



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 20.001 - DF (2013/0090408-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : BIANCA FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : RUDI MEIRA CASSEL - DF022256
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO
ORÇAMENTO E GESTÃO
INTERES. : UNIÃO
PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS, MAS FAVORECIDO PELO SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. PRETERIÇÃO IMOTIVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO, CONFORME ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL, NO JULGAMENTO DO RE 837.311/PI, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 18.4.2016. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por BIANCA FERNANDES DA SILVA, aprovada na 22a. colocação no concurso público para o cargo de Agente Administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego, para o qual o edital previa a existência de 10 vagas, além daquelas que viessem a ser criadas dentro do prazo de validade do certame.

2. O concurso público ora sob análise foi regulado pelo Edital 1, de 21 de outubro de 2008, do Ministério do Trabalho e Emprego, com prazo de validade prorrogado até 22 de março de 2013. De acordo com o anexo I, foram ofertadas no certame 10 vagas, além das que surgirem e vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, inteligência dos itens 3.1 e 9.4 do Edital. As disposições editalícias mostraram que o número de vagas a preencher não era fechado.

3. Após a homologação do certame, ocorreram as nomeações dos 10 candidatos aprovados dentro de número de vagas inicialmente previstas no edital, ocorrendo, em junho de 2009, a nomeação de outros 11 candidatos classificados fora do número de vagas ofertadas inicialmente. Sendo a impetrante a candidata seguinte na lista convocatória.

4. Conforme comprovado pelos documentos de fls. 130/166, surgiram 18 vagas no cargo pretendido durante o prazo de validade do certame, em decorrência de nomeações tornadas sem efeito e aposentadorias, o que torna líquido e certo o direito da impetrante.

5. É importante trazer à lume que, em julgamento recente, a Primeira Turma desta Corte pacificou o entendimento de 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* (RMS 53.506/DF, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 29.9.2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Essa orientação judicante, aliás, é adotada no STF, que afirma ser detentor de direito líquido e certo à nomeação candidato em concurso público que, aprovado inicialmente fora do número de vagas, vê emergir a sua oportunidade, como decorrência da desistência de candidatos melhor classificados. Eis alguns precedentes confirmatórios dessa salutar diretriz, todos posteriores ao precedente proferido em sede de repercussão geral, pelo colendo Supremo Tribunal Federal: ARE 1.058.317, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 14.12.2017; ARE 1.005.047, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22.2.2017; ARE 956.521 Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 16.11.2016; RE 919.920, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 3.11.2016 e RE 916.425, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 8.8.2016.

7. No caso, tendo sido concedida a ordem no presente *mandamus*, a UNIÃO insurgiu-se argumentando que a abertura de vagas no prazo de validade do certame por motivo de vacância não se assemelha às causas excepcionais que configuram a hipótese de preterição de direito (fls. 345/346). Essa argumentação da União, porém, não pode ser acolhida, porquanto, o que o STF orienta, desde abril de 2016, é que, surgindo novas vagas ou sendo aberto novo certame durante a validade do concurso anterior, e ocorrendo a preterição arbitrária e imotivada de candidatos habilitados, estes últimos passam titularizar direito subjetivo à nomeação (RE 837.311/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 18.4.2016).

8. O problema que se põe, portanto, é, apenas, o de saber-se em que consiste a preterição arbitrária e imotivada. A expressão legalidade, que durante a primeira fase do Estado de Direito dominava a avaliação da validade dos atos administrativos, perdeu, desde os anos iniciais da década de 50 do século XX, a sua primazia. Hoje, o sentido de Estado Democrático de Direito não se rege mais pela simples legalidade, que assumiu a feição de legalismo. O Estado contemporâneo submete-se à juridicidade, que abrange, além das regras positivas, os princípios jurídicos da justiça, da razoabilidade e da proporcionalidade. Desse modo, os conceitos abertos ou indeterminados não fornecem mais base jurídica suficiente para afastar a incidência de direitos subjetivos fundamentais.

9. O Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral fixou a seguinte orientação:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defensores Públicos para o Estado.

9. *Recurso Extraordinário a que se nega provimento (RE 837.311/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 18.4.2016).*

10. No voto condutor do citado acórdão, delinearam-se algumas hipóteses em que estaria configurada a flagrante arbitrariedade da Administração, quais sejam: (a) descumprimento pela Administração de decisão judicial determinando a nomeação; (b) decisão imotivada de não nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas; (c) má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições e (d) 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.

11. Dever ser ressaltado que a arbitrariedade se dissimula e se disfarça nas mais sutis, inesperadas e surpreendentes formas, assumindo, muitas vezes, a aparência de legalidade. A arbitrariedade possui a tática do mimetismo, como o astuto camaleão, que se confunde com as cascas das árvores e as suas folhagens. Exemplo de disfarce da arbitrariedade em legalidade pode ser visto, inclusive, no uso abusivo do poder legítimo.

