



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.643 - MA (2016/0317045-3)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : ALINE MAYARA DA SILVA DA SILVA SOUSA
ADVOGADOS : LARISSA OLIVEIRA PAES LANDIM - MA015632
MARIA CLARA ROCHA VALE - PI007511
ELENY DE MELO MACEDO - PI010486
RECORRIDO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : RODRIGO MAIA ROCHA E OUTRO(S) - MA006469

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança narrando que a impetrante participou de concurso público apenas para formação de cadastro de reserva para o cargo Auxiliar Judiciário e obteve a vigésima classificação. Os dezenove candidatos mais bem classificados teriam sido nomeados, razão pela qual, ao serem exonerados outros dois servidores, a impetrante teria direito subjetivo à nomeação. Desse modo, requereu fosse deferido o benefício da assistência judiciária gratuita e a reforma do acórdão proferido pela Corte de origem, que denegou a segurança, inclusive com a concessão, pelo STJ, de tutela de urgência.
2. 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 expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. (RE 837.311/PI, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 9/12/2015, Repercussão Geral, DJe de 18/4/2016, grifei).
3. O pleito da ora recorrente somente poderia ser acolhido se fossem demonstradas cumulativamente, durante a validade do concurso em que obteve aprovação (embora não classificado 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 da impetrante.
4. *In casu*, não existe prova pré-constituída a indicar a existência de vaga dentro do prazo de validade do concurso e a preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, razão pela qual ausente o direito líquido e certo à nomeação. Prejudicado, assim, o pedido de concessão de tutela de urgência.
5. Deixo de conceder o benefício da assistência jurídica gratuita ante a falta de comprovação da situação, nos termos do Enunciado 481 do STJ: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".

6. Custas processuais pela impetrante. Sem condenação em honorários, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/2009.

7. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "'A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 16 de fevereiro de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.643 - MA (2016/0317045-3)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : ALINE MAYARA DA SILVA DA SILVA SOUSA
ADVOGADOS : LARISSA OLIVEIRA PAES LANDIM - MA015632
MARIA CLARA ROCHA VALE - PI007511
ELENY DE MELO MACEDO - PI010486
RECORRIDO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : RODRIGO MAIA ROCHA E OUTRO(S) - MA006469

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Aline Mayara da Silva da Silva Sousa contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, cuja pretensão foi denegada pelo Tribunal *a quo* por acórdão assim ementado:

Ementa. Mandado de Segurança. Administrativo. Concurso Público. Candidata aprovada para o cargo de Auxiliar Judiciário, destinado à formação de cadastro de reserva. Inexistência de situações capazes de convolar a expectativa de direito à nomeação em direito líquido e certo. ausência de recursos financeiros para arcar com nomeações de servidores. Situação excepcional. Lei de Responsabilidade Fiscal. Observância aos limites de gasto com pessoal. Segurança denegada.

1. A aprovação de candidato em concurso público cujo edital de regência previa, exclusivamente, para o cargo almejado, a formação de cadastro de reserva, confere-lhe mera expectativa de direito à nomeação, que está condicionada à discricionariedade da Administração, a qual só se convola em direito líquido e certo nas hipóteses de abuso, ilegalidade ou preterição na ordem de classificação, inexistentes na espécie.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 598.099/MS, sob o regime de repercussão geral, assentou que "quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionais que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público".

3. O Ato da Presidência nº GP-03/2016, que suspendeu, temporariamente, a nomeação de servidores efetivos no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Maranhão, por ausência de recursos financeiros, em obediência às limitações de gastos com pessoal, estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, se funda em circunstâncias imprevisíveis e supervenientes à publicação do Edital nº 002/2011, legitimando, assim, a recusa de nomeação de candidatos aprovados em concurso público.

4. Precedentes do STF e do STJ.

5. Segurança denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em Recurso Ordinário ao STJ, a impetrante reitera os termos da inicial, narrando que participou de concurso público apenas para formação de cadastro de reserva para o cargo Auxiliar Judiciário e obteve a vigésima classificação. Os dezenove candidatos mais bem classificados teriam sido nomeados, razão pela qual, ao serem exonerados outros dois servidores, a impetrante teria direito subjetivo à nomeação. Desse modo, requereu fosse deferido o benefício da assistência judiciária gratuita e a reforma do acórdão proferido pela Corte de origem, inclusive com a concessão de tutela de urgência.

