

09/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S) : ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
RECDO.(A/S) : EUGÊNIA NOGUEIRA DO REGO MONTEIRO VILLA
E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : DANIEL MOURA MARINHO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA FILHO
RECDO.(A/S) : KARLA ARAÚJO DE ANDRADE LEITE
RECDO.(A/S) : CYNTHYA TEREZA SOUSA SANTOS
RECDO.(A/S) : ÁLVARO FRANCISCO CAVALCANTE MONTEIRO
ADV.(A/S) : JOÃO ESTENIO CAMPELO BEZERRA E OUTRO(A/S)

EMENTA: 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. ARBITRÍO. 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

RE 837311 / PI

TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

RE 837311 / PI

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 incoerência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais:

- i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099);
- ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);
- iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

RE 837311 / PI

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.**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowsk, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, em negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes. Prosseguindo no julgamento, por maioria e nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que se manifestou contra o enunciado, em fixar tese nos seguintes termos: *“O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1– Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.”*

RE 837311 / PI

Brasília, 9 de dezembro de 2015.

Ministro LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **ESTADO DO PIAUÍ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ**
RECDO.(A/S) : **EUGÊNIA NOGUEIRA DO REGO MONTEIRO VILLA
E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **DANIEL MOURA MARINHO E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA FILHO**
RECDO.(A/S) : **KARLA ARAÚJO DE ANDRADE LEITE**
RECDO.(A/S) : **CYNTHYA TEREZA SOUSA SANTOS**
RECDO.(A/S) : **ÁLVARO FRANCISCO CAVALCANTE MONTEIRO**
ADV.(A/S) : **JOÃO ESTENIO CAMPELO BEZERRA E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Piauí com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição da República, em face de acórdão proferido pelo c. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, cuja ementa segue abaixo:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS CLASSIFICADOS FORA DO NÚMERO ESTABELECIDO NO EDITAL. ANÚNCIO DE NOVO CONCURSO DURANTE A VIGÊNCIA DO ANTERIOR. DEMONSTRADA PELA ADMINISTRAÇÃO A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. DISCRICIONARIEDADE. INEXISTÊNCIA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECONHECIMENTO. CONVERSÃO DA EXPECTATIVA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS IMPETRANTES. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME.

RE 837311 / PI

1. *A discricionariedade do Poder Público de nomear candidatos classificados fora do número previsto no edital, deixa de existir a partir do momento em que a Administração pratica atos no intuito de preencher as vagas surgidas e demonstra expressa a sua necessidade de pessoal.*

2. *Não é lícito à Administração, dentro do prazo de validade do concurso público, nomear candidatos classificados além do número inicialmente previsto no edital em detrimento de outros em igual situação.*

3. *No momento em que a Administração expressamente manifesta a intenção de fazer novas contratações por necessidade de Defensor Público em todo o Estado do Piauí; anuncia a realização de novo concurso dentro do prazo de validade do certame anterior e nomeia candidatos aprovados fora da ordem classificatória e do limite de vagas inicialmente ofertadas no edital, o ato de nomeação dos impetrantes deixa de ser discricionário para tornar-se vinculado, convertendo-se a mera expectativa em direito líquido e certo. Precedentes.*

4. *Ordem concedida, unânime."*

Opostos Embargos de Declaração pelo Estado do Piauí e pela Defensoria Pública do Estado do Piauí, o primeiro recurso foi rejeitado e o segundo parcialmente provido, para excluir do polo passivo da demanda o Defensor Público-Geral do Estado do Piauí.

Antes do julgamento dos dois embargos declaratórios, o recorrente distribuiu requerimento de suspensão de segurança perante esta Suprema Corte contra a imediata execução do acórdão do Tribunal de Justiça, cujo pedido foi deferido (SS 4.132. rel. Min. Gilmar Mendes), sendo de destaque as seguintes razões do *decisum*:

"(...) A determinação judicial de nomeação de 23 (vinte e três) aprovados em certame anterior, sob pena de multa diária de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), importará no gasto adicional de aproximadamente R\$ 327.000,00 (trezentos e vinte e sete mil reais) por mês, totalizando mais de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões) por

RE 837311 / PI

ano, não havendo previsão orçamentária para tais gastos adicionais.”

Está demonstrado, pois, a grave lesão à ordem econômica, ante a inexistência de previsão orçamentária para o gasto em comento.

Além disso, ainda num juízo mínimo de delibação sobre o mérito da demanda, destaco que, de acordo com o edital de abertura do concurso dos impetrantes, foram oferecidas 30 vagas para o cargo de Defensor Público, tendo sido convocados 118 candidatos, e os impetrantes lograram êxito no certame fora do número de vagas inicialmente previsto, como aprovados em ampla concorrência, o que, em princípio, não guarda estrita coincidência com os precedentes do Supremo Tribunal que tratam do direito subjetivo à nomeação de candidatos.

O fato de existir uma lei estadual que organiza e estrutura uma carreira e suas categorias ,e estabelece o número de vagas a serem preenchidas em cada categoria , não autoriza, contudo, a imediata nomeação, haja vista a necessidade de se determinarem, previamente, dotações orçamentárias suficientes para tanto. Não se descuida aqui da realidade atual dos quadros ainda deficitários das Defensorias Públicas estaduais, mas o que não pode ocorrer é a imposição de preenchimento imediato por decisão judicial não transitada em julgado, de modo a causar prejuízo às finanças públicas e eventual desordem administrativa, caso ocorra a reversão da decisão judicial em momento posterior.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão de segurança para sustar os efeitos do acórdão (fls. 51-65) e da decisão que determinou sua imediata execução, (115-120) formalizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, nos autos do Mandado de Segurança n.º 2008.0001.000683-9.”

Foram, simultaneamente, interpostos Recurso Extraordinário e Especial pelo Estado do Piauí. O Recurso Especial teve o seguimento negado monocraticamente, o que foi posteriormente confirmado por acórdão, porquanto ausente o necessário prequestionamento da matéria controvertida. Esta decisão tornou-se irrecorrível em 10/6/2011.

Nas razões do Recurso Extraordinário, o recorrente apresenta preliminar de repercussão geral fundamentada e, no mérito, sustenta

RE 837311 / PI

violação aos arts. 2º, 5º, LV, 37, III e IV, todos da Constituição da República. Aduz, neste sentido, que o acórdão impugnado seria nulo, pois teria determinado a nomeação e posse de candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidos no edital do concurso público para provimento de cargos de Defensor Público Estadual, sem a comprovação de ter havido preterição.

Foram apresentadas contrarrazões ao Recurso Extraordinário, oportunidade em que os Recorridos sustentaram, em breve síntese: *i*) a necessidade do desprovimento do apelo extremo ante a ausência de prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF); *ii*) a inocorrência de ofensa aos artigos 2º, 5º, LV, 37, III e IV da CRFB, e *iii*) a consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, de modo que não haveria qualquer violação aos dispositivos constitucionais indicados.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí negou seguimento ao Recurso Extraordinário fundado na incidência das Súmulas nºs 279¹ e 284² do STF. Contra esta decisão, foi interposto Agravo de Instrumento pelo Estado do Piauí.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do Agravo, sustentando a incidência da Súmula nº 279 do STF.

Concluso o AI 823.948, dei-lhe provimento para determinar a conversão em Recurso Extraordinário, a fim de apreciar a existência de repercussão geral da matéria. Por entender que o tema constitucional versado nestes autos é relevante do ponto de vista político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, submeti-o ao Plenário Virtual (Tema 784). Por unanimidade, a repercussão geral do tema constitucional foi reconhecida por esta Corte, em acórdão assim ementado:

1 Súm. 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

2 Súm. 284 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

RE 837311 / PI

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. TEMA 784. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (RE 837311 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 01-12-2014 PUBLIC 02-12-2014)

A Procuradoria-Geral da República, devidamente intimada, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso, em parecer que porta a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. MANIFESTAÇÃO. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. PRAZO DE VALIDADE. NECESSIDADE. DEFENSORES PÚBLICOS. NOVO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MORALIDADE. BOA-FÉ. NORMA CONSTITUCIONAL. APLICABILIDADE IMEDIATA. CASO CONCRETO.

1 – Em recurso extraordinário, não se conhece pedido de reforma da decisão recorrida com fundamento em violação ao devido processo legal, quando a real ofensa recai sobre a legislação infraconstitucional, na forma do que dispõe a Súmula 636 do STF.

2 – No estágio atual de concretização dos deveres estatais preconizados pela Constituição Federal, ao Poder Judiciário compete inibir ou retificar as ações ou omissões da administração pública em proteção aos direitos dos administrados, não se cogitando de qualquer afronta ao princípio da harmônica separação dos poderes do Estado.

3 – A premissa da lisura no procedimento de concorrência pública deriva do princípio da moralidade administrativa, de eficácia e aplicação imediatas, que orienta a proibidade administrativa e não

RE 837311 / PI

admite condutas contraditórias dos respectivos administradores ou iniciativas desapegadas da realidade, que, via de regra, culminam em práticas atentatórias ao administrado e no desatendimento à população necessitada dos serviços públicos.

4 – Em claro desprestígio do ideal de legitimidade social e da boa administração, a procrastinação da convocação de candidatos ao cargo de defensor público estadual dá azo à perpetuação da prestação deficitária do serviço de auxílio jurídico aos necessitados e frustra também as finalidades do concurso público em questão.

5 – Reconhece-se líquido e certo o direito do candidato devidamente aprovado em concurso público regular na hipótese de manifestação inequívoca do órgão selecionador ou da autoridade administrativa competente, ainda no prazo de validade do processo seletivo, acerca da necessidade de chamamento de novos defensores públicos e a previsão de realização de novo certame para o cumprimento dessa finalidade.

6 – Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.”

Em sequência, a Advocacia-Geral da União, em petição datada de 11.05.2015, requereu seu ingresso no feito e manifestou-se pelo provimento do Recurso Extraordinário, *verbis*:

“Repercussão Geral. Constitucional. Administrativo. Concurso Público. Candidatos classificados fora do número de vagas previsto no edital. Cadastro de reserva. Impossibilidade de convocação automática em direito subjetivo à nomeação na hipótese de superveniência de vagas criadas por lei ou vacância quanto a cargos já existentes. Requerimento de ingresso da União e pelo provimento do recurso extraordinário (nos limites da lide). Tese minimalista ficada em sede de Repercussão Geral.”

Por fim, indeferi o ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, dos seguintes requerentes: Estado de Goiás (eDoc. 45), Estados da Federação e Distrito Federal (eDoc. 47), Federação Nacional das Associações de Oficiais de Justiça Avaliadores Federais FENASSOJAF, Federação Nacional dos Policias Rodoviários Federais FENAPRF, Associação dos

RE 837311 / PI

Servidores do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região ASDR, Sindicato dos Servidores Públicos Federais da Justiça do Trabalho da 15ª Região SINDIQUINZE, Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério das Relações Exteriores SINDITAMARATY, Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal na Bahia SINDJUFE/BA, Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal e Ministério Público da União em Mato Grosso do Sul SINDJUFE/MS, Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro SINDJUSTIÇA-RJ, o Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Bahia - SINPOJUD/BA, Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais no Estado do Rio de Janeiro - SINPRF-RJ, Sindicato dos Servidores das Justiças Federais do Estado do Rio de Janeiro SISEJUFE/RJ, Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado de Minas Gerais SITRAEMG e Sindicato dos Auditores da Receita do Distrito Federal - SINDIFISCO/DF (eDoc. 55), e União (eDoc. 49). Como fundamento do indeferimento restou evidenciado que a *vexata quaestio* cinge-se a aspectos jurídicos gravitantes em torno do alcance da discricionariedade da Administração Pública, não reclamando, assim, qualquer esclarecimento de ordem técnica ou científica que justifique a presença de amigos da corte.

É o relatório.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

VOTO

REPERCUSSÃO GERAL

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, inicio o voto analisando, em sede preliminar, a admissibilidade deste Recurso Extraordinário, para, em seguida, passar ao mérito da controvérsia.

I. Preliminar

Admissibilidade do Recurso Extraordinário

Ab initio, reafirmo a admissibilidade deste Recurso Extraordinário submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à indispensável ofensa direta à Carta da República, verifica-se, de plano, situação de densidade constitucional a demandar o enfrentamento por esta Corte, na medida em que o debate gira em torno da suposta ofensa ao art. 37, II e IV, da Constituição da República de 1988. O *thema decidendum* contido neste feito submetido à sistemática da repercussão geral, e que reclama a deliberação do Plenário de modo a assentar tese uniforme sobre a matéria, se refere à existência de eventual direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas em edital de concurso público, no caso do surgimento de novas vagas dentro do prazo de validade do certame.

Prosseguindo no exame preliminar, consigno o preenchimento de todos os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente a tempestividade, o prequestionamento, a legitimidade e o interesse recursais, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria (Tema 784 do Plenário Virtual).

Conheço, pois, do presente recurso extraordinário e passo ao exame

RE 837311 / PI

de mérito.

II. Mérito

Como salientado quando da Manifestação pelo reconhecimento da Repercussão Geral, este Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se debruçar, de maneira abrangente, sobre o tema do direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos dentro do número das vagas previstas no edital, o que ocorreu no RE 598.099, Repercussão Geral, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2011. No referido recurso extraordinário, a Corte assentou a tese de que, em regra, o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital tem direito subjetivo de ser nomeado no cargo pretendido.

Contudo, o presente processo veicula controvérsia distinta a merecer um pronunciamento específico desta Corte. Enquanto que naquele feito a discussão cingiu-se ao direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital, a controvérsia *sub examine* trata da situação jurídica daqueles que se encontram em cadastro de reserva, ou seja, fora do número de vagas previamente garantidas pelo Poder Público.

Nesse momento, passa-se a uma brevíssima rememoração da jurisprudência desta Corte, relativa ao tema do direito subjetivo à nomeação aos aprovados em concurso público (CRFB/88, art. 37, II).