12. Cabe ressaltar, inclusive, que este Recurso Extraordinário, manejado pelo Estado do Piauí, foi desprovido, mantendo-se o direito à nomeação dos candidatos no concurso de Defensor Público do Estado, uma vez que foi demonstrada a necessidade de contratação de pessoal pela Administração Pública Estadual.

13. Entendo que o caso dos autos amolda-se exatamente à exceção prevista pelo Supremo Tribunal Federal, dada a flagrante preterição da candidata.

14. Em abono à preterição aqui reconhecida, o douto membro do MPF, por parecer, consignou que, *dentro do prazo de validade do concurso surgiram 18 novas vagas em decorrência de nomeações tornadas sem efeito, exonerações e aposentadorias. A impetrante comprovou a existência de 18 vagas no cargo pretendido, devendo-se reconhecer a certeza e a liquidez do direito afirmado (direito à nomeação), tornando viável a utilização do Mandado de Segurança (fls. 272).*

15. Em face dessas constatações, fica cristalina a arbitrariedade flagrante da Administração, configurando a preterição imotivada da candidata.

16. Ante o exposto, não se faz necessária a retratação, uma vez que a hipótese dos autos se amolda à exceção prevista no RE 837.311/PI, mantendo-se integralmente o acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prossequindo no julgamento, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.
Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília/DF, 12 de junho de 2019 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 20.001 - DF (2013/0090408-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : BIANCA FERNANDES DA SILVA

ADVOGADO : RUDI MEIRA CASSEL - DF022256

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO
ORÇAMENTO E GESTÃO

INTERES. : UNIÃO

PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU - AL000000U

RELATÓRIO

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por BIANCA FERNANDES DA SILVA, no qual foi concedida a ordem, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA.

1. *De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, os candidatos aprovados em concurso que não se classificaram dentro do número de vagas previsto no edital têm mera expectativa de direito à nomeação, expectativa essa que se converte em direito subjetivo líquido certo, em caso de preterição, ou se forem abertas vagas novas no prazo de validade do certame, bem como se surgir a abertura de lugar preenchível no quadro, decorrente, por exemplo, de aposentadorias, exonerações, demissões, óbitos ou outros eventos.*

2. *In casu, após a homologação do certame, ocorreram as nomeações dos 10 candidatos aprovados dentro de número de vagas inicialmente previstos no edital, ocorrendo, em junho de 2009, a nomeação de outros 11 candidatos classificados fora do número de vagas ofertado inicialmente. Sendo a impetrante a candidata seguinte na lista convocatória. Conforme comprovado pelos documentos de fls. 130/166, surgiram 18 vagas no cargo pretendido durante o prazo de validade do certame, em decorrência de nomeações tornadas sem efeitos e aposentadorias, o que torna líquido e certo o direito da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetrante.

3. *Ordem concedida para determinar a investidura da impetrante no cargo de Agente Administrativo do MTE, observada rigorosamente a ordem de classificação.*

2. A UNIÃO interpôs Recurso Extraordinário e, com a posterior manifestação do Supremo Tribunal Federal, determinou-se o retorno dos autos para os fins do art. 1.030, II do Código Fux (fls. 386).

3. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 20.001 - DF (2013/0090408-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE : BIANCA FERNANDES DA SILVA

ADVOGADO : RUDI MEIRA CASSEL - DF022256

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO
ORÇAMENTO E GESTÃO

INTERES. : UNIÃO

PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU - AL000000U

VOTO

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS, MAS FAVORECIDO PELO SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. PRETERIÇÃO IMOTIVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO, CONFORME ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL, NO JULGAMENTO DO RE 837.311/PI, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 18.4.2016. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. *Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por BIANCA FERNANDES DA SILVA, aprovada na 22a. colocação no concurso público para o cargo de Agente Administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego, para o qual o edital previa a existência de 10 vagas, além daquelas que viessem a ser criadas dentro do prazo de validade do certame.*

2. *O concurso público ora sob análise foi regulado pelo Edital 1, de 21 de outubro de 2008, do Ministério do Trabalho e Emprego, com prazo de validade prorrogado até 22 de março de 2013. De acordo com o anexo I, foram ofertadas no certame 10 vagas, além das que surgirem e vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, inteligência dos itens 3.1 e 9.4 do Edital. As disposições editalícias mostraram que o número de vagas a preencher não era fechado.*

3. *Após a homologação do certame, ocorreram as nomeações dos 10 candidatos aprovados dentro de número de vagas inicialmente previstas no edital, ocorrendo, em junho de 2009, a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nomeação de outros 11 candidatos classificados fora do número de vagas ofertadas inicialmente. Sendo a impetrante a candidata seguinte na lista convocatória.

4. *Conforme comprovado pelos documentos de fls. 130/166, surgiram 18 vagas no cargo pretendido durante o prazo de validade do certame, em decorrência de nomeações tornadas sem efeito e aposentadorias, o que torna líquido e certo o direito da impetrante.*

5. *É importante trazer à lume que, em julgamento recente, a Primeira Turma desta Corte pacificou o entendimento de 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 (RMS 53.506/DF, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 29.9.2017).*

6. *Essa orientação judicante, aliás, é adotada no STF, que afirma ser detentor de direito líquido e certo à nomeação candidato em concurso público que, aprovado inicialmente fora do número de vagas, vê emergir a sua oportunidade, como decorrência da desistência de candidatos melhor classificados. Eis alguns precedentes confirmatórios dessa salutar diretriz, todos posteriores ao precedente proferido em sede de repercussão geral, pelo colendo Supremo Tribunal Federal: ARE 1.058.317, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 14.12.2017; ARE 1.005.047, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22.2.2017; ARE 956.521 Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 16.11.2016; RE 919.920, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 3.11.2016 e RE 916.425, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 8.8.2016.*

7. *No caso, tendo sido concedida a ordem no presente mandamus, a UNIÃO insurgiu-se argumentando que a abertura de vagas no prazo de validade do certame por motivo de vacância não se assemelha às causas excepcionais que configuram a hipótese de preterição de direito (fls. 345/346). Essa argumentação da União, porém, não pode ser acolhida, porquanto, o que o STF orienta, desde abril de 2016, é que, surgindo novas vagas ou sendo aberto novo certame durante a validade do concurso anterior, e ocorrendo a preterição arbitrária e imotivada de candidatos habilitados, estes últimos passam titularizar direito subjetivo à nomeação (RE 837.311/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 18.4.2016).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. O problema que se põe, portanto, é, apenas, o de saber-se em que consiste a preterição arbitrária e imotivada. A expressão legalidade, que durante a primeira fase do Estado de Direito dominava a avaliação da validade dos atos administrativos, perdeu, desde os anos iniciais da década de 50 do século XX, a sua primazia. Hoje, o sentido de Estado Democrático de Direito não se rege mais pela simples legalidade, que assumiu a feição de legalismo. O Estado contemporâneo submete-se à juridicidade, que abrange, além das regras positivas, os princípios jurídicos da justiça, da razoabilidade e da proporcionalidade. Desse modo, os conceitos abertos ou indeterminados não fornecem mais base jurídica suficiente para afastar a incidência de direitos subjetivos fundamentais.

9. O Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral fixou a seguinte orientação:

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.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 18.4.2016).

10. No voto condutor do citado acórdão, delinearam-se algumas hipóteses em que estaria configurada a flagrante arbitrariedade da Administração, quais sejam: (a) descumprimento pela Administração de decisão judicial determinando a nomeação; (b) decisão imotivada de não nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas; (c) má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições e (d) 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

validade do certame.

11. *Dever ser ressaltado que a arbitrariedade se dissimula e se disfarça nas mais sutis, inesperadas e surpreendentes formas, assumindo, muitas vezes, a aparência de legalidade. A arbitrariedade possui a tática do mimetismo, como o astuto camaleão, que se confunde com as cascas das árvores e as suas folhagens. Exemplo de disfarce da arbitrariedade em legalidade pode ser visto, inclusive, no uso abusivo do poder legítimo.*

12. *Cabe ressaltar, inclusive, que este Recurso Extraordinário, manejado pelo Estado do Piauí, foi desprovido, mantendo-se o direito à nomeação dos candidatos no concurso de Defensor Público do Estado, uma vez que foi demonstrada a necessidade de contratação de pessoal pela Administração Pública Estadual.*

13. *Entendo que o caso dos autos amolda-se exatamente à exceção prevista pelo Supremo Tribunal Federal, dada a flagrante preterição da candidata.*

14. *Em abono à preterição aqui reconhecida, o douto membro do MPF, por parecer, consignou que, dentro do prazo de validade do concurso surgiram 18 novas vagas em decorrência de nomeações tornadas sem efeito, exonerações e aposentadorias. A impetrante comprovou a existência de 18 vagas no cargo pretendido, devendo-se reconhecer a certeza e a liquidez do direito afirmado (direito à nomeação), tornando viável a utilização do Mandado de Segurança (fls. 272).*

15. *Em face dessas constatações, fica cristalina a arbitrariedade flagrante da Administração, configurando a preterição imotivada da candidata.*

16. *Ante o exposto, não se faz necessária a retratação, uma vez que a hipótese dos autos se amolda à exceção prevista no RE 837.311/PI, mantendo-se integralmente o acórdão.*

1. Esta Corte no julgamento deste Mandado de Segurança concedeu a ordem para determinar a investidura da Impetrante no cargo de Agente Administrativo do MTE, observada rigorosamente a ordem de classificação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A UNIÃO insurgiu-se contra a concessão da ordem, argumentando que *a abertura de vagas no prazo de validade do certame por motivo de vacância não se assemelha às causas excepcionais que configuram a hipótese de preterição de direito* (fls. 345/346).

