no concurso público dentro do limite de vagas previsto no edital, tendo em vista o princípio da vinculação do instrumento convocatório".

Defende que "a recorrida foi aprovada fora do número de vagas previstas no certame, não tendo comprovado, contudo, o surgimento de vagas e tampouco a existência de preterição, apta a revelar a inequívoca necessidade de nomeação".

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 222/233.

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 "a contratação de servidor em caráter temporário em detrimento de candidato aprovado em concurso público para provimento definitivo gera o direito líquido e certo à nomeação deste" e que no caso "não restam dúvidas de que, dentro do prazo de validade do concurso, a

manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por profissionais da educação pela administração pública, na respectiva localidade, demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação".

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 <u>ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima</u>.**

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. ARBÍTRIO. 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)

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, 11 de abril de 2019.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Vice-Presidente