Pelo menos desde a década de 50, e, até mesmo, após o advento da Constituição da República de 1988, com a sedimentação do concurso público como autêntico instrumento democrático de provimento de cargos efetivos e empregos públicos, esta Corte manteve a tradicional posição de, apenas, reconhecer ao candidato aprovado em concurso público a posição de titular de uma mera expectativa de direito. A orientação prevalecente era a de que a nomeação dependia, exclusivamente, da discricionariedade administrativa, que poderia, com base em sua conveniência e oportunidade, optar pelo momento e pela

RE 837311 / PI

própria convocação dos candidatos regularmente aprovados (Precedentes: ACi-embargos 7.387, Rel. Min. Orosimbo Nonato, DJ 5.10.1954; RMS 8.724, Rel. Min. Cândido Motta Filho, DJ 8.9.1961; RMS 8.578, Rel. Min. Pedro Chaves, DJ 12.4.1962; RE 421.938 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 2.6.2006; RE 306.938 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 11.10.2007).

Ocorre que, mais recentemente, em sede de processo subjetivo com Repercussão Geral reconhecida, RE 598.099/MS, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 03/10/2011, o Plenário desta Corte acertadamente evoluiu, em relação ao entendimento pretérito e pacificou a tese de que o candidato aprovado **dentro das vagas** previstas no edital do concurso público a que se submeteu tem direito subjetivo à nomeação. Neste caso, a Administração tem um dever de nomeação, salvo situações excepcionalíssimas, desde que plenamente justificadas pela Administração. Eis a ementa do acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.

I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À

RE 837311 / PI

CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. 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 excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à

RE 837311 / PI

publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à

RE 837311 / PI

nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

In casu, a questão jurídica central a ser analisada no Recurso Extraordinário *sub examine* diz respeito ao direito subjetivo à nomeação de **candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital, no caso do surgimento de novas vagas dentro do prazo de validade do concurso.**

A controvérsia ganha dimensão na medida em que, além da existência de profundo debate doutrinário sobre o tema, os órgãos fracionários deste Supremo Tribunal Federal têm, em recentíssimos julgados, decidido a matéria de forma divergente: (i) enquanto que a Primeira Turma já acentuou, em processo de minha relatoria, que “a criação de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não gera, automaticamente, direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital” (ARE 757.978-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 7/4/2014), (ii) a Segunda Turma firmou tese, no sentido de que “o direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital na hipótese em que surgirem novas vagas no prazo de validade do concurso” (ARE 790.897-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 7/3/2014).

Dessa forma, o presente julgamento, além de pacificar a orientação desta Suprema Corte sobre a matéria, proporcionando a necessária segurança jurídica almejada pelos jurisdicionados, servirá a prescrever as balizas para o enfrentamento de um controverso tópico acerca do valioso instrumento constitucional do concurso público (CRFB/88, art. 37, II).

A partir de 1988, com a promulgação da Constituição da República, o concurso público de provas e títulos, previsto em seu artigo 37, inciso II, consolidou-se como um primoroso instrumento democrático para a seleção republicana e impessoal para cargos e empregos públicos. Assim, estabeleceu-se, constitucionalmente, o melhor mecanismo para a Administração assegurar, dentre outros, os princípios da isonomia e da

RE 837311 / PI

impessoalidade na concorrência entre aqueles que almejam servir ao Estado. Sua ideia exsurge da necessidade de se garantir que assumirá determinado cargo aquele indivíduo que, competindo em iguais condições com todos os candidatos (CRFB/88, art. 5º *caput*), estiver, em tese, melhor preparado. Veda-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros.

Quanto à necessidade e adequação do postulado do concurso público, retira-se precioso trecho da obra doutrinária dos constitucionalistas lusitanos Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa anotada*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 661), *verbis*:

A regra constitucional do concurso consubstancia um verdadeiro direito a um procedimento justo de recrutamento, vinculado aos princípios constitucionais e legais (igualdade de condições e oportunidades para todos os candidatos, liberdade das candidaturas, divulgação atempada dos métodos e provas de selecção, bem como dos respectivos programas e sistemas de classificação, aplicação de métodos e critérios objectivos de avaliação, neutralidade na composição do júri, direito de recurso). O concurso assente num procedimento justo é também uma forma de recrutamento baseado no mérito, pois o concurso serve para comprovar competências.

De fato, a realização de concursos públicos visa a concretizar diversos princípios consagrados em nossa Carta Magna, dentre eles o da impessoalidade, isonomia, eficiência e moralidade (CRFB/88, art. 37, *caput*). A respeito dos princípios aplicáveis aos concursos públicos, esclarecedora a definição do i. Min. Gilmar Mendes na relatoria do supracitado RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, DJe 03/10/2011, *verbis*:

“(...) O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente

RE 837311 / PI

decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. **Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança.** Quando a Administração Pública torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, **ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital.** Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve-se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos”.

A Administração, ao iniciar um processo seletivo, manifesta uma evidente **intenção e necessidade** de preencher determinados cargos públicos. Consequentemente, a partir da publicação dos editais dos concursos, centenas ou, dependendo do caso, milhares de candidatos se inscrevem no certame e renunciam a diversos afazeres e prazeres da sua vida pessoal para que possam se dedicar, física e espiritualmente, em prol da busca pelo cargo que desejam ocupar. Passam horas de seu dia na preparação intelectual, abstendo-se do lazer, do convívio com seus familiares em busca de uma posição que lhes garanta uma vida mais condizente com os seus objetivos de vida.

Com efeito, tratando-se de procedimento marcado por uma forte concorrência entre os administrados, deve ter suas regras disciplinadoras minuciosamente traçadas no edital que lhe dá publicidade. Ao decidir pela necessidade de prover determinados cargos públicos, a Administração não pode agir em dissonância com as disposições do edital, uma vez que as instruções e exigências nele previstas originam

RE 837311 / PI

uma relação de confiança com o administrado e a ensejam o surgimento de legítimas expectativas quanto ao seu cumprimento. Do mesmo modo, não se pode exigir, por parte do concursando, conduta diversa daquela prevista no instrumento convocatório. Há, pois, uma vinculação recíproca e salutar à isonomia constitucional.

Deveras, a Administração se submete às determinações dos editais que publica, o que torna relevante o prévio planejamento na sua confecção, a fim de que haja uma perfeita adequação entre o quantitativo de pessoal necessário e o número de vagas a serem providas nos termos do instrumento convocatório. Nesse cenário, ganha realce a preocupação do gestor com o número de vagas que serão oferecidas e a possibilidade de criação de um “*cadastro de reserva*”. Essa última categoria consiste no conjunto de candidatos aprovados em concurso público, mas cuja classificação supera o número de vagas previamente disponibilizadas no edital. Trata-se de legítimo instrumento de planejamento da Administração que atende o melhor interesse público e que privilegia sobretudo, a gestão eficiente, afastando, *a priori*, a denominada proteção da confiança legítima.

Com efeito, não podendo o Administrador estimar durante a validade do concurso, de forma precisa, quantos cargos ficarão vagos, e quantos serão necessários para determinada repartição, o cadastro de excedentes revela-se medida apropriada para possibilitar o aproveitamento célere e eficiente daqueles já aprovados, sem a necessidade de se abertura de novo concurso.

Consectariamente, na linha da jurisprudência desta Corte, em relação aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital, a Administração poderá, dentro do prazo de validade do processo seletivo, escolher o momento em que se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação. Essa passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao Poder Público. Sobre o tema, destaco as lições, em sede doutrinária, da i. Ministra Cármen Lúcia, no sentido de que:

a convocação lançada à sociedade mediante edital público

RE 837311 / PI

*vincula a Administração Pública a seus termos, tal como vinculados a ele ficam os interessados em participar do certame*¹.

Apesar disso, e efetivamente adentrando a resolução da tese posta em julgamento, não podemos dizer o mesmo daqueles aprovados fora do número de vagas previstas em edital, ou seja, dentro do cadastro de reserva. *Prima facie*, os referidos candidatos possuem mera expectativa de direito à nomeação, situação que, apenas excepcionalmente, se convolará em direito subjetivo, consoante será demonstrará mais adiante ao longo deste voto.

É certo que, em regra, o direito subjetivo dos aprovados de serem nomeados não se estende a todas as vagas existentes, nem sequer às surgidas posteriormente, mas apenas àquelas previstas no edital de concurso. **A aprovação além do número de vagas faz com que o candidato passe a integrar um seletivo grupo denominado cadastro de reserva. Incumbe, assim, à Administração, no âmbito de seu espaço de discricionariedade a que os alemães denominam de *Ermessensspielraum*, avaliar, de forma racional e eficiente, a conveniência e oportunidade de novas convocações durante a validade do certame.**

O surgimento de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não gera, automaticamente, um direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, nem mesmo que novo concurso seja aberto durante a validade do primeiro. O provimento dos cargos depende de análise discricionária da Administração Pública moldada pelo crivo de conveniência e oportunidade. 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 inoportunidade 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.**

1 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo: Saraiva, 1999, pgs. 223-224.

RE 837311 / PI

Nesse contexto, o mandamento constitucional do concurso público, relevante instrumento voltado para a construção da cidadania na democracia brasileira, não pode ser dilargado, de modo a aniquilar a discricionariedade do Administrador Público quanto a qual aprovado deve ser escolhido: se o último colocado do concurso em vigor ou se o primeiro do certame seguinte. O Poder Judiciário não pode atuar como “Administrador Positivo” impondo sua escolha à Administração Pública acerca de qual profissional deve ser convocado, mormente se considerarmos que todos os envolvidos foram aprovados em árduos processos seletivos.

Destaque-se, porém, que a discricionariedade aqui salientada é aquela consentânea com o Direito Administrativo contemporâneo, ou seja, não é livre e irrestrita, mas vinculada a certas premissas que serão enfrentadas a seguir.

Inicialmente, sabemos que o querer discricionário não se confunde com a vontade arbitrária. Sobre o tema, são valiosos os ensinamentos do Professor Jean-Claude Ricci, professor da Universidade Paul-Cezanne (Aix-Marseille-III), *verbis*:

Por um lado, a Administração não está inteiramente vinculada, ela sempre dispõe de uma relativa liberdade, por outro, a Administração não está completamente livre para fazer o que ela deseja, conforme o seu humor ou seus caprichos, ela sempre deve respeitar um mínimo de regras jurídicas².

O entrincheiramento do Administrador Público encontra limites que inviabilizam interpretações dissociadas da realidade, sendo precisas sobre o tópico as lições do Professor de Direito Administrativo emérito da Universidade de Konstanz na Alemanha, Professor Hartmut Maurer:

2 Tradução livre do seguinte texto: “*D’une part, l’Administration n’est jamais complètement liée, elle dispose toujours d’une certaine liberté, d’autre part, l’Administration n’est jamais complètement libre de faire ce qu’elle veut suivant son humeur ou son caprice, elle doit toujours respecter un minimum de règles juridiques*”. RICCI, Jean-Claude. *Droit Administratif Général*. 5e Édition. Paris: Hachette Supérieur, 2013, p. 41.

RE 837311 / PI

Não existe uma discricionariedade livre (muito embora esta equivocada formulação ainda seja ocasionalmente publicada nos dias de hoje), mas uma discricionariedade dever, ou melhor: uma discricionariedade vinculada ao Direito³.

Essa discricionariedade da Administração vinculada ao Direito baseia-se, tal como proposta por Karl Engisch⁴, na ideia central de que seu eixo de atuação e suas balizas encontram-se umbilicalmente ligados às escolhas que afetam direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, e não em um unilateral juízo de conveniência e oportunidade.

No mesmo seguimento, Odete Medauar, também, destaca a importância de se ter uma visão que reduza o espaço de discricionariedade conferido ao Administrador, prestigiando-se o diálogo e o consenso para a revelação do que deve ser entrevisto como a melhor escolha para o interesse público, *in verbis*:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público: a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração⁵.

3 MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. Auflage. München: Verlag Beck, 2004, p. 139.

4 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª edição, Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 220.

5 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 211.

RE 837311 / PI

Não discrepa deste entendimento a doutrina de Juarez Freitas, *in verbis*:

(...) alargam-se os horizontes de controle dos atos administrativos. (...) No exame da conveniência e de oportunidade, a discricção deverá ser examinada com o escopo de impedir que o merecimento se confunda com o arbítrio, nunca fundamentável por definição (...) pois todos os atos (e respectivas motivações) da Administração Pública devem guardar fina sintonia com as diretrizes eminentes do Direito Administrativo (em especial, aquelas agasalhadas nos arts. 37 e 70 da CF/88”⁶.

Assim, a discricionariade vinculada a que se aduz não é dimensionada, apenas, pelos parâmetros de oportunidade e conveniência de agir do administrador, mas deve basear-se no dever de boa-fé da Administração Pública, além de pautar-se por um incondicional respeito aos direitos fundamentais, e, *verbi gratia*, aos princípios da eficiência, impessoalidade, moralidade e da proteção da confiança, todos inerentes a um Estado de Direito.

Ressalte-se, ademais, que o parâmetro “*discricionariade vinculada*” não consiste em uma contradição em termos. Não significa afirmar que inexistia juízo de conveniência para uma escolha diante de opções válidas *prima facie*. Por outro lado, a discricionariade, no estado Democrático de Direito, está sempre vinculada à força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios republicanos, “*sob pena de se converter em arbitrariedade proibida e solapar as bases indispensáveis à liberdade de conformação do Direito*”⁷.

Em suma, se é verdade que a nomeação dos candidatos aprovados

6 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 226.

7 FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 8-26.

RE 837311 / PI

em concurso público além do número de vagas do edital está sujeita à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro é que essa discricionariedade deve ser exercida legitimamente.

Desse modo, nenhum candidato, esteja ele dentro ou fora do número de vagas do edital, pode ficar refém de condutas que, deliberadamente, deixem escoar, desnecessariamente e, por vezes, de modo reprovável, o prazo de validade do concurso para que sejam nomeados, apenas, os aprovados em novo concurso. Se a Administração decide preencher imediatamente determinadas vagas por meio do necessário concurso, e existem candidatos aprovados em cadastro de reserva de concurso, ainda, válido, o princípio da boa-fé vincula a discricionariedade da Administração e lhe impõe o necessário preenchimento das vagas pelos aprovados no certame ainda em validade.

Em casos como este, o espaço para a atuação discricionária da Administração quanto à avaliação da oportunidade da nomeação fica tão reduzido que é considerado nulo, em fenômeno identificado pela doutrina alemã como “redução da discricionariedade a zero” (*Ermessensreduzierung auf Null*).⁸ A fim de que não haja dúvidas, o direito à nomeação dos aprovados fora do número de vagas do edital só nascerá, e em caráter excepcional, e mesmo que novo edital de concurso seja publicado, caso fique demonstrado que a Administração pretende e precisa efetivamente nomear candidatos durante a validade do primeiro concurso.

Ao iniciar um procedimento seletivo, o administrador exterioriza a **necessidade** de prover cargos ou empregos. Consequentemente, como o concurso não pode representar uma via destinada exclusivamente ao aumento das receitas públicas, é um contrassenso imaginar-se um certame concluído sem que os aprovados dentro do número de vagas sejam, ao final, nomeados ou contratados. Foi esta a lógica que ensejou o já citado desfecho do RE 598.099 da relatoria do Min. Gilmar Mendes.

8 Confira-se: HUFEN, Christian. *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*. 2010, 603. Disponível em: <http://www.zjs-online.com/dat/artikel/20105373.pdf>, pág. 605. Acesso em 27/07/2015.

RE 837311 / PI

Entretanto, o Administrador Público tem a prerrogativa de avaliar se escolherá os piores colocados de um concurso público que está na validade, dentre os que se encontram além das vagas, ou se prefere os melhores colocados de um novo processo seletivo. Aduza-se que, para que esta última escolha seja legítima e juridicamente aceitável, as nomeações precisam ter de ocorrer após o término da validade do primeiro concurso e sem que isso configure qualquer transtorno para a sociedade. Quando um Administrador Público atua com má-fé e deixa escoar dolosamente o prazo de validade de um concurso para favorecer, indevidamente, os aprovados no novo certame, exsurge o direito de nomeação em favor dos candidatos aprovados na primeira seleção, desde que dentro do limite do número de vagas previstas no edital do segundo concurso.

Com base nessas premissas, podemos interpretar de maneira mais consentânea o que dispõe a própria Constituição de 1988 sobre o tema. Em seu art. 37, IV, A Carta da República garante prioridade aos candidatos aprovados em concurso público prévio, nos seguintes termos:

Art. 37:

(...)

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Pela leitura da Constituição, nota-se, claramente, que não se impede a abertura de novo concurso enquanto restarem candidatos aprovados em outro concurso ainda na validade. Essa orientação é abarcada pela ilustre Min. Cármen Lúcia, ao proferir seu voto condutor do julgamento do MS 24.660, ocasião em que didaticamente assentou:

“ (...) nos termos constitucionalmente postos, não inibe a abertura de novo concurso a existência de candidatos classificados em evento ocorrido antes. O que não se permite, no entanto, no sistema

RE 837311 / PI

vigente, é que, durante o prazo de validade do primeiro, os candidatos classificados para os cargos na seleção anterior sejam preteridos por aprovados em novo certame” (MS 24660, Relatora Min. Ellen Gracie, Relatora p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 23-09-2011).

Nesse contexto, ainda que o edital de um concurso público tenha previsto, inicialmente, um número determinado de vagas para certo cargo, terão prioridade os nele aprovados enquanto perdurar a vigência do certame. A eventual inobservância dessa lógica ofende o já referido art. 37, inciso IV, da Constituição da República, bem como a Súmula nº 15 desta Corte, *verbis*:

Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Dessarte, o que se impede é que os aprovados em concurso prévio sejam preteridos pelos novos, e mais, que não se deixe deliberadamente escoar o prazo de validade do concurso para que se abra outro e a Administração possa nomear os primeiros colocados. Essa posição já foi defendida pelo i. Ministro Marco Aurélio quando ainda integrava a Segunda Turma deste Tribunal. O acórdão restou assim ementado, *verbis*:

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica

RE 837311 / PI

finalidade. **"Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias"** (Celso Antonio Bandeira de Mello, "Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta", página 56). (RE 192568, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 23/04/1996, DJ 13-09-1996).

Na medida em que a Administração Pública possui vagas e demonstra a necessidade de prover imediatamente os cargos, não pode deixar escoar o prazo de validade do concurso para nomear outras pessoas que não os concursados já aprovados no concurso válido.

Nessa mesma linha é a escorreita conclusão do i. Procurador Geral da República quando, em passagem de seu parecer (p. 28), aduz, *verbis*:

Se o concurso público é procedimento apropriado à escolha e convocação dos que se sobressaem nas sucessivas etapas da seleção, **a conduta de deixar fluir o prazo de validade do certame, mesmo havendo candidatos regularmente aprovados e classificados, para, em seguida, promover outra concorrência para o mesmo cargo, desconsidera as necessidades da população, o erário, que financia o novo certame** – e todos sabemos a magnitude de gastos que é realizar um concurso -, e a boa-fé do candidato, vítima da equivocada avaliação do administrador.

Defende o mesmo posicionamento o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 27ª edição, Malheiros Editores, 2010, p. 283):

RE 837311 / PI

“Os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez por igual período (art. 37, III), isto é, por tempo igual ao que lhes haja sido originariamente consignado (art. 37, IV). No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV). Como consequência desta prioridade, a Administração só com eles poderá preencher as vagas existentes dentro de seu período de validade, que já existissem quando da abertura do certame, quer ocorridas depois. É certo, outrossim, que não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isto seria um desvio de poder. Com efeito, se fosse possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma letra morta”. (grifo próprio).

Verdadeiramente, entender de modo diverso seria, *data venia*, permitir judicialmente que a Administração Pública pudesse tornar-se indiferente para com o candidato, deixando escoar o prazo de validade do concurso com vagas abertas e sem preenchimento. Essa orientação, além de burlar a Constituição da república, em especial o art. 37, inciso II e IV, nega vigência aos princípios da impessoalidade, eficiência, moralidade e da proteção da confiança.

Em relação a este último princípio, que tem sido reconhecido por esta Corte como corolário do Estado de Direito, cumpre rememorar ser uma norma que, no dizer da Professora Anna Leisner-Egensperger⁹, leva em consideração a confiança do cidadão na continuidade de uma decisão ou de um comportamento estatal. E, consoante pontifica Fritz Ossenbühl¹⁰:

9 LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 459.

10 Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat. *Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*. Heft 1-2, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, Januar 1972, p. 25.

RE 837311 / PI

“(...) a ‘proteção da confiança’ significa, no sentido jurídico, a defesa de posições jurídicas do cidadão em sua relação com o Estado. Ela representa a observância das expectativas de comportamentos pelas instâncias estatais, independentemente de se tratar do Legislador, do Executivo ou do Judiciário”.

A aplicação do aludido princípio depende da satisfação de alguns requisitos, dentre os quais a base da confiança (*Vertrauensgrundlage*)¹¹. Para a caracterização de um ato estatal como base da confiança, ressoa imprescindível que ele desperte no cidadão uma sinalização de que é válido, constitucional, isto é, de que está em plena harmonia com o ordenamento jurídico. Nesse contexto, quando a Administração Pública torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas, ela impreterivelmente gera uma expectativa de comportamento futuro segundo as regras previstas nesse edital. A aprovação dentro do número de vagas origina o direito subjetivo à nomeação. Já, em relação aos aprovados fora do número de vagas, exsurge a expectativa de que, se eventualmente surgirem novas vagas e a Administração Pública demonstrar que necessita prover aqueles cargos dentro da validade do concurso, eles serão efetivamente nomeados, desde que respeitada a ordem de classificação. Portanto, todos os concorrentes do certame devidamente aprovados no concurso depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento.

Quem é aprovado em concurso além das vagas prevista previstas no edital não ostenta um direito subjetivo de ser nomeado, mesmo que aberto novo edital durante a validade do certame. Possui, ao revés, uma mera expectativa de direito que será convolada em direito adquirido à nomeação, apenas, na excepcional circunstância de restar demonstrado,

11 Confira-se: ARAUJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança. Uma nova forma de Tutela do Cidadão diante do Estado*. Editora Impetus: Niterói, 2009.

RE 837311 / PI

de forma inequívoca, que existe a necessidade de novas nomeações durante a validade do concurso. É por esse mesmo motivo que a simples abertura de um concurso público ou que o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não gera, automaticamente, um direito à nomeação em favor dos candidatos aprovados fora das vagas do edital.

A Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade. É possível, por exemplo, que, por razões orçamentárias, os cargos vagos sejam providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. Assim, a vacância de cargos ou a abertura de concurso público não têm o condão de, por si sós, vincular a Administração a nomear os aprovados fora das vagas do edital. 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.

Sob esse ângulo, vale destacar o que consignou o Ministro Gilmar Mendes em sede de *obiter dictum* no voto que proferiu no RE 598.099/MS, Pleno, DJe 3/10/2011:

(...) O que não se tem admitido é a obrigação da Administração Pública de nomear candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, simplesmente pelo surgimento de vaga, seja por nova lei, seja em decorrência de vacância. Com efeito, proceder dessa forma seria engessar a Administração Pública, que perderia sua discricionariedade quanto à melhor alocação das vagas, inclusive quanto a eventual necessidade de transformação ou extinção dos cargos vagos.

(...)

Ressalte-se que o dever da Administração e, em consequência, o direito dos aprovados, não se estende a todas as vagas existentes, nem sequer àquelas surgidas posteriormente, mas apenas àquelas expressamente previstas

RE 837311 / PI

no edital de concurso. Isso porque cabe à Administração dispor dessas vagas da forma mais adequada, inclusive transformando ou extinguindo, eventualmente, os respectivos cargos.

O que assegura o direito à nomeação em favor dos aprovados fora das vagas do edital não é o mero surgimento de novas vagas ou a publicação de novo edital durante a validade do concurso. Estas circunstâncias não convolam, consideradas isoladamente, a mera expectativa de direito em direito subjetivo. O que, por outro lado, lhes origina o direito à nomeação é a demonstração inequívoca de que a Administração está agindo em conformidade com a necessidade de prover os cargos vagos durante a validade do primeiro concurso. Uma coisa é a vacância do cargo, outra a vacância acompanhada do manifesto comportamento da Administração destinado a prover os cargos durante a validade do concurso, e isso não fica caracterizado pela mera publicação de novo edital de concurso. Isso porque o novo edital pode ter como propósito viabilizar o provimento dos cargos em período bem posterior ao do término da validade do primeiro concurso.

Assim, o mero surgimento de uma vaga ou a publicação de novo edital de concurso não pode ser confundido com os casos em que a Administração atua de forma ilícita preterindo os candidatos aprovados, seja quando não observa a ordem de classificação do certame ou quando dolosamente deixa escoar o prazo de validade do concurso para não efetuar as nomeações daqueles já aprovados.

No âmbito desta Corte, notam-se diversos julgados que pacificaram o entendimento a respeito do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas previstas em edital, **nos casos de comprovação de preterição ou arbítrio por parte da Administração**. Precedentes: ARE 790897 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 07-03-2014; AI 728699 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 01-08-2013; RMS 29915 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 26-09-2012; RE 581113, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 31-05-2011; AI 777644 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14-05-2010;

RE 837311 / PI

RE 227480, Relator(a): Min. Menezes Direito, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 21-08-2009.

Nessa quadra, “*comprovada a necessidade de pessoal e a existência de vaga, configura preterição de candidato aprovado em concurso público o preenchimento da vaga, ainda que de forma temporária*” (AI 820065 AgR, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 05-09-2012).

Pelo exposto, proponho que este Tribunal assente a seguinte tese objetiva em sede de Repercussão Geral:

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.

Bem delimitada essas premissas genéricas objetivas, **passo à análise**

RE 837311 / PI

do caso concreto.

O Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Piauí em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do aludido ente da federação e *sub examine*, confirmou sentença para conceder a ordem, em sede de mandado de segurança, tendo assegurado o direito subjetivo à nomeação dos impetrantes, aprovados fora do número de vagas previstas em edital, no cargo de Defensor Público do Estado do Piauí. O acórdão restou assim ementado, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS CLASSIFICADOS FORA DO NÚMERO ESTABELECIDO NO EDITAL. ANÚNCIO DE NOVO CONCURSO DURANTE A VIGÊNCIA DO ANTERIOR. DEMONSTRADA PELA ADMINISTRAÇÃO A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. DISCRICIONARIEDADE. INEXISTÊNCIA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECONHECIMENTO. CONVERSÃO DA EXPECTATIVA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS IMPETRANTES. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME.

1. A discricionariiedade do Poder Público de nomear candidatos classificados fora do número previsto no edital, deixa de existir a partir do momento em que a Administração pratica atos no intuito de preencher as vagas surgidas e demonstra expressa a sua necessidade de pessoal.

2. Não é lícito à Administração, dentro do prazo de validade do concurso público, nomear candidatos classificados além do número inicialmente previsto no edital em detrimento de outros em igual situação.

3. No momento em que a Administração expressamente manifesta a intenção de fazer novas contratações por necessidade de Defensor Público em todo o Estado do Piauí; anuncia a realização de novo concurso dentro do prazo de validade do certame anterior e nomeia candidatos aprovados

RE 837311 / PI

fora da ordem classificatória e do limite de vagas inicialmente ofertadas no edital, o ato de nomeação dos impetrantes deixa de ser discricionário para tornar-se vinculado, convertendo-se a mera expectativa em direito líquido e certo. Precedentes.

4. Ordem concedida, unânime.

In casu, o resultado do concurso de que os recorridos participaram, concurso para Defensor Público do estado do Piauí, foi homologado em 24 de março de 2004, com prazo de validade de dois anos, tendo sido o certame prorrogado por igual período. Dessa forma, a data final de validade do concurso alusivo a este feito ocorreu em 24 de março de 2008, isto é, após o *writ* originário ter sido impetrado, o que ocorreu em 17.03.2008. Assim, a ação foi distribuída antes do término de validade do concurso público para Defensor Público.

Os impetrantes, ora recorridos, foram aprovados no certame, tendo alcançado a média final exigida. Todavia, ficaram, na classificação final, além do número de vagas previstas no Edital. Acontece que, certo tempo depois, mas, ainda, dentro da validade do mencionado concurso, o Estado manifestou inequívoco interesse (inclusive existindo a previsão orçamentária para tanto) de realizar novo concurso para o mesmo cargo.

Imediatamente, os candidatos supracitados, indignados, impetraram Mandado de Segurança questionando o referido ato, sob o argumento de que, comprovada a existência de vagas e a necessidade do seu provimento dentro do prazo de validade do concurso, deveriam ser nomeados e empossados. Ou seja, se eles foram aprovados no concurso, mesmo que fora do número de vagas previsto no Edital, o que era mera expectativa de direito teria se tornado direito líquido e certo, na medida em restou demonstrada a existência de vagas e a necessidade premente da nomeação, não podendo o Estado promover outro concurso para o preenchimento de novas vagas dentro do prazo de validade do anterior.

Na exordial, os Impetrantes demonstraram que a Lei Complementar n.º 59, que instituiu a Defensoria Pública do Estado do Piauí, estabeleceu, em seu artigo 31, que haverá 152 defensores públicos de 1º categoria. E que, naquele momento, a Defensoria contava com apenas 29 defensores.

RE 837311 / PI

Ademais, o concurso que os candidatos prestaram previu, apenas, poucas vagas, de maneira que a necessidade para a nomeação dos autores seria patente. Como se isso não bastasse, o Defensor Público-Geral sinalizou, em matéria veiculada no Jornal o Dia de 08 de março de 2008, antes, portanto, do término da validade do processo seletivo, a necessidade de novos concursos para defensores públicos. Logo em seguida, em 22/08/2008, o Conselho Superior de Defensoria Pública editou a Resolução nº 19/2008 com o seguinte teor:

Considerando o que ficou resolvido na reunião com o Excelentíssimo Governador do Estado do Piauí, realizada no Palácio de Karnak em agosto de 2.007, ocasião que foi apresentado pelo Defensor Público-Geral e pela Subdefensora Pública-Geral do Estado, bem como por outros Diretores desta Instituição, o Projeto de Regionalização da Defensoria Pública, deveriam ser nomeados 40 (quarenta) novos Defensores Públicos, sendo que 28 (vinte e oito) até março de 2008 e 12 (doze) até o ano de 2009.

Constata-se, dessarte, que, menos de seis meses após o término da validade do concurso em tela, a própria Defensoria Pública do Estado do Piauí reconheceu, expressamente, que deveriam ser nomeados 40 defensores. A instituição não poderia, portanto, ter deixado escoar o prazo do concurso sem nomear os recorridos, mormente diante do reconhecimento, em reunião entre os representantes da Defensoria Pública e o Governador do Estado do Piauí ocorrida em 2007, de que a regionalização da Defensoria justificaria a referida nomeação. Aqui, temos uma excepcional hipótese em que a própria instituição se autolimitou na discricionariedade quanto ao momento adequado para a nomeação. Acertada, portanto, o entendimento do TJ do Piauí que entendeu o direito subjetivo de nomeação dos recorridos diante dessa seqüência de circunstâncias: comprovação da existência de vagas de Defensor Público, a declaração do Defensor Público-Geral da necessidade de novo concurso e a Resolução que, ainda que exarada logo após o

RE 837311 / PI

término da validade do concurso, já previa a necessidade, desde 2007, desses novos defensores.

O c. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, analisando os fatos e provas contidos nos autos, concedeu a segurança, em acórdão cujos principais pontos de mérito assentados foram:

(i) a discricionariedade do Poder Público de nomear candidatos classificados fora do número previsto no edital, deixa de existir a partir do momento em que a Administração pratica atos no intuito de preencher as vagas surgidas e demonstra expressa a sua necessidade de pessoal;

(ii) não é lícito à Administração, dentro do prazo de validade do concurso público, nomear candidatos classificados além do número inicialmente previsto no edital em detrimento de outros em igual situação;

(iii) no momento em que a Administração expressamente manifesta a intenção de fazer novas contratações por necessidade de Defensor Público em todo o Estado do Piauí; anuncia a realização de novo concurso dentro do prazo de validade do certame anterior e nomeia candidatos aprovados fora da ordem classificatória e do limite de vagas inicialmente ofertadas no edital, o ato de nomeação dos impetrantes deixa de ser discricionário para tornar-se vinculado, convertendo-se a mera expectativa em direito líquido e certo.

Pois bem.

Adaptando-se o acórdão recorrido integralmente à tese fixada neste Recurso Extraordinário, resta clarividente o direito dos Recorridos em ver confirmado seu direito de nomeação e posse no cargo para o qual foram aprovados.

Destaque-se que, *in casu*, o direito subjetivo à nomeação dos recorridos não resultou, mera e exclusivamente, da abertura do novo concurso, mas da publicação do novo edital de concurso em conjunto com a revelação da necessidade de provimento dos cargos durante a validade do primeiro concurso. Por fim, cumpre rememorar que os

RE 837311 / PI

atingidos por este *decisum* (impetrantes e litisconsortes necessários) estão em número de, aproximadamente, vinte candidatos¹², o que não originará, em princípio, qualquer impacto orçamentário imediato expressivo a inviabilizar o cumprimento da determinação judicial.

Ex positis, de acordo com os fundamentos acima delineados, impõe-se a confirmação, na íntegra, do que decidido pelo acórdão recorrido.

Por tais razões, Senhor Presidente, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Extraordinário e proponho que o Tribunal afirme a seguinte tese objetiva em sede de repercussão geral:

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

12 Informação extraída das razões do recurso de Agravo interposto pelo Estado do Piauí contra a decisão do TJ/Piauí que negou seguimento ao Recurso Extraordinário. Na referida peça, consta a informação de que o total é de 23 candidatos (7 impetrantes e 16 litisconsortes).

RE 837311 / PI

ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

É como voto.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Relator, eminentes pares, principio também subscrevendo os elogios ao acutíssimo voto de Sua Excelência o Relator. E, desde logo, portanto, de saída, sublinho que estou acompanhando a conclusão de Sua Excelência no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário.

Nada obstante, e farei juntar declaração de voto nesse sentido, estou tomando a liberdade de apresentar, do ponto de vista da tese e dos fundamentos, uma perspectiva diversa. Eis que, até onde pude haurir do voto de Sua Excelência, o foco esteve mais na relação entre os candidatos concursados, e a situação jurídica respectiva, e a Administração Pública. No nosso ponto de vista, quiçá o enfoque central seja o dever da Administração, e, portanto, temas atinentes à eficiência na prestação dos serviços públicos.

Por essa razão, vou me permitir apenas apresentar a conclusão dessa declaração de voto, que explicita sucintamente essas premissas e a tese, mas reitero, desde logo, que estou acompanhando Sua Excelência. Na conclusão, entendo mesmo que é o caso de negar provimento ao recurso do Estado do Piauí.

(Lê o voto).

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acompanho o bem lançado relatório do e. Ministro Luiz Fux.

Porque não participei da votação, no Plenário Virtual, sobre a repercussão geral da matéria, peço vênias aos e. Pares apenas para consignar a importância que entendo deva ser dada ao tema, enunciando, de modo coincidente à minha percepção, a pré-compreensão de que parto para pronunciar-me sobre o feito.

O Brasil tem aproximadamente 10 milhões de funcionários públicos (dados da OIT, 2008). Considerando que os funcionários integram a estrutura do Estado, são indispensáveis para a realização dos direitos fundamentais. O país, contudo, apresenta um reduzido percentual de servidores, se comparado com restante do mundo. Para arrostar o enorme desafio de entrega de serviços públicos eficientes e de qualidade, é necessária a contratação de novos servidores públicos, zelando-se, para tanto, pela estrita observância dos princípios constitucionais. Dessa forma, reconhecendo a tendência de ampliação do número de servidores públicos, preocupa-me sobretudo a seletividade do processo de escolha, a fim de garantir que apenas os candidatos de reconhecida competência técnica e com vocação para o *munus* público integrem os quadros do poder público.

O ponto de partida para se debater o alcance do princípio do concurso público é o acórdão e o voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 598.099. Naquela oportunidade, o Tribunal, em sua composição plenária, aderiu aos termos do voto do Relator e analisou a questão à luz do direito dos candidatos aprovados; dos princípios aplicáveis à administração pública; da possibilidade de controle judicial das opções da Administração; e do alcance da força normativa do princípio do concurso público.

RE 837311 / PI

Como bem apontou o Relator do presente RE, é preciso reconhecer, no entanto, que não se decidiu sobre a existência e a extensão de eventual direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital do certame no caso do surgimento de novas vagas dentro do prazo de validade do concurso.

De fato, a dificuldade de aplicação dos critérios indicados no precedente relatado pelo Min. Gilmar às demais situações envolvendo concursos públicos tem levado a Corte, nas decisões monocráticas e nos julgamentos dos órgãos fracionários, a adotar soluções conflitantes. Essa falta de organicidade fez com que também as instâncias inferiores tomassem decisões incompatíveis. Por isso, deve-se louvar a iniciativa do Relator de afetar o tema à sistemática da repercussão geral.

O presente RE foi interposto pelo Estado do Piauí contra acórdão que, em mandado de segurança, determinou a nomeação de candidatos aprovados no concurso público para a carreira de Defensor Público. O direito à nomeação, nos termos do acórdão recorrido, exsurge da manifestação, pela Administração, antes de expirado o prazo do edital, da necessidade de novas contratações, conforme disposto pela Resolução 19/2008, cujos termos explicitaram a existência de cento e três cargos vagos para Defensor Público de 1ª Categoria no Estado do Piauí, bem como pelo anúncio do Defensor Público-Geral veiculado na imprensa. Ainda na linha de raciocínio do acórdão, tal manifestação vincula à Administração, razão pela qual a existência de vagas e a presença de candidatos aprovados fariam converter a expectativa em direito subjetivo à nomeação.

Contra esses argumentos, o Recorrente alega que a jurisprudência do STF é assente ao afirmar que o aprovado fora das vagas do edital de concurso público tem mera expectativa de direito e que apenas em situações excepcionais seria justificável a ordem judicial de nomeação. Assim, como narrou o Ministério Público, “se de um lado, o ente estatal não pode dispor da posição jurídica do aprovado e classificado segundo as regras do edital, por outro, a estrutura estatal não pode se tornar refém das conveniências particulares dos candidatos, em sacrifício da

RE 837311 / PI

discricionabilidade inerente ao governo de suas funções”.

Os recorridos, por sua vez, entendem, na linha do que sustentou o Ministério Público, que “à administração pública não cabe se portar em dubiedade de intenções”, por isso, dada a premência de nova convocação de aprovados, mister que se nomeiem os que já estão aprovados.

A primeira pergunta que se deve formular é se o precedente desta Corte, firmado em sede de repercussão geral, daria resposta ao caso concreto. Novamente, conquanto se reconheça que não se examinou, naquela oportunidade, o alcance dos direitos dos aprovados fora das vagas do edital, há, no voto do Relator, balizas importantes sobre o princípio do concurso público. Em linhas gerais, poder-se-ia afirmar que o precedente reconheceu que o direito dos candidatos não é absoluto, como não o é a discricionabilidade da Administração.

O direito à nomeação é um direito público subjetivo e decorre, como ensina a Ministra Cármen Lúcia, do princípio da acessibilidade aos cargos públicos. Esse princípio, por sua vez, tem especial vinculação com os princípios (i) democrático de participação política, (ii) republicano e (iii) da igualdade. Trata-se, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, de um *status activus* dos cidadãos.

A aplicação desses princípios à Administração impõe restrições à atuação administrativa, como também indicou o Min. Gilmar Mendes: “quando a Administração Pública torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital”. Em virtude dessa vinculação, informada pelos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, a Administração não teria discricionabilidade de nomear os candidatos aprovados em edital de concurso que contenha previsão específica de vagas, de descumprir as regras do edital ou de deixar de homologar o concurso.

A análise do tema apenas à luz dos direitos dos cidadãos, em particular dos candidatos a concurso público, vis-à-vis os deveres da

RE 837311 / PI

Administração – aqueles que a doutrina costuma indicar como submetidos à condição de especial sujeição – parece não autorizar que se estenda o precedente firmado a partir do voto do Min. Gilmar Mendes às situações em que os candidatos estejam classificados para além das vagas previstas no edital. Nessas hipóteses, se considerada apenas a relação dos candidatos com a Administração, não há outra situação jurídica a definir a posição desses candidatos senão a de mera expectativa.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem evoluído, para reconhecer que determinadas condutas da Administração dão ensejo à transmutação da expectativa em direito. Assim, o surgimento de novas vagas, quando ainda aberto prazo do edital, ou a atuação da Administração de modo a demonstrar necessidade específica de novas contratações, também tem o condão de impor o dever de nomear.

Embora os precedentes sejam esparsos e se refiram a situações determinadas, eles indicam que, em tema de concurso público, é preciso que o Judiciário faça sindicância não apenas dos direitos em relação aos candidatos, mas dos deveres constitucionalmente exigidos da Administração. Noutras palavras, a exigência constitucional do concurso público não apenas se subsume ao princípio da acessibilidade dos cargos públicos e de seus consectários hermenêuticos, mas também aos demais princípios constitucionais a ela aplicáveis.

Da aplicação dos princípios, no entanto, não é possível extrair uma disciplina completa acerca dos deveres que são impostos à Administração quando contrata servidores públicos. Para compreender o alcance desses princípios é preciso, portanto, que se examinem as normas que os concretizam.