3. De fato, o Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral fixou a seguinte orientação:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 inoccorrência 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 18.4.2016).

4. No voto condutor do acórdão, delinearam-se algumas hipóteses em que estaria configurada a flagrante arbitrariedade, quais sejam: (a) descumprimento pela Administração de decisão judicial determinando a nomeação; (b) decisão imotivada de não nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas; (c) má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições e (d) 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.

5. De certo que o Supremo não intentou esgotar todas as hipóteses em que estaria configurada a flagrante ilegalidade e a preterição, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível no exame do caso concreto reconhecer outras situações que justifiquem o direito à nomeação.

6. Entendo que o caso dos autos amolda-se exatamente à exceção prevista pelo Supremo Tribunal Federal, dada a flagrante preterição da candidata.

7. Para melhor elucidar a situação convém esclarecer o cenário em que se deu a questão aqui analisada.

8. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por BIANCA FERNANDES DA SILVA, aprovada na 22a. colocação no concurso público para o cargo de Agente Administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego, para o qual o edital previa a existência de 10 vagas, além daquelas que viessem a ser criadas dentro do prazo de validade do certame.

9. *In casu*, o concurso público ora sob análise foi regulado pelo Edital 1, de 21 de outubro de 2008, do Ministério do Trabalho e Emprego, para provimento, dentre outros, do cargo de Agente Administrativo do MTE, cujo prazo de validade foi prorrogado até 22 de março de 2013. De acordo com o anexo I do Edital, foram ofertadas no certame 10 vagas, além das que surgirem e vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, inteligência dos itens 3.1 e 9.4 do edital.

10. As disposições editalícias mostram que o número de vagas a preencher não era fechado.

11. Após a homologação do certame, ocorreram as nomeações dos 10 candidatos aprovados dentro de número de vagas inicialmente previstas no edital, ocorrendo, em junho de 2009, a nomeação de outros 11 candidatos classificados fora do número de vagas ofertadas inicialmente. Sendo a impetrante a candidata seguinte na lista convocatória.

12. Conforme comprovado pelos documentos de fls. 130/166,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

surgiram 18 vagas no cargo pretendido durante o prazo de validade do certame, em decorrência de nomeações tornadas sem efeito e aposentadorias, o que torna líquido e certo o direito da impetrante.

13. É importante trazer à lume que, em julgamento recente, a Primeira Turma desta Corte pacificou o entendimento de 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. Eis a ementa desse julgado:

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 09.03.2016, 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 n. 837311/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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV. Por outro lado, em relação àqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 598099/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).

14. Nesse mesmo sentido, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL AGROPECUÁRIA. CANDIDATO APROVADO 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.

1. Caso em que o Impetrante logrou aprovação, na 4ª classificação, no concurso público para o cargo de Fiscal Agropecuário, no qual havia previsão de 1 (uma) vagas, sendo que 3 (três) candidatos melhor classificados desistiram do certame.

2. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837311/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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

3. *Por outro lado, em relação àqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 598099/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.*

4. *Recurso Ordinário provido, para reformar o acórdão recorrido e determinar a imediata nomeação do Impetrante para o cargo postulado (RMS 55.667/TO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2017).*

15. *Em abono à preterição aqui reconhecida, o douto membro do MPF, por parecer, consignou que, dentro do prazo de validade do concurso surgiram 18 novas vagas em decorrência de nomeações tornadas sem efeito, exonerações e aposentadorias. A impetrante comprovou a existência de 18 vagas no cargo pretendido, devendo-se reconhecer a certeza e a liquidez do direito afirmado (direito à nomeação), tornando viável a utilização do Mandado de Segurança (fls. 272).*

16. *Ante estas constatações, fica cristalina a arbitrariedade flagrante da Administração, configurando a preterição imotivada da candidata.*

17. *Ante o exposto, não se faz necessária a retratação, uma vez que a hipótese dos autos se amolda à exceção prevista no RE 837.311/PI, mantendo-se integralmente o acórdão.*

18. *É como voto.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0090408-0

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 20.001 / DF

PAUTA: 13/02/2019

JULGADO: 27/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BIANCA FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : RUDI MEIRA CASSEL - DF022256
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO
INTERES. : UNIÃO
PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU - AL000000U

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso
Público / Edital - Classificação e/ou Preterição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a segurança, pediu vista o Sr. Ministro Og Fernandes. Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin."

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0090408-0

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 20.001 / DF

PAUTA: 10/04/2019

JULGADO: 10/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BIANCA FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : RUDI MEIRA CASSEL - DF022256
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO
INTERES. : UNIÃO
PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital - Classificação e/ou Preterição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguardam os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin."