Sem contrarrazões.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso ante a jurisprudência do STJ e do STF relativa a concursos para preencher apenas cadastro de reserva, além da comprovação de situação excepcional e imprevisível, posterior ao Edital, legitimando a recusa de nomeação dos candidatos aprovados.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.643 - MA (2016/0317045-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

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

O julgado foi assim ementado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016).

Assim, o pleito da recorrente somente poderia ser acolhido se fossem demonstradas **cumulativamente**, durante a validade do concurso em que obteve aprovação (embora não classificado 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 da impetrante.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO. TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DO DIREITO DE NOMEAÇÃO A CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. - A decisão agravada espelha, com fidelidade, o atual entendimento jurisprudencial desta Corte, no sentido de que, "... para os candidatos aprovados fora do número de vagas, há mera expectativa de direito" (RMS 48.015/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 23/09/2015).

2. - "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" (STF, RE 837.311-RG /PI, com repercussão geral reconhecida).

3. - A desistência de candidato melhor classificado, só por si, não transfere automaticamente o direito de nomeação para aqueles posicionados para além das vagas oferecidas no instrumento convocatório, além do que, no caso concreto, o candidato impetrante nem mesmo imputa à autoridade coatora qualquer conduta arbitrária ou imotivada capaz de evidenciar sua preterição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. - Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 46.249/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/04/2016).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PORTARIA 39/2011. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-la, o que não ocorreu no caso dos autos. Precedentes: AgRg no REsp 1251125/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves, Primeira Turma, DJe 10/05/12; AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1398319/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/03/12; AgRg no RMS 34.975/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/11/11; AgRg no REsp 1234880/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/10/11; AgRg no REsp 1216937/DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 07/03/12; MS 16.639/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 20/04/12.

2. Segurança denegada

(MS 17.147/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 01/08/2012).

In casu, não existe prova pré-constituída a indicar a existência de vaga dentro do prazo de validade do concurso e a preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração. A mera existência de duas vagas, como já dito acima, não gera direito subjetivo à nomeação.

Ademais, parecem razoáveis as informações prestadas de dificuldades financeiras, tendo em vista a observância dos limites previstos com gasto de pessoal na Lei de Responsabilidade Fiscal. Nos termos do acórdão (fl. 116, e-STJ):

Ao defender o ato impugnado, a autoridade impetrada destacou, em suas informações, que os cortes severos na lei orçamentária anual de 2016 afetaram, não somente as dotações destinadas à folha de pagamento, como também, aquelas referentes aos benefícios de pessoal, tornando impossível atender a pretensão formulada por esta via (fls. 68v). Reconhece, ainda, a necessidade de um "estudo do impacto financeiro e orçamentário para a nomeação dos candidatos [...]" (fls. 69) e esclarece que "as questões orçamentárias mencionadas decorrem de circunstâncias supervenientes e não previstas no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

momento da realização do concurso [...]" (fls. 70v./71).

Com essas considerações, **nego provimento ao recurso.**

Prejudicado, assim, o pedido de concessão de tutela de urgência.

Deixo de conceder o benefício da assistência jurídica gratuita ante a falta de comprovação da situação, nos termos do Enunciado 481 do STJ: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais". Ao revés, a conta apresentada, referente a contrato de "TV a cabo", no valor de R\$ 229,70 (duzentos e vinte e nove reais e setenta centavos), é um indício de que não há a aludida impossibilidade.

Custas processuais pela impetrante. Sem condenação em honorários, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/2009.

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0317045-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RMS** **52.643 / MA**

Números Origem: 00031013620168100000 0177932016 177932016 438582016

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALINE MAYARA DA SILVA DA SILVA SOUSA
ADVOGADOS : LARISSA OLIVEIRA PAES LANDIM - MA015632
 MARIA CLARA ROCHA VALE - PI007511
 ELENY DE MELO MACEDO - PI010486

RECORRIDO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : RODRIGO MAIA ROCHA E OUTRO(S) - MA006469

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.