No que tange à contratação de servidores públicos, previamente à definição acerca da realização de um concurso, é preciso que sejam criados os cargos no quadro de servidores do ente respectivo. A criação de cargos é ato complexo sob reserva legal, que exige a iniciativa do chefe do respectivo poder – estendendo-se tal atribuição à Chefia do Ministério Público, à Defensoria e às Cortes de Contas – a apreciação pelo Poder Legislativo e a sanção pela Chefia do Poder Executivo.

RE 837311 / PI

Como toda contratação de servidor público cria desigualdade social, porque atribui ao servidor um salário mínimo (art. 39, § 3º, c/c o art. 7º, IV, da Constituição Federal), que, por uma triste idiossincrasia nacional, é maior que a renda média da população em metade dos estados brasileiros, o complexo ato de criação de cargos submete-se ao controle de legitimidade democrática. Vale dizer, a realização de atividades administrativas, como o serviço público ou o poder de polícia, está sujeita à reserva de lei não apenas para a definição das atividades, mas também para a estruturação administrativa do Estado que lhe proverá os recursos humanos e os bens públicos necessários à consecução da finalidade pública.

O zelo que o constituinte atribuiu à realização da atividade administrativa não se limitou ao controle de legitimidade democrática sobre a definição das atividades e das estruturas do Estado: cuidou, ainda, de submeter ao escrutínio público os dispêndios realizados pela Administração (art. 169, *caput* e parágrafos). Por essa razão, a contratação de servidores exige também prévia dotação orçamentária e submissão aos limites de gastos fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Seção II da Lei Complementar 101/2000).

A realização de concurso público para provimento de cargos vagos é precedida, portanto, pela própria criação dos cargos, pela atribuição de dotação específica para seu preenchimento e pelo controle da execução financeira.

Nessas etapas que precedem à publicação do edital, inexistem discricionariedade da Administração, pois os tipos de atividade estão vinculados à realização da finalidade pública que o legislador lhes indicou e, para realizá-la, deve dispor dos recursos humanos e materiais que, por previsão legal, foram-lhe atribuídos. Também não existe discricionariedade na obrigação de inclusão no orçamento dos recursos necessários ao provimento dos cargos públicos. Isso porque os cargos destinam-se à realização da atividade administrativa sob a qual houve juízo político de necessidade. Caso os cargos não mais atendem à finalidade pública, a providência exigida da Administração é a extinção

RE 837311 / PI

ou a transformação dos cargos.

Se, individualmente consideradas, as etapas prévias à contratação pública obedecem a um rígido quadro legal, sob a perspectiva da funcionalização da atividade administrativa, é preciso que, além da obediência ao princípio da legalidade, seja observada a eficiência exigida pelo art. 37, *caput*, da Constituição. Como indica José dos Santos Carvalho Filho, o núcleo do princípio da eficiência “é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27). A incidência do princípio da eficiência é o que empresta a peculiar característica do direito financeiro, como destacou o Ministro Carlos Britto na ADI 4.049, Pleno, Dje 08.05.2009:

“Abaixo da Constituição não há lei mais importante para a Administração Pública, porque o orçamento anual é o diploma legal que mais influencia o destino de toda a coletividade administrada, na medida em que fixa todas as despesas e prevê todas as receitas públicas para um determinado exercício financeiro”.

Não se está a olvidar que contingências excepcionais possam impedir, materialmente, a realização eficiente da finalidade pública. Em tais casos, como, por exemplo, os fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não parece ser possível exigir que a Administração atenda à finalidade pública, sem ofender outras normas que delimitam sua atuação. Seja como for, nessas hipóteses, deve a Administração expor minudentemente as razões pelas quais não lhe foi possível atender à exigência de preenchimento dos cargos vagos, nos termos dos arts. 19 e 20 da Lei Complementar 101/2000.

É preciso advertir, ainda, que exigir que não haja cargos vagos não implica, necessariamente, aumento de despesas para o ente público. É verdade que o orçamento público é meramente autorizativo, mas isso não

RE 837311 / PI

significa que haja discricionariedade para o atendimento de finalidade pública já reconhecida e com dotação orçamentária consignada. O caráter autorizativo do orçamento visa garantir que eventual imprevidência na arrecadação de receitas não obrigue o Estado a incorrer em déficit. Trata-se, assim, para a questão sob exame, de hipótese excepcional, cuja motivação deve ser expressamente enunciada pela Administração, conforme exige o art. 9º da Lei Complementar 101/2000.

Registre-se, por fim, que não se desconhece o custoso e tortuoso processo pelo qual a Administração deve se submeter para criar novos cargos públicos. Em virtude dessa dificuldade, é comum argumentar-se ser desarrazoado exigir que a Administração abstenha-se de solicitar a criação de mais cargos do que os que tem condições de prover. O argumento é relevante, porque invoca a própria eficiência administrativa, mas equivoca-se ao atribuir a discricionariedade à Administração como consectário lógico de sua previdência. A solução, nessas hipóteses, é que a criação dos cargos seja acompanhada de um planejamento financeiro que exponha a periodização dos dispêndios e das convocações dos candidatos, plano que, pela incidência do princípio da transparência, deve minudentemente descrever os motivos pelos quais a finalidade fixada em lei não pode ser atingida.

As razões até aqui expendidas centraram-se, sobretudo, na mitigação da discricionariedade que a jurisprudência da Corte atribuía à Administração. Recaindo a discricionariedade, conforme a clássica doutrina administrativista, sobre a conveniência e oportunidade em relação ao motivo e ao objeto do ato administrativo, parece não haver dúvidas de que, tendo sido criados os cargos para o atendimento de finalidade pública legalmente reconhecida, não há falar-se em oportunidade e conveniência, para dispor sobre algo que já foi fixado em lei. De fato, de acordo com as razões aqui declinadas a atuação da Administração relativamente ao princípio do concurso público desborda do balanceamento que se costuma fazer entre os direitos dos aprovados e a discricionariedade da Administração. Há, nesse sentido, uma mudança de perspectiva, que empresta maior ênfase aos deveres da Administração.

RE 837311 / PI

É preciso reconhecer, entretanto, que da estrita atuação da Administração exsurtem direitos para os administrados. Sob a ótica do dever da Administração, tais direitos não se referem a apenas uma categoria de cidadãos, os candidatos de concurso público, mas a todos os demais cidadãos. Equalizar cidadãos e candidatos implica que se rejeite a tese da sujeição especial, pois ambas as categorias têm deveres e os direitos de ambas as categorias perante a Administração são fixados por lei. Com efeito:

“Rejeita-se a tese da sujeição especial pela ausência de fundamento constitucional. Não se localiza na Constituição indicativo que permita afirmar que alguns indivíduos, por se encontrarem em situação de relação peculiar e diferencial, deixariam de ser albergados pela proteção constitucional genérica da legalidade.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185).

Com efeito, a adequada utilização dos cargos públicos, cujo o objetivo é o preenchimento de todos os cargos vagos, quer seja ele alcançado pela convocação de todos os aprovados em concurso público, quer pela extinção ou transformação dos cargos ociosos, é exigência de eficiência administrativa e de adequado manejo de recursos públicos. Nesse sentido, o direito que um aprovado em concurso público tem à nomeação não se distingue daquele que têm todos os demais administrados de verem empregados eficientemente os recursos humanos atribuídos pelo legislador ao atendimento de uma finalidade pública.

Com essas considerações, é forçoso concluir que o acórdão recorrido limitou-se a reconhecer, na linha das razões aqui expostas, que o fato de integrarem os candidatos a lista de cadastro de reserva não eximiria a Administração Pública de nomeá-los, pois havia vaga aberta durante o prazo de validade do concurso e dotação orçamentária, inexistindo, de outro lado, qualquer motivo válido a afastar a obrigação de nomear. A solução adotada pelo Tribunal *a quo* é precisa e não merece reforma.

RE 837311 / PI

Para efeitos de fixação de tese, a solução para casos semelhantes ao desta Repercussão Geral seria reconhecer que é dever da Administração Pública justificar, diante do surgimento de novas vagas no prazo de vigência do concurso, a não convocação de candidatos aprovados na ordem classificatória.

Nos termos da tese aqui fixada, o presente recurso extraordinário, portanto, não merece provimento.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, em primeiro lugar, cumprimento o voto do eminente Ministro Luiz Fux, com o vasto repertório doutrinário que tem caracterizado as manifestações de Sua Excelência. Cumprimento igualmente o voto do eminente Ministro Luiz Edson Fachin e peço vênia para divergir. Tenho uma compreensão bastante diversa desse problema.

A hipótese é saber se candidato aprovado em concurso público, fora do número de vagas do edital, tem ou não direito subjetivo à nomeação. Essa é a questão que nós estamos decidindo. O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí entendeu que sim. O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí considerou que havia necessidade de contratação de defensores públicos pela Administração. Este foi o fundamento da decisão do Tribunal de Justiça do Piauí: há necessidade dessa contratação.

Essa decisão do Tribunal de Justiça do Piauí foi suspensa, aqui, no Supremo Tribunal Federal, por decisão da Presidência. E a questão, Presidente, como bem exposto no voto do Ministro Luiz Fux, não é nova. É uma dessas situações - e foi muito feliz a decisão do Ministro Fux de trazer essa repercussão geral - em que há decisão para todos os lados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; portanto, é bom nós uniformizarmos essa questão. Eu mesmo localizei pelo menos duas decisões para cada lado, todas relativamente recentes. Portanto, não houve uma mudança propriamente. O que houve é que nunca se conseguiu harmonizar essa jurisprudência.

Eu entendo, Presidente, com todas as vênicas, que há, aqui, uma violação ao princípio da separação de Poderes, em que o Poder Judiciário é que entendeu que havia a necessidade de contratação e impôs à Administração...

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que o caso tem peculiaridades. Em primeiro lugar, segundo o acórdão – e julgamos o recurso extraordinário a partir das premissas fáticas do pronunciamento e, portanto, do acórdão do tribunal de origem –, houve a prorrogação do concurso. Candidatos classificados após o impetrante foram nomeados, e fora do número de vagas indicado no edital. O Tribunal de Justiça consignou que, no prazo de validade do concurso, houve a convocação de um novo concurso, preterindo-se, a mais não poder, o impetrante. Daí ter sido implementada a ordem, no âmbito da competência originária, pelo Tribunal de Justiça.

Diria que não é um caso à feição para avançar-se – e houve um avanço, na década de 90, no que afastada a jurisprudência consoante a qual só haveria o direito subjetivo à nomeação em casos de preterição – e definir-se se se trata, ou não, de cláusula implícita no edital: a possibilidade de nomeação, considerado não apenas o número de vagas anunciado, mas as que tenham surgido no período de validade do concurso.

Por isso, o caso não é adequado para adentrar-se a tese, que é, reconheço, desafiadora e que subscrevo. Entendo que se trata de cláusula implícita, a possibilidade de nomeação além das vagas anunciadas no edital, que são anunciadas para o candidato inclusive aferir a possibilidade de sucesso, consideradas as surgidas, posteriormente, ainda na vigência do concurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Obrigado, Presidente, pelo aparte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Presidente,

RE 837311 / PI

gostaria apenas de fazer uma observação. Ministro Barroso, só um...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu ainda não consegui nem chegar no coração do meu voto, mas ouço a todos os apartes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas no meu já pegou, porque Vossa Excelência citou exatamente aquilo que mencionei.

Em vários casos em que procedemos à revisão judicial, vamos acabar, de uma forma ou de outra, incidindo nessa suposta violação à separação de Poderes, porque o Poder Judiciário tem exatamente a função precípua da revisão dos atos dos demais Poderes.

Neste caso específico, suponhamos que a Administração tenha agido de má-fé. E aí o tribunal, com ampla cognição fático-probatória, infere essa má-fé. O fato dele inferir a má-fé e afastar a má-fé não significa que ele está invadindo a esfera do outro Poder; ele está reprimindo - cumprindo a função constitucional - o ato doloso da Administração Pública que violou o direito fundamental do administrado. Então, essa cláusula da separação de Poderes talvez esteja à margem dessas questões onde nós, do Judiciário, fazemos a revisão dos atos do Executivo e dos atos do Legislativo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Muito bem. Então, voltando, Presidente: a questão jurídica é saber se existe direito à nomeação fora do número de vagas do edital. Portanto, estou me atendo à questão jurídica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Excelência, as premissas do acórdão são outras!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Quando a Administração Pública vem e considera, por juízo seu, que existe necessidade daquelas vagas, a meu ver, há clara violação do princípio da

RE 837311 / PI

separação de Poderes. Não é uma questão de o Poder Judiciário rever a legalidade de um ato do Poder Público. É uma questão de o Poder Judiciário se sobrepor ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública para fazer, ou não, uma determinada nomeação.

Eu entendo que, nessa matéria, fora dos números do edital, das vagas do edital, a Administração Pública tem o direito de prorrogar ou não prorrogar o concurso, ela tem o direito de realizar ou não realizar um novo concurso e ela tem o direito simplesmente de não querer prover as vagas. Portanto, eu não consigo imaginar. Uma coisa é se anular uma nomeação por preterição e nomear o candidato melhor classificado. Esta situação é completamente diferente da situação de a Administração decidir que há necessidade e, portanto, nomear um lote de pessoas, não no lugar de alguém indevidamente designado, mas porque o Judiciário achou que estava precisando de mais defensor público. Portanto, eu entendo que há clara violação do princípio da separação de Poderes, porque o Judiciário tomou uma decisão administrativa de conveniência e oportunidade de se nomearem servidores para um determinado cargo.

E, aqui, Presidente, eu acho que essa é uma questão complexa; e complexa por muitas circunstâncias, inclusive porque nós não podemos criar no Brasil uma república corporativa em que os governantes e a sociedade passam a ser reféns de todas as corporações. Portanto, eu acho a Defensoria formidável, porém, o administrador, o governador, ele tem que ter a competência mínima de saber se há orçamento, se há condições, porque nós estamos vivendo uma crise fiscal. Se o governador percebe que não tem condições de fazer aquelas nomeações por razão "a", "b", "c" ou "d", eu acho que o juízo é dele, o Judiciário não pode se sobrepor. Os Estados brasileiros, a Federação brasileira está vivendo um momento de risco. Todos os estados da Federação estão sufocados por um trinômio que envolve folha de pagamento, transferências constitucionais obrigatórias para os órgãos autônomos e o custeio, que inclui hospital, que inclui segurança pública, que inclui limpeza. Portanto, eu acho que o Judiciário...