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 20.001 - DF (2013/0090408-0)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
IMPETRANTE : **BIANCA FERNANDES DA SILVA**
ADVOGADO : **RUDI MEIRA CASSEL - DF022256**
IMPETRADO : **MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO**
IMPETRADO : **MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO**
INTERES. : **UNIÃO**
PROCURADOR : **ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DAS VAGAS CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. EXEGESE DO RE 837.311/PI. PELA MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO DA SEGURANÇA, ACOMPANHANDO O MINISTRO RELATOR NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Bianca Fernandes da Silva, no qual foi concedida a ordem nos seguintes termos (e-STJ fls. 279-280):

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, os candidatos aprovados em concurso que não se classificaram dentro do número de vagas previsto no edital têm mera expectativa de direito à nomeação, expectativa essa que se converte em direito subjetivo líquido certo, em caso de preterição, ou se forem abertas vagas novas no prazo de validade do certame, bem como se surgir a abertura de lugar preenchível no quadro, decorrente, por exemplo, de aposentadorias, exonerações, demissões, óbitos ou outros eventos.
2. In casu, após a homologação do certame, ocorreram as nomeações dos 10 candidatos aprovados dentro de número de vagas inicialmente previstos no edital, ocorrendo, em junho de 2009, a nomeação de outros 11 candidatos classificados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fora do número de vagas ofertado inicialmente. Sendo a impetrante a candidata seguinte na lista convocatória. Conforme comprovado pelos documentos de fls. 130/166, surgiram 18 vagas no cargo pretendido durante o prazo de validade do certame, em decorrência de nomeações tornadas sem efeitos e aposentadorias, o que torna líquido e certo o direito da impetrante.

3. Ordem concedida para determinar a investidura da impetrante no cargo de Agente Administrativo do MTE, observada rigorosamente a ordem de classificação.

A União interpôs recurso extraordinário e, com a posterior manifestação do Supremo Tribunal Federal, determinou-se o retorno dos autos para os fins do art. 1.030, II, do CPC/2015 (e-STJ fl. 386).

Em suas razões, a impetrante defende, em suma, que foi aprovada na 22ª colocação no concurso público para o cargo de Agente Administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego (Edital 1/2008), na Região de Niterói/RJ, com prazo de validade prorrogado até 22/3/2013, tendo o edital ofertado 10 (dez) vagas, além daquelas surgidas durante o prazo de validade do certame (itens 3.1 e 9.4 do edital).

Narra que, após a homologação do certame, foram nomeados os 10 (dez) candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. E, em junho de 2009, ocorreu a nomeação de 11 (onze) candidatos classificados fora do quantitativo inicialmente previsto, sendo a impetrante a próxima da lista convocatória.

Aduz, ainda, que durante o prazo de validade do certame surgiram 18 (dezoito) vagas para o referido cargo, decorrentes de nomeações tornadas sem efeito, exonerações e aposentadorias.

O Ministério Público Federal, às fls. 267-273, manifestou-se pela concessão da ordem, a fim de ser reconhecido o direito líquido e certo da impetrante à nomeação e posse no cargo para o qual foi devidamente habilitada.

O Relator, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, concedeu a segurança sob o fundamento de preterição imotivada da candidata, diante da recusa da Administração em nomeá-la, mesmo diante da comprovação do surgimento de 18 (dezoito) novas vagas no cargo pretendido decorrentes de desistências, exonerações e aposentadorias, o que exsurgiria o direito líquido e certo à sua nomeação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em seguida, o Min. Og Fernandes acompanhou o Relator ao fundamento de comprovação do direito líquido e certo da impetrante à nomeação no cargo em apreço em virtude da existência de cargos vagos e da necessidade de contratação durante o prazo de validade do certame.

Na sequência, pedi vista dos autos.

De início, afasta-se a alegação de ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras. Em caso análogo, esta Primeira Seção concluiu que "o Ministro do Trabalho e Emprego e a Ministra do Planejamento, Orçamento e Gestão ostentam legitimidade passiva *ad causam*, em conjunto para figurar no presente feito, já que o ato de nomeação do primeiro somente pode ser praticado depois que houvesse a autorização da segunda autoridade" (MS 20.353/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 27/5/2015, DJe 2/6/2015).

Ultrapassada a preliminar, passo ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia sobre a configuração, ou não, do direito subjetivo à nomeação de candidata aprovada fora do número de vagas inicialmente previsto no edital do concurso público para o cargo de Agente Administrativo do MTE (Edital 1/2008), na Região de Niterói/RJ, em virtude do surgimento de novas vagas durante o prazo de vigência do certame, decorrentes de desistências, exonerações e aposentadorias.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 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.**

A propósito, vide:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 expreso 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/PI, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 9/12/2015, DJe-072, DIVULG 15-4-2016, PUBLIC18-04-2016) (grifos apostos)

Nesse sentido, também tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGOS EFETIVOS VAGOS E/OU PRETERIÇÃO.

1. Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra decisão proferida em Mandado de Segurança impetrado por Iris Antonia Silva Vieira contra suposto ato omissivo do Governador do Estado de Minas Gerais e do Secretário de Estado de Planejamento e Gestão (Seplag), consubstanciado na inércia em nomeá-la para o cargo de Assistente Técnico de Educação Básica - ATB - Nível I - Grau A - Município de Montes Claros, para o qual foi aprovada em concurso público regido pelo Edital Seplag/SEE 1/2011 na 48ª posição num certame que oferecia 40 vagas, das quais 35 eram de livre concorrência.

2. O Tribunal local, ao dirimir a controvérsia, consignou (fls. 717-722, e-STJ): "No edital foram previstos um total de 40 vagas (...) sendo cinco vagas reservadas para pessoas com deficiência, restando um quantitativo de vagas para livre concorrência de 35 vagas. (...) a parte agravante ficou na quadragésima oitava colocação (48ª), estando, portanto, treze posições fora do número de vagas inicialmente disponibilizado pelo edital; (...) a prova documental autoriza detectar apenas 11 (onze) nomeações tornadas sem efeito, faltando, ainda, 2 (duas) posições para que seja alcançada aquela na qual aprovada a impetrante; (...) a mera designação de contratados temporários, recaindo a preferência sob aqueles já aprovados no certame regulado pelo Edital 01/2011, a título precário, para desempenhar funções relativas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao cargo visado pela candidata, não demonstra, neste momento, a efetiva existência de cargo vago indevidamente preenchido".

3. O STJ tem jurisprudência firme e consolidada de que "candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância -, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração" (RMS 47.861/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5.8.2015).

4. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE 837.311/PI), firmou o entendimento 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 expreso 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. (destacamos)

5. O pleito da recorrente somente poderia ser acolhido se fossem demonstradas cumulativamente, durante a validade do concurso em que obteve aprovação (embora não classificada dentro do número de vagas), a existência de vaga a ser preenchida e a necessidade inequívoca da Administração Pública em preenchê-la, configurando preterição arbitrária e imotivada, por parte da Administração, não proceder à nomeação, o que não ocorreu in casu.

6. A análise detida dos autos demonstra que a recorrente não comprovou quaisquer das hipóteses mencionadas no item anterior, não existindo, evidentemente, comprovação da violação de seu direito pessoal.

7. Diante da ausência de prova pré-constituída suficiente à demonstração da liquidez e certeza do direito invocado, a denegação da segurança é medida que se impõe, não merecendo reforma o acórdão impugnado.

8. Agravo Interno não provido. (AgInt no RMS 56.328/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/11/2018)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA PROCURADOR DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. DESCABIMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA E NÃO RECORRIDA. CONFIRMAÇÃO DESSE DECISÓRIO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO LIMITE DE VAGAS. DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE NA SUA NOMEAÇÃO POR PARTE DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. OMISSÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO NA RESPOSTA AO PEDIDO DE PROVIMENTO DOS CARGOS FEITO PELO BANCO CENTRAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE RESTRIÇÃO FINANCEIRA OU DE QUALQUER OUTRO OBSTÁCULO ORÇAMENTÁRIO PARA A NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos arts. 10 e 11 do Decreto 6.944/2009 e em editais de certames similares, consignou que "a efetivação de eventual direito subjetivo da parte ora recorrente à sua nomeação depende de autorização prévia do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gestão, o que legitima a sua figuração no polo passivo do mandado de segurança em que deduzido o presente recurso ordinário, circunstância essa que fixa a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o 'writ' (STF, RMS 34.044/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJe 14/4/2016). Nesse mesmo sentido: STF, RMS 34.452 AgR/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28/3/2017; RMS 34.075 AgR/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 2/12/2016; RMS 34.247 AgR/DF, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 19/12/2016; STF, RMS 34.153/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 1º/8/2016.

2. Dessa forma, foi realinhada a "jurisprudência da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, para acompanhar entendimento firmado por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal que, dando provimento a recursos ordinários em mandados de segurança, em processos idênticos ao presente, afasta a ilegitimidade passiva do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e determina o prosseguimento dos mandados de segurança impetrados perante o STJ" (AgInt no MS 22.165/DF, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 24/5/2017, DJe 13/6/2017).

3. No que concerne à questão de mérito objeto deste mandamus, o Plenário do STF, por ocasião do julgamento do RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgado sob a sistemática da repercussão geral, reconheceu que da aprovação em concurso público só decorre direito subjetivo à nomeação, se estiver demonstrada alguma das seguintes situações: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas inserido no 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, considerando os fundamentos declinados no acórdão.** (destacamos)

4. Ocorre que o julgado do STF consignou, ao final, outra premissa de direito, a qual, embora tratada como excepcionalidade do caso, igualmente se verifica na situação em exame, que consiste no fato de surgirem novas vagas e houver manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento, bem como, por óbvio, inexistir prova de restrição orçamentária ou de qualquer outro obstáculo de ordem financeira, a ser provado pelo poder público, para tal nomeação. (destacamos)

