RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 49.805 - RJ (2015/0294022-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : CLAUDOMIR BARBOSA CORDEIRO
ADVOGADO : MARCUS VINÍCIUS LOPES DE OLIVEIRA - RJ107420
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADOR : LEILA TEIXEIRA DO NASCIMENTO E OUTRO(S)

DECISÃO

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por CLAUDOMIR BARBOSA CORDEIRO, com fundamento no art. 105, II, *b* da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio TJRJ, assim ementado:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE SERVIDORES COMISSIONADOS E DESVIO DE FUNÇÃO DE SERVIDORES EFETIVOS PARA PREENCHIMENTO DE NOVAS VAGAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. I - A CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS PARA O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES RELATIVAS AO CARGO, QUANDO SURGEM NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO, CONVOLOU EM DIREITO SUBJETIVO A MERA EXPECTATIVA DE DIREITO DO RECORRENTE. II - PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO* (fls. 444).

2. Nas razões recursais apresentadas, a parte recorrente pugna pela concessão da ordem para que seja nomeado no cargo de Fiscal de Posturas do Município de São Gonçalo-RJ, ao argumento de existirem cargos vagos, embora não tenha sido aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do certame.

3. O douto Ministério Público Federal manifestou-se

pelo provimento do Recurso Ordinário (fls. 444/447).

4. É o relatório.

5. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Prefeito do Município de São Gonçalo/RJ, em que se discute a existência de direito à nomeação de candidato que logrou aprovação em concurso público, ainda que fora do número de vagas previstas no edital do certame.

6. Acerca do tema, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência pacífica desta Corte Superior reconhece que a aprovação em concurso público dentro do número de vagas previstas no Edital convalida a mera expectativa em direito subjetivo do candidato a ser nomeado para o cargo a que concorreu e foi devidamente habilitado. A propósito:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 598.099/MS, submetido ao regime da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possuem direito subjetivo à nomeação.*
>
> *2. O candidato ora recorrente foi aprovado em concurso público para provimento de cargos de motorista no quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, obtendo a 7a. colocação na lista classificatória, em um total de 10 vagas previstas no edital de abertura do certame, deixando, no entanto, de ser nomeado pela Administração durante o prazo de validade do referido concurso público.*
>
> *3. Recurso ordinário provido para que seja o recorrente nomeado para o cargo de Motorista, dando-se posse ao mesmo, caso cumpridos os demais requisitos legais e editalícios* (RMS 30.539/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 25.6.2015).

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.*
>
> *1. O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo a ser nomeado no prazo de validade do concurso.*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no RMS 28.823/MS, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU, DJe 26.6.2012).

7. Já no tocante aos candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital, compondo o chamado cadastro de reservas, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 837.311/PI, em sede de repercussão geral, assentou 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 em edital, salvo nas hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública.

8. Assim, concluiu a Suprema Corte que o direito subjetivo dos candidatos aprovados em concurso público resta caracterizado nas seguintes hipóteses: *(a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); (b) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); (c) 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* (RE 837.311, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 18.4.2016). A esse respeito, convém a transcrição da ementa do julgado em referência:

> *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 837.311, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 18.4.2016).

9. Desse modo, para reconhecer o direito subjetivo do autor à nomeação no cargo público cabia-lhe provar a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma 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* (RE 837.311, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 18.4.2016).

10. *In casu*, a parte Recorrente acostou documento demonstrando ter sido aprovado na 14a. colocação no concurso público para o cargo de Fiscal de Posturas do Município de São Gonçalo/RJ, e que não estaria classificada dentro do número de vagas ofertadas para o certame.

11. A leitura atenta dos elementos de provas que instruem o feito revelam que a parte Recorrente não foi aprovada dentro do número de vagas previstas no edital do concurso e não comprovou a existência de preterição apta a relevar a inequívoca necessidade de nomeação.

12. Conforme assentado na tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o surgimento ou a existência de cargos vagos não gera para o candidato aprovado fora do número de vagas previstas em edital direito subjetivo à nomeação, devendo ser demonstrada de forma cabal pelo candidato a necessidade de suprimento da vaga, o que não se verifica na hipótese. A esse respeito, convém transcrever a ementa dos seguintes precedentes:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE*

SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ALEGAÇÃO DE NOVAS VAGAS, SURGIDAS DURANTE A VALIDADE DO CONCURSO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73, que, por sua vez, julgara Recurso Ordinário, interposto contra acórdão também publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pela parte ora recorrente, ao fundamento de que fora aprovado em concurso público para o cargo de Oficial de Justiça, alcançando a 18ª posição (cadastro reserva) para a Comarca de Vilhena/RO, e que teria sido preterido em sua nomeação, pois houve a criação de cargos, durante o prazo de validade do concurso, omitindo-se a Administração em nomeá-lo.

III. Na esteira do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, "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. Ou seja, 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 (STF, RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 15/12/2015). No aludido julgado, em regime de repercussão geral, firmou o STF o entendimento de 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.

IV. No caso, o impetrante foi classificado em 18o. lugar, no concurso público para o cargo de Oficial de Justiça da Comarca de Vilhena/RO (cadastro reserva), cujo Edital previa três vagas, para a aludida Comarca, e as que viessem a surgir, no prazo de validade do certame, tendo sido providas, por concursados, as três vagas previstas no instrumento editalício. Na hipótese dos autos, tanto as informações, quanto a documentação colacionada pela Administração, são suficientes para demonstrar a ausência de dotação orçamentária para a realização de nomeações. Sendo assim, cumpria ao interessado demonstrar cabalmente, como indicado no RE 837.311/PI, que havia - além da previsão legal de novas vagas e do interesse da Administração em provê-las - dotação orçamentária para tanto, sob pena de denegação da ordem.

V. Ao contrário do que pretende fazer crer o ora recorrente, por qualquer ângulo que se observe a questão, falta-lhe, no caso, a imprescindível comprovação do direito líquido e certo. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte: RMS 50.909/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 5.9.2016; AgRg no RMS 41.955/TO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6.10.2016; AgRg no RMS 39.435/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 11.11.2015; RMS 37.700/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 10.4.2013.

VI. Agravo Regimental improvido (AgRg no RMS 37.695/RO, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 29.11.2016).

2 2 2

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA, DIVERGINDO DO RELATOR (AgRg no RMS 38.540/RO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/Acórdão Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 1o.7.2016).

13. Por fim, vale consignar que, nos termos na jurisprudência

do STJ, não configura preterição o provimento de cargo público decorrente de determinação judicial. Nesse sentido:

> *ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. CONVOCAÇÃO PARA TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. PONTUAÇÃO MÍNIMA NÃO ATINGIDA. QUEBRA NA CLASSIFICAÇÃO. NOMEAÇÃO DECORRENTE DE ORDEM JUDICIAL. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte é a de que não há falar em preterição - ou violação da Súmula 15/STF - se o provimento no cargo deu-se diretamente por determinação judicial. Nesse sentido: EDcl no RMS 39.906/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 20.5.2013.*
>
> *2. Recurso Ordinário do PARTICULAR a que se nega provimento* (RMS 51.434/MA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 28.3.2019).

14. Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Ordinário do Particular.

15. Publique-se.

16. Intimações necessárias.

Brasília/DF, 13 de junho de 2019.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR