

**RE nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.450 - DF
(2019/0086551-0)**

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : RICARDO RODRIGUES DA SILVA
ADVOGADO : POLLYANA MARLEY MOREIRA GONTIJO - DF038888
RECORRIDO : UNIÃO

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 RICARDO RODRIGUES DA SILVA, 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. 498/513):

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ALEGADA.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pelo ora recorrente contra alegado ato omissivo do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, consubstanciado na não nomeação para o cargo de Analista Judiciário - Área: Judiciária - Especialidade: Oficial de Justiça Avaliador Federal.

2. O STJ entende que os candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedente: AgRg no REsp 1.233.644/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 13.4.2011.

3. A Corte Especial do STJ passou a seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, 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, 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" (Tema 784/STF) (AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RMS 48.056/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 15.9.2017). No mesmo sentido: AgInt no RMS 52.114/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.8.2017.

4. No que tange à contratação precária, "o Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 12.8.2016) entende válida a contratação temporária, quando tiver por finalidade evitar a interrupção da prestação do serviço, isso sem significar vacância ou a existência de cargos vagos. Assim, a contratação temporária de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal - nem é indicativo da existência de cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em cadastro reserva -, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação ou a existência de cargos vagos. A propósito, ainda: STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 3.2.2017; RMS 51.721/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14.10.2016" (AgInt no RMS 49.856/MT, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25/8/2017).

5. Sendo assim, não há, nos autos, elementos suficientes para demonstrar o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, ou a preterição do direito do insurgente de ser nomeado, por contratação irregular de servidores temporários, para o mesmo cargo em que aprovado. Ausência, portanto, de comprovação de direito líquido e certo.

6. Recurso Ordinário não provido.

Opostos embargos de declaração, foram eles acolhidos apenas para sanar erro material (fls. 560/566).

Eis a ementa do r. acórdão (fls. 560/561):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA CAUSA. NÃO CABIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

1. Nos termos do art. 1.022 do CPC/2015, os Aclaratórios são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e/ou corrigir erro material.

2. Ao contrário do alegado pelo ora embargante, o acórdão analisou as razões deduzidas no Recurso em Mandado de Segurança, enfrentando todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia expressamente, de forma clara e com fundamento suficiente a questão posta em exame, não havendo no julgado nenhuma situação que dê amparo ao recurso integrativo.

3. A título de esclarecimento e conforme consignado no acórdão embargado, discute-se, nos autos, a existência ou não de direito líquido e certo à nomeação de candidato aprovado em certame público fora do número de vagas previsto no edital (cadastro de reserva).

4. A parte recorrente alega que mesmo fora do número de vagas determinado em edital possui direito líquido e certo à nomeação, em razão da existência de vagas, da necessidade de preenchimento desses cargos e da capacidade orçamentária para as nomeações.

5. Como dito no *decisum* embargado, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, adota o entendimento de que **os candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital**, os quais integram o cadastro de reserva, **não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram.**

6. 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.

7. **No presente caso, o candidato classificou-se fora do número de vagas oferecidas pelo concurso público determinado em edital, e as informações concernentes ao concurso acostadas pelo ora embargante não comprovam a existência de preterição de forma arbitrária e imotivada de candidato por parte da administração, razão pela qual ausente o direito à nomeação.**

8. Não há, portanto, lacuna na apreciação do julgado embargado. As alegações do embargante não têm o intuito de solucionar omissão, contradição ou obscuridade, mas denotam a vontade de rediscutir o julgado, o que não é cabível em Aclaratórios.

9. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente apenas para corrigir o erro material existente na autuação dos autos, determinando sua retificação, nos termos já delineados.

Nas razões de seu recurso extraordinário (fls. 571/584), a parte recorrente alega que está presente a repercussão geral da questão tratada e que foi violado o artigo 37, incisos I e II, da Constituição Federal.

Aduz, em suma, que possui direito líquido e certo de ser nomeado em virtude de aprovação em concurso público, ainda que aprovado fora do número de cargos vagos, porquanto, "não obstante a existência de cargos vagos (61) e a necessidade de provimento de grande parte destes cargos (59), tudo manifestado expressamente pela Administração do TJDF e durante o prazo de validade do certame, o Presidente do TJDF não nomeou o recorrente, que ocupava (ao final do prazo de validade do concurso) a colocação de número 27" (fl. 573).

As contrarrazões foram apresentadas (fls. 607/612).

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. 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 entrenchada 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)

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,

Superior Tribunal de Justiça

do Código de Processo Civil, **nego seguimento ao recurso extraordinário.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Vice-Presidente