5. No caso, os impetrantes foram aprovados fora do limite de vagas conforme previsão editalícia. De sua parte, o Banco Central do Brasil, autarquia a quem interessava o provimento dos cargos, dentro do período de validade do certame, enviou pedido escrito ao Ministério do Planejamento, no qual informava a existência das vagas e da "extrema relevância" quanto à nomeação adicional, uma vez que considerou que os seus quadros jurídicos se encontravam "muito aquém do necessário para que o órgão jurídico bem desempenhe sua missão institucional de garantir a segurança legal dos atos dos gestores da Autarquia, a integridade de seu patrimônio e a plena recuperação de seus créditos". Assim, no que se refere à manifestação inequívoca da administração quanto à existência de vagas e à necessidade premente do seu provimento, a prova é indene de dúvidas.

6. O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a quem competia provar a restrição orçamentária ou qualquer outro obstáculo financeiro como óbice ao interesse público no provimento de tais cargos, nos termos estritos como decidido pelo STF no julgamento do RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, ignorou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

solenemente o pleito do Banco Central do Brasil, nada obstante os fundamentos nele deduzidos. Demais disso, no âmbito deste mandado de segurança, quando poderia fazer a referida prova, nada objetou nesse sentido, como se depreende do teor das informações juntadas aos autos, do que se conclui que inexistia qualquer impedimento orçamentário ou financeiro para atendimento ao pleito de estrito interesse público na nomeação dos impetrantes, formulado pelo ente da administração a quem competia fazê-lo.

7. Mandado de segurança concedido. (MS 22.813/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 22/6/2018)

No caso, a impetrante foi classificada na 22ª colocação no concurso público para o cargo de Agente Administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego (Edital 1/2008), na Região de Niterói/RJ.

O edital previu a existência de 10 (dez) vagas, além daquelas surgidas durante o prazo de validade do certame (e-STJ fls. 33-38):

2.3 DAS VAGAS

2.3.1 As vagas estão distribuídas por, unidade de vaga, conforme Anexo I deste Edital.

2.3.2 Não havendo candidatos habilitados, na forma do subitem 9.4 deste edital, ou em caso de não preenchimento de vagas destinadas a determinada unidade, essas serão remanejadas para a respectiva unidade sede da capital do Estado onde está localizado o município correspondente e serão preenchidas pelos candidatos que optaram pelas vagas da unidade sede localizada na capital, observando-se rigorosamente a ordem de classificação.

2.3.3 O candidato concorrerá à opção única de unidade de vaga, não sendo efetuado, em hipótese alguma, aproveitamento de candidato aprovado fora da unidade para a qual tenha se classificado.

3 DAS VAGAS DESTINADAS AOS CANDIDATOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

3.1 Das vagas destinadas a cada cargo/unidade de vaga e das que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, 5% serão providas na forma do § 2.º do artigo 5.º da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do Decreto n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e suas alterações.

[...]

9 DA NOTA FINAL NO CONCURSO

[...]

9.4 O edital de resultado final no concurso público contemplará a classificação de candidatos em até quatro vezes o número de vagas oferecidas para cada cargo/unidade de vaga.

[...]

QUADRO DE VAGAS

UF - Município/Unidade de vaga - Total de vagas - Reserva para portadores de deficiência

RJ - Niterói/GRTE - 10 - 1

Em maio de 2009, foram nomeados os 10 (dez) candidatos aprovados dentro do número de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vagas previsto no edital. No mês seguinte, ocorreu a nomeação de 11 (onze) candidatos classificados fora do quantitativo inicialmente previsto.

Compulsando os autos, verifica-se que a candidata aprovada na 21ª colocação foi nomeada em 18/3/2013, em decorrência de portaria que tornou sem efeito a nomeação da candidata Leila Tsuge, aprovada na 19ª classificação (e-STJ fl. 129 e 158-159).

Observa-se, ainda, que o candidato aprovado na 20ª colocação também não tomou posse no aludido cargo, tendo sido nomeado ao cargo de Técnico Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, provido em 7/8/2012 (e-STJ fl. 162-164), antes do término de validade do certame em apreço 22/3/2013.

Nesse contexto, consta dos autos inúmeras manifestações do Ministério do Trabalho e Emprego ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ressaltando a carência de servidores e a necessidade de novas nomeações, em razão do crescimento das demandas institucionais e da alta rotatividade de servidores (e-STJ fls. 70-77; 102-124 e 166-168).

Diante disso, em 15/3/2011, foi publicada a Portaria n. 45 do MTE prorrogando o prazo de validade do certame por dois anos, até 22/3/2013 (e-STJ fl. 126).

Posteriormente, mas antes do término de validade do certame, o MTE emitiu ao MPOG o aviso n. 180/2012-MTE, em 31/5/2012, solicitando autorização para a realização de novo concurso público para o mesmo cargo/especialidade que a impetrante concorreu (e-STJ fls. 173-183).