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro, talvez eu possa ter me omitido, porque isso está numa folha à parte. No caso, apesar dessas dificuldades financeiras notórias, ele realizou novo concurso e nomeou mais gente do que previa o edital. Então, essa questão latente da economia é afastada completamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas esse juízo também é um juízo do administrador. Eu acho que o administrador não só pode como deve. Eu fui presidente de comissão de concurso mais de uma vez. O administrador pode dizer assim: "Eu quero fazer um concurso para recrutar vinte e depois eu vou abrir outro." Você não pode obrigar o administrador a contratar ou admitir o 158º se ele quer fazer um concurso para recrutar outros valores, talvez mais preparados e qualificados. Portanto, não tem sentido, com todas as vênias, eu penso que não tem sentido - não o voto do Ministro Fux - o Judiciário se sobrepor nesta valoração.

De modo que eu tenho um sentimento muito claro de que a tese envolvida aqui - direito ou não de ser nomeado para além das vagas do edital - é uma tese que não se sustenta. Não há esse direito subjetivo. É claro, e o Ministro Fux observou isso no seu voto, se a Administração se comportar de maneira arbitrária, caprichosa, aí é diferente, mas aqui não aconteceu isso. O que aconteceu aqui foi que foram abertas trinta vagas no edital e depois a Administração nomeou cento e dezoito. Depois achou que estava de bom tamanho quando chegou no 118º candidato e que era melhor fazer um novo concurso. E eu preciso dizer que também acho. Quando se chega, num concurso que você abriu para 30 vagas, se você já está no 118º, provavelmente, se você fizer novo concurso, você vai poder recrutar gente que esteja mais preparada. E eu não consigo imaginar considerar que seja ilegítimo para a Administração querer contratar gente mais preparada.

De novo, embora a ideia de concurso público, no Brasil, tenha parecido um fim em si mesmo nos últimos tempos, o concurso é um meio para escolher quadros para servir ao público, e, portanto, o público não

RE 837311 / PI

pode ser refém do direito de quem faz concurso, com todo o respeito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Agora, Ministro Barroso, um dado fático importante. Os remanescentes são em número de 23. A colocação deles de nota é muito próxima, muito, é coisa de décimos. Tem o 119º, 120º, 121º, 122º, 123º, 124º, 125º, então, quer dizer, nem o lado econômico se colhe, nesse aspecto do caso específico, e nem mesmo o problema da desqualificação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É uma escolha da Administração.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Essa é a sua premissa. É a escolha da Administração.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É, na Procuradoria do Estado, nós fazíamos concurso para preencher vinte, depois fazíamos um novo concurso, porque, se preencher de vinte em vinte, você recruta melhor do que se você preencher de 120 em 120. Esta é uma prova empiricamente colhida em quem convive na Administração Pública.

Mas ninguém precisa concordar com a minha tese. O que eu acho que é preciso concordar é quem tem o poder de tomar essa decisão. Se vai preencher de vinte em vinte ou 120 em 120. E quem tem esse poder, a meu ver, com todas as vênias, por força da Constituição, é a Administração Pública. De modo, Presidente, que eu estou propondo uma tese oposta.

E embora aqui, Ministro Marco Aurélio, a posição de fundo de Vossa Excelência, pelo que percebi, seja diferente, eu, no entanto, em matéria de tese de repercussão geral, me converti um pouco ao credo mais minimalista que o Ministro Marco Aurélio tem defendido e, portanto, de afirmar teses mais próximas do caso concreto...

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Já é tão difícil julgar o caso concreto, imaginem aventar-se a apreciação de outros que não estão na bancada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É porque, às vezes, há uma certa ambição de resolver o problema e impedir que ele se repita. Mas hoje estou convertido a teses de repercussão geral minimalistas. Elas trazem menos riscos e evitam que a excessiva abrangência da tese, às vezes, colha situações que nós não fomos capazes de antecipar.

De modo, Presidente, com todas as vênias - eu ouvi o magnífico voto do Ministro Luiz Fux e o voto do Ministro Fachin, sintético, mas igualmente consistente -, a tese que eu estou propondo é a seguinte:

O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas dispostas no edital não tem direito subjetivo à nomeação, caso surjam novas vagas ao longo da validade do certame. Essa é a tese que estou propondo.

Eu gostaria de dizer que eu sou solidário e sensível ao esforço das pessoas que participaram do concurso e têm o natural e legítimo interesse de serem nomeadas. Portanto, não me é indiferente a sorte dessas pessoas, mas penso que nós somos guardiães da Constituição e do interesse público primário, que é conduzido pela Administração em busca dos melhores servidores públicos para aquelas vagas, até porque nada impede que essas pessoas se submetam ao novo concurso e eventualmente sejam nomeadas.

De modo, Presidente, que, pedindo todas as vênias e alertando um pouco para este risco de o interesse público acabar sendo aparelhado pelo interesse das corporações, eu peço vênias para divergir. Portanto, eu estou dando provimento ao recurso extraordinário do Estado do Piauí.

É como voto.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, o Tribunal, no precedente que firmou no RE nº 598.099, fez uma nítida distinção entre candidatos classificados dentro do número de vagas, aos quais reconheceu o direito subjetivo à nomeação, salvo fundamentada justificação da Administração em sentido contrário, dos candidatos classificados fora do número de vagas. Quanto aos primeiros, reconheceu o seu direito subjetivo à nomeação em nome da promessa administrativa constante do edital, da boa-fé e do princípio da confiança legítima a essa promessa da Administração, que, em princípio, tem que cumprir.

Todavia, a situação é diferente dos que foram classificados fora do número de vagas. Isso decorre da própria fundamentação do reconhecimento do direito subjetivo aos que estão classificados dentro do número de vagas. A esses que foram classificados fora do número de vagas não existiu promessa alguma da Administração. De modo que os fundamentos para justificar o direito subjetivo não poderiam ser os mesmos.

Portanto, sob esse aspecto, eu concordo plenamente com o Ministro Barroso. E penso que o Ministro Fux, no seu voto, não pensou de modo diferente. O Ministro Fux, no seu voto, afirmou que, relativamente a esses candidatos classificados fora do número oferecido no edital, a nomeação ficaria como ato discricionário da Administração. Sua Excelência disse isso mais de uma vez.

Portanto, sob esse aspecto, - até aqui não haveria propriamente uma divergência entre os votos. A divergência se estabelece daí para frente. É que, enquanto em relação aos candidatos dentro do número de vagas cumpre à Administração demonstrar a razão pela qual ela não nomeia, no caso dos candidatos fora do número de vagas, cumpre ao candidato demonstrar que a sua legítima expectativa foi violada, pelo ato

RE 837311 / PI

(discricionário) da Administração. Essa é a questão.

Portanto, penso estar correto o Ministro Roberto Barroso ao sustentar que, em princípio, o direito subjetivo só existiria em caso de preterição.

Sua Excelência o Ministro relator, Luiz Fux, registrou três situações. Primeiro, em relação aos candidatos dentro do número de vagas, que se rege pelo precedente do 598.099. O segundo ponto, Sua Excelência coloca justamente essa questão dos candidatos fora do número de vagas e que foram preteridos. Até aqui eu concordo com Sua Excelência e penso que o Ministro Barroso também há de concordar. O ponto, portanto, crucial é saber em relação aos candidatos fora do número de vagas que não foram preteridos. Essa é a questão.

Eu penso que a só necessidade da numeração é requisito insuficiente para fazer nascer um direito subjetivo. Veja-se que a própria Constituição, no artigo 41, § 3º, diz o seguinte:

"§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade,(...)"

Ou seja, a Administração pode até colocar em disponibilidade quando não houver necessidade. Claro que com muito mais razão não está obrigada a nomear se não houver necessidade. Mas, mesmo em caso de necessidade, o artigo 169 da Constituição - e só estou dando isso como exemplo -, quando fala da observância do princípio orçamentário e se refere às despesas pública, diz:

"Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar". É a Lei Complementar nº 101.

"§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título," - e aqui não se cogita da necessidade ou não - "pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

RE 837311 / PI

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

(...)

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço".

A lei que regulamenta a matéria é a Lei Complementar nº 101, que é Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo artigo 21 estabelece o seguinte:

"Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37" - que trata de vinculação de remuneração - "e no § 1º do art. 169 da Constituição" - que é o que fala dos limites de gastos com pessoal ;

" II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo."

Artigo 22, parágrafo único:

RE 837311 / PI

"Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

(...)

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança".

O que eu quero dizer com isso é que a só necessidade não é fundamento suficiente para fazer nascer o direito subjetivo à nomeação desses candidatos.

De modo que eu ficaria com o Ministro Fux até o segundo ponto, que coincide com a tese do Ministro Barroso, com uma única observação: eu acrescentaria à tese do Ministro Barroso, lá no ponto final, uma vírgula para dizer "salvo em caso de preterição".

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - De pleno acordo.

E aqui me permite, Ministro Teori? Diante da observação do Ministro Marco Aurélio, eu fui reler o acórdão. O acórdão, de fato, fala que houve nomeação fora, mas foram duas nomeações por decisão judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É o Ministro Teori que está votando, mas certamente sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há alusão a trinta vagas – número anunciado no edital –, mas houve nomeações até o 113º candidato, fora, portanto, daquelas vagas inicialmente previstas no edital.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo. E aí, para nós trabalharmos com os fatos absolutamente consensuais, houve duas nomeações por ordem judicial - que aí não consideraria preterição...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, não configura preterição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E o Tribunal considerou que a simples abertura de concurso, quando ainda existente candidatos aprovados, também constituiria preterição, do que eu radicalmente discordo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, cai por terra o inciso IV do artigo 37, como sustentado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Esvazia-se, por completo, o preceito do inciso IV.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu preciso dizer a Vossa Excelência que eu também me preocupei com isso. A jurisprudência do Supremo que eu localizei, do eminente Ministro Eros Grau, diz assim:

"Concurso público. Candidatos aprovados mas não classificados. Preferência de nomeação em relação a classificados em concurso público posterior. O aprovado não classificado em concurso público não tem preferência de nomeação em relação a aprovado em concurso público posterior, mesmo que este tenha sido realizado no prazo de validade do certame anterior."

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas isso contraria frontalmente o inciso IV do artigo 37.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu não integrava o Tribunal, mas essa é uma decisão do Tribunal.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Certamente, se estava presente – não costumo faltar às sessões –, votei divergindo de Sua Excelência, em que pese ao “grau” do voto proferido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu entendo o ponto do artigo 37, inciso IV. Ele diz:

"Art. 37.

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;"

Não foi o que aconteceu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nem todos passam em primeiro lugar no concurso!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eles apenas abriram o concurso. Ninguém foi nomeado dentro do prazo de validade do concurso, porque, aí, sim, eu acho que incidiria o artigo 37. Entende, Vossa Excelência? Houve uma abertura de concurso público, mas não houve uma nomeação de alguém para vaga durante o prazo de validade do certame anterior. Portanto, eu acho que não incide, neste caso específico, o artigo 37.

Devolvo a palavra ao Ministro Teori, agradecendo o aparte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Na verdade, nós não analisamos isoladamente todo este dispositivo específico ou este caso hipotético de Administração Pública. Nós fizemos uma fusão de vários argumentos interdisciplinares e outros já com assento na Constituição Federal. Então, nós, esclarecendo, em primeiro lugar, para o erário, se já tem candidato aprovado e se ele manifesta que logo após quer realizar um concurso, é melhor, para o interesse público, que aquele número de...

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas a questão não é se tem dinheiro ou se não tem dinheiro. É quem decide onde investir o dinheiro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Sim, essa é a primeira questão. Em segundo lugar, nós entendemos que o candidato aprovado no concurso, dentro ainda do prazo de validade do concurso, tem uma expectativa legítima. E quando a Administração tenta frustrar essa expectativa legítima, ela a torna em direito subjetivo à nomeação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Penso que só tem expectativa legítima dentro das vagas do edital.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E nós sabemos que não há interesse público que sobrepuje direitos fundamentais, como é o direito fundamental do candidato que faz um concurso no prazo de validade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ser nomeado para cargo público não é direito fundamental. Direito fundamental é outra coisa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É outra coisa se nós raciocinarmos em termos genéricos. Agora, aqui, há o direito subjetivo do cidadão. Vossa Excelência falou em esperança, em se dedicar a vida, em se ter todo respeito pelo tempo que as pessoas se dedicam à realização de um concurso, então, a pessoa que se dedica à realização de um concurso, enquanto isso ocorre, nesse prazo - e nós já fizemos alguns -, as pessoas abrem mão de várias outras coisas que poderiam ter feito; de ingresso em outras funções.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas então

RE 837311 / PI

a tese jurídica de Vossa Excelência é que há direito fora das vagas do edital. É nisso que nós divergimos. Mas é uma divergência transparente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, eu fiz toda uma narrativa primária sobre a inexistência deste direito nos casos usuais. Tanto que nós reiteramos...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas o que este caso tem de extraordinário?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Reiteramos a tese fixada na repercussão geral. Este caso tem de extraordinário que, durante o prazo de validade do concurso, já se estava imaginando a realização de um outro concurso. E, durante o prazo de validade deste concurso, o Tribunal entendeu que, pelas provas colhidas, que são insindicáveis em sede extraordinária, eles, efetivamente, esperaram acabar o prazo de validade do concurso para realizar um novo concurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós também temos uma divergência quanto a esse ponto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Isso, na essência, significa preterição prevista.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, para pontuar a divergência, eu acho que a Administração tem o direito de abrir novo concurso depois de preenchidas as vagas do edital, desde que, em respeito ao artigo 37, IV, não proveja vagas enquanto estiver válido o certame anterior.

