

Superior Tribunal de Justiça

RE no RECURSO ESPECIAL Nº 1.797.514 - RJ (2019/0016042-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : BETHANIA DO AMARAL FALCAO
ADVOGADO : LETICIA GOMES ALVARENGA - RJ196567
RECORRIDO : MUNICIPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES
PROCURADOR : MARCOS DA COSTA MORALES - RJ091413

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 BETHANIA DO AMARAL FALCÃO, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ementado nos seguintes termos (fls. 278/279):

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS INICIALMENTE. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. NECESSIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO DE PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato da Prefeita do Município de Campos dos Goytacazes, sob a arguição de que, embora ampliado o número de vagas oferecidas em concurso para o preenchimento de vagas no cargo de Fiscal de Saúde Pública, a impetrada deixou de convocar os aprovados no certame e optou por contratar terceirizados para o desempenho das respectivas funções.

2. O Tribunal de origem concedeu a segurança, no que interessa, sob os seguintes fundamentos (fl. 125, e-STJ, destaquei): "No mérito, **a despeito de não haver prova efetiva da contratação precária de terceirizados para o desempenho das respectivas funções**, observa-se que, muito embora inicialmente a impetrante tenha sido aprovada fora do número de vagas previstas no edital, a posterior criação de novas vagas dentro do prazo de validade do concurso, com a prorrogação do certame (índice 82, do anexo 1), faz presumir a necessidade do preenchimento das mesmas, de modo a surgir o direito líquido e certo da impetrante à nomeação".

3. Com efeito, para configurar o direito pretendido – nomeação em cargo público –, é imperativa a presença de prova pré-constituída a indicar preterição arbitrária e imotivada por parte da administração.

Superior Tribunal de Justiça

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 837.311/PI, da relatoria do Ministro Luiz Fux, sob o rito da repercussão geral, entendeu que os candidatos aprovados além do número de vagas previstas no edital de concurso público possuem mera expectativa de direito à nomeação, ressalvadas as situações excepcionais em que for demonstrada inequívoca necessidade de provimento dos cargos.

5. Esclareceu ainda que o surgimento de vagas ou a abertura de 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, excluídas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração.

6. No caso, a recorrida não preencheu os requisitos exigidos pelo referido julgado, pois não comprovou sua preterição. Destaca-se que, conquanto tenha atestado a existência de vagas em quantidade suficiente para atingir sua posição na lista de classificação, deixou de comprovar a contratação de pessoal de forma precária, durante a validade do certame, o que assinala a necessidade inequívoca da administração pública em preenchê-las.

7. Dessume-se que o acórdão recorrido não está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual merece prosperar a irresignação.

8. Recurso Especial provido.

Nas razões de seu recurso extraordinário (fls. 293/303), a parte recorrente alega que está presente a repercussão geral da questão tratada e que foi violado o artigo 37, II, da Constituição Federal aduzindo, para tanto, que "o candidato aprovado fora do número de vagas do edital passa a ter direito em sua nomeação a partir do momento em que surgirem novas vagas no prazo de validade do concurso" (fls. 298/299).

As contrarrazões não foram apresentadas (certidão à fl. 307).

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, **bem como 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 837.311, 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)

Superior Tribunal de Justiça

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, 08 de outubro de 2019.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Vice-Presidente