Em 25/3/2013, a Divisão de Administração da SRTE/RJ, em resposta ao pedido de acesso à informação sobre o número de vagas existentes na Agência de Niterói/SRTE, formulado pela impetrante em 4/3/2013, registrou que "o quantitativo de mais de dez servidores seria a real necessidade de contratações para o cargo de Agente Administrativo na Gerência Regional do Trabalho e Emprego em Niterói/RJ, considerando o aumento de demanda por serviços oferecidos pelo MTE e estimado pela SRTE/RJ" (e-STJ fl. 166).

As informações constantes da documentação acostada aos autos pela impetrante são corroboradas pelo próprio Ministro do Trabalho e Emprego, às fls. 218-231, nas quais é enfatizado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que "o histórico dos fatos revela que o Ministro do Trabalho e Emprego realizou todas as providências de sua alçada para viabilizar o provimento dos cargos dos aprovados no concurso público, mesmo aqueles que, inicialmente, não estavam dentro do número de vagas previstas no edital." (e-STJ fl. 219). Registra, ainda, que "Recentemente, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da Portaria GM/MP n. 73, de 18 de março de 2013, publicada no DOU de 19 de março de 2013, autorizou o MTE a nomear os candidatos habilitados fora das vagas previstas em edital, com a finalidade de suprir vacâncias e desistências ocorridas a partir de 1º de março de 2012, originadas do concurso vigente." (grifo original e apostro, e-STJ fl. 222).

Além disso, consoante se infere das informações juntadas aos autos às fls. 233-251, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão não apresentou nenhuma prova de restrição orçamentária ou qualquer outro obstáculo financeiro como óbice ao interesse público no provimento dos cargos.

Nessa esteira, tem-se que a aludida autorização do MPOG ao MTE, por meio da Portaria GM/MP n. 73, de 18/3/2013, para nomeação dos candidatos habilitados fora das vagas previstas no edital do certame, a fim de suprir as vacâncias e desistências ocorridas a partir de 1º/3/2012, originadas do concurso em apreço, somada às nomeações ocorridas, em 2009, dos onze candidatos classificados fora das vagas inicialmente previstas no edital demonstram a existência de dotação orçamentária e financeira para o provimento do cargo pretendido.

Com efeito, consoante entendimento firmado pelo STF e STJ, o mero surgimento de uma vaga 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. Esse direito só surge e, em caráter excepcional, quando restar demonstrado que a Administração pretende e precisa, efetivamente, nomeá-los durante o prazo de validade do certame, praticando atos no intuito de preencher as vagas surgidas e mencionando expressamente a sua necessidade de pessoal.

Na hipótese, nota-se que, durante o prazo de validade do certame, surgiram cargos vagos e a Administração, expressamente, manifestou a intenção de efetuar novas contratações, em virtude da carência de servidores, para atender a demanda de serviço, frisando a necessidade de realização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de novo concurso, além de nomear candidatos aprovados fora do quantitativo de vagas inicialmente previsto no edital, demonstrando, com isso, a existência de dotação orçamentária e financeira, de modo que o ato de nomeação da impetrante deixa de ser discricionário para tornar-se vinculado, convertendo a mera expectativa em direito líquido e certo.

Dessa forma, concluiu-se pela subsunção do caso vertente à tese firmada, em sede de repercussão geral, haja vista que foram demonstradas cumulativamente, durante a validade do concurso em que obteve aprovação, embora não classificada dentro do número de vagas inicialmente previsto no edital, a existência de vaga a ser preenchida e a necessidade inequívoca da Administração Pública em preenchê-la, configurando, portanto, preterição arbitrária e imotivada, por parte desta, não proceder à respectiva nomeação.

Outrossim, sobreleva mencionar que a alegação do MTE de alteração de seu pedido de provimento de cargos perante o MPOG, para que fossem providos apenas cargos de Contador, ante a determinação do Tribunal de Contas da União ao MTE, nos acórdãos 2.773/2012 e 2.773/2011, de envidar esforços no sentido de analisar, imediatamente, o enorme passivo de prestações de contas de convênio de repasse de verbas pendentes de análise, sob pena de suspensão de todos os repasses de verbas para programas sociais de capacitação do trabalhador (e-STJ fls. 229-230), não é apta a afastar a manifestação inequívoca da Administração Pública acerca da necessidade de nomeação da impetrante, porquanto manifestada somente em 17/4/2013, após o prazo de validade do certame.

Ante o exposto, acompanho o Relator, a fim de manter a concessão da segurança.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0090408-0

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 20.001 / DF

PAUTA: 12/06/2019

JULGADO: 12/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretário

Bel. RONALDO FRANCKE AMORIM

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BIANCA FERNANDES DA SILVA
ADVOGADO : RUDI MEIRA CASSEL - DF022256
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO
INTERES. : UNIÃO
PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital - Classificação e/ou Preterição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Og Fernandes.