Portanto, temos uma divergência jurídica transparentemente assentada, é esse o ponto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente,

RE 837311 / PI

em suma, o meu voto é no sentido de que não há direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas no concurso, salvo em caso de preterição. Nesse ponto, eu concordo plenamente com o Ministro Barroso e concordo plenamente com o item 2 do Ministro Fux. A minha divergência com o Ministro Fux é em relação ao item 3, que eu penso que a necessidade, por si só, não faz nascer esse...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Qual é o item 2 do Ministro Fux, Ministro Teori?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É esse, o caso de preterição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, estamos de acordo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim. Tenho certeza que sim.

Então, quanto à tese, é isso. Eu penso que não há direito subjetivo, salvo em caso de preterição. Eu estava inclinado a dar provimento parcial a esse recurso para garantir o direito à nomeação daqueles que foram preteridos, mas, aparentemente, essa preterição não aconteceu, porque dois nomeados fora da ordem de classificação teriam sido nomeados por decisão judicial. Então não houve uma preterição por parte da Administração.

Em segundo lugar, quanto aos outros nomeados, não houve ofensa ao artigo 37, IV, da Constituição, porque não houve nomeação de candidatos aprovados num novo concurso.

De modo que eu vou pedir vênias para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Barroso nos termos desse voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, só para ficar claro.

RE 837311 / PI

A divergência está pontuada em quê? Os votos, até aqui, nas suas duas posições são: de um lado, que a abertura de um concurso público no prazo de validade de um outro concurso com pessoas aprovadas e não classificadas no número, mas aprovadas, não constitui direito desta pessoa nem impede a Administração de abrir esse novo concurso.

Para o Ministro Fux - Vossa Excelência me corrija se não estiver correta -, a circunstância, que distingue aqui de caso de apenas abertura de concurso, é a de que, quando a Administração abre novo concurso, declara para a sociedade que ela precisa - quer dizer, então, não é o Tribunal falando, é a Administração que falou -, ela declara que precisa e que nomeará, porque ela não vai fazer outro concurso levemente. É este o ponto de divergência, certo, Ministro Teori?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Apenas porque Vossa Excelência concorda, também, até o segundo item.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E o meu ponto, Ministra Cármen, é que a Administração tem o direito de, já tendo nomeado 118, achar que atende melhor ao interesse público realizar um novo concurso do que nomear para além dessa classificação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ok. Obrigada.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É claro, Ministra Cármen, que nós vamos aqui sempre discutir o que significa preterição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, não, nem ponho isso em questão.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas eu me ponho esse problema.

RE 837311 / PI

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu não pus, porque, neste caso, não comparece. Neste caso não comparece, por isso, para mim, este não é um ponto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo.

O que é preterição? Nós podemos considerar preterição a inobservância da ordem de classificação, que é o caso clássico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -
Certamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Aqui, no Supremo, tem sido só este entendimento.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas nós podemos considerar preterição também a ofensa ao inciso IV do artigo 37.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Que não é o caso aqui tampouco.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Também não é o caso, por isso que eu nem argui.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Nenhum dos casos, aparentemente, se configura no caso concreto. E, justamente, porque não há, no caso concreto, hipótese de preterição. Sendo assim, obrigar a Administração a nomear, realmente invadiria uma atividade, que eu diria que não é nem discricionária, em certos casos, como no caso de dificuldade de ajuste fiscal, há até um dever da Administração de não nomear.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas isso nós excepcionamos no voto, bem claramente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ficou claro no voto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então, na tese, eu concordo com o Ministro Barroso e, no caso concreto, também não tendo havido preterição, eu acompanho Sua Excelência, que abriu a divergência.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ**VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu estava aqui a pensar num concurso público que ocorreu, no Rio Grande do Sul, há muitos anos, para o magistério estadual, onde acorreram - não saberia dizer com precisão -, mas 30, 40 mil candidatos, e, a partir de um determinado momento, também não foram nomeados. E até se disse, na oportunidade, que, pelo número e pelo tempo decorrido, tinha o estado interesse em promover um novo concurso em busca de, talvez, candidatos melhor qualificados. Eu acho que é mais ou menos na linha do que defendeu o Ministro Luís Roberto, no sentido da observância, no caso, no exercício do juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador público.

Eu gostaria que o Ministro Fux fizesse a leitura, peço excusas, mas como eu não vi por escrito, do terceiro enunciado. Porque, com relação ao primeiro e ao segundo, eu acompanho integralmente a tese, que foi sintetizada, agora, por esta vírgula colocada pelo Ministro Teori à proposta do Ministro Luís Roberto. Eu também entendo que há direito subjetivo, na linha da jurisprudência do Supremo, à nomeação dos candidatos classificados dentro do número de vagas previsto no edital. Agora, diz o Ministro Luis Roberto: "Só há direito subjetivo" - aí a vírgula - ", salvo preterição". E também entendo que a preterição abrange não só a ordem classificatória, como também a hipótese prevista no inciso IV do artigo 37 da Constituição.

Eu me sensibilizo, no caso concreto, eu não teria dificuldade, por exemplo, de dizer: No caso concreto, eu nego provimento ao recurso extraordinário - já digo por quê -, mas acompanho a tese que foi agora sintetizada apenas nesses dois itens. Mas por que digo que me sensibiliza o caso concreto? Porque, tivesse sido observado o número de vagas previstas no edital, não haveria problema nenhum. Mas em que medida vai se avançando e, de repente, no 118º, aí se para, não se quer o 119º. Esta

RE 837311 / PI

é a dificuldade...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Conhecidos os classificados.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Já identificados os classificados. Essa é a dificuldade, este ponto é que me sensibiliza, no caso concreto, e muito.

Pode fazer a leitura para mim, por favor, Ministro Fux? O terceiro item.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Só o terceiro, porque, até o segundo, estamos de acordo.

O direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público, exsurge, excepcionalmente, quando a Administração Pública, mesmo após reconhecer, de forma inequívoca, a necessidade de provimento de vagas, durante a validade do concurso, deixa o referido prazo escoar **in albis** para nomear candidatos de concursos superveniente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Aí, eu peço todas as vênias a Vossa Excelência para ficar com a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto. Seria uma questão de a necessidade, pura e simples, transformaria a expectativa de direito num direito subjetivo. Eu tenho dificuldade com a tese, mas, no caso concreto, eu nego provimento ao recurso extraordinário, fundamento nesta ausência, a meu juízo, de ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Está dando provimento?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu nego provimento ao recurso extraordinário.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mantém as nomeações?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Mantenho. Mantenho porque já estavam identificados. Por que foram até o 118º?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por que foi até o 77º?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Aí é que está! Aí, eu tenho enorme dificuldade no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministra Rosa, por que fixa vinte, o edital, e não vinte e um?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não eram conhecidos ainda, não estavam identificados.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque era o número de vagas abertas, como diz a Ministra Rosa.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas eu estou falando genericamente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, mas não estavam identificados, com a observância de todos os princípios.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas, veja bem, ele nomeou cento e dezoito. Então, nessa tese, se nomeia um a mais do número de classificados, todos os demais têm direito subjetivo à nomeação.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, Ministro Teori, eu

RE 837311 / PI

acompanho a tese do Ministro Luís Roberto, digamos assim, com a "vírgula" de Vossa Excelência. Acompanho a tese, mas acho que, no caso concreto, eu não vou proclamar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Porque, no caso concreto, houve preterição?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É, eu nego provimento ao recurso extraordinário, acho que identificados...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas eu acho que, na verdade - não sei, pode ser que eu tenha lido alguma coisa diferente -, eu acho que, quanto à tese, não houve divergência.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, o item três, sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, o item três é a solução do caso concreto.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, eu não reconheço direito...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É, mas eu entendi que era a tese de Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Por isso é que eu perguntei se era a tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, o item três é a solução do caso concreto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas, no caso concreto, é saber se houve ou não houve preterição. A tese do caso

RE 837311 / PI

concreto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu tive a impressão de avisar Vossa Excelência. Bom, aqui, julgamos a parte objetiva, agora, vamos à parte subjetiva.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência condicionou a convocação de uma mera expectativa num direito subjetivo quando estivessem presentes determinadas condições.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Em direito subjetivo, por atuação regular. É que o acórdão sindicou, que o acórdão acolhe.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Que estavam presentes, exatamente, no acórdão que Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Nós não somos tribunal de apelação reiterada. Aqui não tem que ficar pesquisando que dia começou o concurso, quais foram as pessoas nomeadas e quantos são. Nós temos que partir de uma tese para construirmos a repercussão geral, se não vira um tribunal de apelação reiterada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É, isso. Pois, não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então a tese de Vossa Excelência vai até o item dois, é isso?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É. E na solução do caso concreto...

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim, mas a tese que nós vamos adotar é até o item dois?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Até o item dois.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - E o item três seria a solução do caso concreto?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Bom, assim eu dividi o voto, não é?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu tinha entendido diferente. É bom ficar...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E foi como o tribunal julgou, o tribunal disse o seguinte. Veja o que o tribunal diz. O tribunal assentou, no acórdão, a tese... Eu falei inclusive disso, estou aplicando a tese ao caso concreto e chego à seguinte conclusão. Então o tribunal disse assim:

"A discricionariedade do poder público de nomear candidatos classificados fora do número previsto no edital deixa de existir a partir do momento em que a Administração pratica atos no intuito de preencher as vagas surgidas e demonstra expressamente a sua necessidade de pessoal."

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência está extraindo uma tese do caso concreto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, ele está se referindo à abertura de novo concurso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Julgou o caso

RE 837311 / PI

concreto nesse sentido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Considerado ato objetivo para futura nomeação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Salvo melhor juízo, o Ministro Fux apontou para várias particularidades.

Em primeiro lugar, um concurso aberto quando o anterior ainda estava vigente, ou seja, o prazo ainda estava vigorando do concurso anterior.

Em segundo lugar, Vossa Excelência aludiu ao fato de que a lei complementar que regula a defensoria pública no Estado do Piauí faz alusão a um determinado número de vagas. Na sequência, vem o defensor público-geral do Estado e diz que há um déficit de quarenta vagas. Abre um novo concurso e estabelece, com todas as letras, de que há verba orçamentária para tanto. E deixa de convocar aqueles que foram aprovados no concurso anterior.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Os preteridos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Preteridos. Então, o Ministro Fux, a meu ver, não está simplesmente dizendo que eles têm direito subjetivo em tese porque foi aberto novo concurso. É neste caso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, ele está dizendo que abrir novo concurso, quando há vagas, é preterição. E eu discordo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não só isso. Havendo verba, havendo necessidade, e não havendo justo motivo, porque a Administração não justificou

RE 837311 / PI

adequadamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É. Mas se obriga a Administração a contratar o final da fila.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Aí Vossa Excelência discorda também no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas não precisa justificar. Eu já estou no cento e dezoito, agora, eu quero fazer um concurso novo para recrutar gente mais preparada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Quer dizer, aí ela não agiu, a Administração estaria agindo arbitrariamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Qual é o objeto? Qual é o objeto do concurso, senão selecionar candidatos? E para que classificação, se o objeto é chamar apenas o primeiro colocado?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A classificação é no número das vagas do edital.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu acho só que é uma grande confusão nesse quadro, a partir da abordagem feita pelo ministro Barroso e pelo ministro Teori.

Veja, nós já tivemos, no próprio Supremo Tribunal Federal, um caso em que foram dadas liminares para contratar o pessoal da Receita Federal. Cerca de quinhentos foram acrescidos e tiveram direito a fazer aquela prova especial, só que em ordem diversa, porque eram diferentes aqueles que pediam as liminares, como pode acontecer aqui com as nomeações. Por outro lado, esse direito à nomeação, a partir da indicação

RE 837311 / PI

do Defensor Público Geral, a despeito da Lei Orgânica assim declarar, também tem de ser colocado em dúvida. O ministro Teori apontou. Veja, no quadro em que nós nos encontramos, dizer que há uma dotação orçamentária, quando isso não está livre. Nós vimos, há pouco, o debate aqui.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas fizeram concurso, Ministro Gilmar, não é hipótese, eles fizeram o concurso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Fizeram o concurso, mas havia vinte vagas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas já está sendo feito um novo. O próprio Estado está fazendo um novo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não é problema de dinheiro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tudo bem. Lançaram o edital, mas veja, esse é o outro problema que nós estamos discutindo aqui, que é a questão dessa chamada autonomia administrativa e financeira. O Brasil, daqui a pouco, vai ter que estabelecer relações com essas entidades, que se estão multiplicando, porque elas passam a ter iniciativa autônoma e dizem que orçamento elas têm, quando, na realidade, nós vimos com o debate que travamos no caso do Fundo Penitenciário, em que há o recurso formalmente, mas ele está contingenciado. Então, a rigor, nós temos que colocar tudo. E o ministro Teori mostrou isso muito bem. Eu posso ter até a previsão orçamentária, mas não ter a disponibilidade. Nós estamos lendo como se esses recursos estivessem disponíveis.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, nós vamos acabar entrando na ADI que nem foi julgada ainda. Vamos nos adstringir.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Porque essa questão está colocada. Quando o ministro Lewandowski fala que o Defensor Público-Geral atestou que tinha recursos, isso é insuficiente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E abriu novo concurso...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - No caso concreto, Ministro. Não em tese, como no caso da ação direta.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A lei complementar estabelece um determinado número de vagas. O Defensor Público vem e diz que há falta de vagas, 40 vagas. Abre um novo concurso, dentro do prazo de vigência do concurso anterior, abre efetivamente, diz que há verba orçamentária - e de fato há, porque se não ele não abriria concurso -, e pretere o ingresso daqueles anteriores já aprovados? Para mim, o quadro está bem delineado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas o concurso não foi realizado ainda.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Gasta-se, e não é pouco, para fazer um novo concurso. Então, para que se está gastando?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós, que lidamos com a Administração, sabemos que, muitas vezes, os concursos são abertos com uma outra perspectiva de longo prazo e isso não é sinalização de existência de vagas. Por outro lado, o atestado do Defensor Público não é um atestado inquestionável de que de fato tem recursos. Então, a rigor...

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Apenas para esclarecer, Senhor Presidente, o seguinte. O meu voto, ele é composto de 28 laudas. Da página número 1 até a 23, nós estabelecemos as duas teses em relação às quais há total concordância.

1. O surgimento de novas vagas na abertura do edital para o mesmo cargo, durante o prazo de validade, não gera automaticamente o direito à nomeação.

2. O direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado exsurge nas seguintes hipóteses: quando a aprovação ocorre dentro do número de vagas previstas dentro do edital e quando houver preterição.

Depois, a página 23 começa assim:

Bem delimitadas essas premissas, passo à análise do caso concreto.

Na análise do caso concreto, é que eu faço alusão a essas circunstâncias excepcionais que transmudaram a expectativa em direito subjetivo. Assim está o voto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVACKI - Então, Vossa Excelência, no caso concreto, entendeu que houve a preterição.

Senhor Presidente, eu penso que aqui é bom ficar bem claro. Parece que, quanto às teses, nós estamos concordando. Não há direito subjetivo, salvo em caso de preterição. A questão é saber se, no caso concreto, houve ou não houve preterição. Só isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E a questão da preterição é saber se abrir um novo concurso é preterição.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVACKI - Por isso que eu falei quando da intervenção da Ministra Cármen: o que nós vamos discutir, daqui para frente, é o conceito de preterição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Agora, sob esse

RE 837311 / PI

ângulo, a Ministra Rosa tem outra percepção.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu entendo que abrir um novo concurso não é preterição.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVACKI - A Ministra Cármen entendeu que...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, eu entendi como o Ministro. Por isso que eu disse: não estou falando de preterição, porque, para mim, abrir novo concurso não é preterição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Agora, a Ministra Rosa entendeu que nomear uma quantidade relevante, após o número de vagas, era preterição. O que eu pessoalmente também discordo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, desculpa, mas eu acho que, aí, o problema da Ministra Rosa não é discricionariedade, passa a ser arbítrio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente, nós estamos falando num prazo de quatro anos apenas. Não é aquele prazo da Ministra...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se fosse cinquenta e oito, seria arbítrio?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas aí, qual é o argumento? A Administração tem que ser formal e objetiva.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, só para encerrar o meu voto?

RE 837311 / PI

Então, pedindo todas as vênias aos que entendem de forma contrária...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, o Ministro Teori está certo. Qualquer nomeação além das vagas do edital é arbítrio.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Que seja, opção da Administração ou motivação.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Parabenizo o Ministro Luiz Fux pelo belíssimo voto que trouxe. Acompanho Sua Excelência onde nega provimento ao recurso extraordinário, invoco como fundamento a circunstância, ou seja, o princípio da discricionariedade vinculada ao Direito - foi trazida a lição de Juarez Freitas, o nosso eminente administrativista gaúcho. Também entendo que, aqui, como pode o administrador definir o momento em que ele para de chamar? Tenho dificuldades.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite? Num prazo de quatro anos apenas. É distinto daquele exemplo que Vossa Excelência levantou, aquele caso das 40 mil professoras concursadas, onde se passou muito tempo. Em apenas quatro anos, coarctou-se a validade de um concurso para fazer um novo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Mas só reconheço direito subjetivo público aos candidatos aprovados dentro do número de vagas fixadas no concurso, salvo hipótese de preterição. Concordo com o Ministro Teori que vamos começar a discutir o que é preterição.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, o Tribunal fixou, no RE nº 598.099/MS, da relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, em repercussão geral, que os candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas, têm direito subjetivo à nomeação. Nesta repercussão geral, a tese colocada na ementa da repercussão geral é sobre o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previsto no edital de concurso público, no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame.

Penso que são questões muito difíceis, dadas as casuísticas para estabelecermos teses de repercussão geral. A Administração Pública, muitas vezes, se vê em situações de embaraço fiscal e, portanto, uma das maneiras de tentar se adequar ao tamanho do cobertor é deixar de fazer concursos públicos. Eu fui da Advocacia-Geral da União, ela tem carreiras lá com mais de mil membros. Quando eu estava à frente da AGU, em um concurso público, houve a inscrição de mais de setecentos mil candidatos para um concurso público de âmbito nacional para a Procuradoria Federal. E o que faz geralmente o Ministério do Planejamento? Como deve estar fazendo hoje nessa situação econômica difícil? Ele avalia que há uma necessidade de se fazer o concurso público, existem setecentas vagas abertas, mas eles autorizam um edital com cinquenta ou cem vagas, diante dos limites da arrecadação. E, aí, o Estado, então, faz aquele concurso para o número que está no edital. Já temos uma decisão em repercussão geral no sentido de ser um direito subjetivo do aprovado ser chamado e nomeado.

Há um caso bastante interessante que ocorreu no passado e que chegou às Turmas deste Tribunal que diz respeito à criação de cargos, em 2004, para a Justiça Eleitoral. Então, havia concursos realizados com

RE 837311 / PI

prazo de validade para um número limitado de vagas, e houve exatamente aquilo que está colocado aqui: a sanção de uma lei federal criando mais cargos. Essa lei foi sancionada no início de 2004, e, de imediato, o Tribunal Superior Eleitoral baixou uma resolução administrativa determinando aos tribunais regionais eleitorais que preenchessem as vagas existentes ou, caso não houvesse concurso em andamento, que fizessem o concurso. E por que isso? Porque já havia reiteradas determinações do Tribunal de Contas da União de que era necessário ao Poder Judiciário Eleitoral passar a ter quadro próprio de servidores em todas as zonas eleitorais - até então, os quadros próprios eram só nos tribunais regionais e no Tribunal Superior Eleitoral. E até hoje temos projetos de lei apresentados, porque ainda hoje é insuficiente o número de vagas para a necessidade dos cartórios eleitorais Brasil afora.

No caso específico, foi Relator o Ministro **Cezar Peluso**, no próprio TSE, e depois o caso veio para este Tribunal, onde as Turmas mantiveram a decisão de Peluso no TSE. O que houve? Alguns TRE's, para os quais havia concurso, com prazo de validade em aberto, que estavam expirando em dois ou três meses, a partir da criação das vagas e da resolução do TSE, aguardaram fluir o prazo do concurso. E, no dia imediatamente seguinte, apresentaram um edital, lançaram, publicaram um edital de concurso, com aquela alegação que hoje trouxe à baila o Ministro Luís **Roberto Barroso**: "Ora! Esse concurso foi feito há muito tempo, o número de vagas era bem pequeno, agora surgiu a lei, e vamos aguardar expirar o prazo e fazer um novo concurso, porque recrutaremos pessoas mais atualizadas, mais preparadas para o momento imediato (...)". Todavia, havia pessoas aprovadas, esse é o detalhe; o Estado reconheceu a aprovação dessas pessoas.

E qual foi a determinação do Tribunal Superior Eleitoral, e depois desta Corte? Foi no sentido de que havia preterição sim, e que, tendo surgido as vagas durante o prazo de validade do concurso, mesmo que fora do limite do edital, era dever dos tribunais regionais eleitorais terem preenchido aquelas vagas. Mas, aqui, tem um detalhe que é casuístico, da

RE 837311 / PI

casuística daquele caso. É que havia uma determinação do Tribunal Superior Eleitoral, uma ordem administrativa do Tribunal Superior Eleitoral, que, por sua vez, atendia uma ordem de uma decisão julgada no Tribunal de Contas da União, que era fazer a substituição dos convocados, dos requisitados, que ainda há na Justiça Eleitoral, pelos concursados, para a formação de um quadro próprio para a Justiça especializada eleitoral. Então, determinou-se que deveria haver a nomeação daqueles que estavam aprovados em um concurso pretérito, anterior ao surgimento das vagas, porque houve exatamente uma explícita ordem para o preenchimento dessas vagas.

Nesse sentido, colocando esses precedentes, eu gostaria de trazer aqui algumas decisões que tenho proferido. Eu tenho seguido aquilo que está na repercussão geral, já decidida, da relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**. E assim votei, por exemplo, no AI nº 804.705-AgR, de São Paulo:

"Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Candidato aprovado fora do número de vagas do edital. Preterição não caracterizada.(...)" [Preterição não caracterizada]. (...) Direito subjetivo à nomeação. Inexistência."

A questão que se coloca é a dificuldade... eu quero colocar aos eminente colegas a dificuldade de nós irmos além, numa formulação de tese, daquilo que foi decidido na repercussão geral já formulada anteriormente, que diz especificamente sobre as vagas previstas no edital. Porque se nós tentarmos formular uma tese geral para todas as casuísticas possíveis de preterição, nós não teremos condições de prever todas essas casuísticas, e elas têm que permanecer no âmbito do Judiciário, que decidirá em cada caso concreto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A não ser que sejamos semideuses.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E tenhamos uma capacidade de prever as várias hipóteses de casuísticas.

RE 837311 / PI

Por isso que, em matéria tributária, tenho reiterado, aqui, a dificuldade de votar a favor de formulação de súmula vinculante, bem como em matéria penal, pois as casuísticas nelas são inúmeras, no âmbito do mundo real. O mundo real é muito mais criativo do que a nossa capacidade de imaginação e de previsão. E, em matéria de concurso público, vejam as inúmeras situações que podem ocorrer. Nesse caso que eu citei do Tribunal Superior Eleitoral, havia já, há muitos anos, o TCU cobrando o Poder Judiciário para encaminhar um projeto de lei ao Congresso Nacional. O Judiciário encaminha o projeto de lei ao Congresso. Por sua vez, o Congresso não aprovava, em razão das dificuldades orçamentárias, as carreiras para as zonas eleitorais do Poder Judiciário. E quando aprovou, veio, então, a determinação do TSE de que era para imediata realização de concurso público, ou aproveitamento dos concursos já existentes. Esses tribunais regionais que não aceitaram de imediato aproveitar o concurso já existente, acabaram tendo depois um problema, porque fizeram outro concurso, mas, com a decisão judicial, tiveram que voltar atrás.

São casuísticas. A casuística deste caso impressionou a Ministra Rosa, que proferiu um voto em que, por premissas e razões diversas, aderiu à divergência. Porque aqui, no caso, coloca-se um outra coisa, que é muito perigosa para ficar à discrição da Administração Pública: até quando eu chamo nesse concurso? Paro onde? Quando abro um novo?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Ministro Toffoli, permita-me um aparte?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É precisamente nesse ponto que, na síntese da declaração de voto que apresentei, procurei focalizar que a ideia, a rigor, no meu modo de ver, não é exatamente a existência ou não de direito substitutivo do candidato. O foco é o juízo de

RE 837311 / PI

eficiência, planejamento e oportunidade da Administração. E, se surgem novas vagas, mesmo para os chamados, digamos assim, "excedentários", os candidatos aprovados para além do número de vagas, a Administração precisa e deve justificar, em abrindo um novo edital para um novo concurso, porque não contrata aqueles, e pode ter razões, inclusive, à luz da lei da responsabilidade fiscal.

Portanto, é precisamente, aí, que eu compreendo a conclusão que a Ministra Rosa efetivamente chegou, no sentido de negar provimento ao recurso, porque essa hipótese caracteriza o inadimplemento de um dever que a Administração tinha de justificar porque não contratou. Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu agradeço o aparte de Vossa Excelência, que é muito enriquecedor, mas a conclusão do meu voto, Senhor Presidente, sem querer tomar mais tempo da Corte, é no sentido de dizer que, se houve um novo concurso, havendo concurso aberto, dentro do prazo de validade, e se houve a discricionariedade de se convocar um número de candidatos além do número limite do edital e se se chegou até determinado número de aprovados e se parou essa convocação para se abrir um novo concurso, isso feriu, inclusive, a ideia da impessoalidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim, da eficiência, da economicidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Toffoli, veja o seguinte: quantas vezes aqui estamos sendo minimalistas no tocante à tese fixada na repercussão geral. Então, Vossa Excelência, por exemplo, citou esse caso, que deve ser um caso que ocorre com muita frequência, da Administração ir até um determinado número e parar, sem justificar essa sua discricionariedade.

Isso vem ao encontro do que eu mencionei como hoje uma nova feição da discricionariedade e ao encontro do voto do Ministro Fachin,

RE 837311 / PI

quando afirma que o paradigma hoje é outro: a Administração é que tem que comprovar. Antigamente, a Administração poderia anular seus atos, por conveniência ou oportunidade, não tinha nada sumulado. Hoje a Administração não pode anular seus atos, ela tem que justificar porque o faz. **Mutatis mutandi** é a mesma coisa. Quer dizer, Vossa Excelência está propondo - e é facilmente resumível numa tese de repercussão geral - que, quando ocorrerem casos que incidam nessa hipótese específica de nomeação aleatória de um número de candidatos, a Administração não pode abrir um novo concurso antes de esgotar o número antecedente dos aprovados sob pena de preterição. Isso é uma manifestação inequívoca de preterição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Então, neste caso concreto, fica claro - e agora mais uma vez reiterado pelo Relator - que houve uma preterição. Houve preterição porque houve discricionariedade na escolha de até onde se chamaria com base no concurso "a" para se abrir um concurso "b", havendo aprovados no concurso anterior.

Por isso acompanho o Relator, neste caso concreto, negando provimento ao recurso.

Não avançaria fixando tese nenhuma além daquela já fixada no precedente da relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, ou seja, o direito subjetivo é apenas e tão somente dos aprovados dentro do número limite de vagas previsto previamente no edital e ponto. Então, reafirmaríamos essa tese no sentido de que o direito subjetivo é até o limite dos aprovados, mas, neste caso concreto, nega-se provimento porque houve uma preterição, mas não se fala de tese sobre a questão da preterição.

Assim concluiria meu voto, Senhor Presidente.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, não sei se Vossa Excelência se recorda que, quando terminei o meu voto, disse: vou parar aqui na negativa de provimento para que, depois, então, se possa debater qual a tese que vai ser firmada.

De sorte que se o Colegiado... A maneira mais simples de conviver com o Colegiado é aceitar as adversidades, pois isso faz parte da nossa profissão - da minha de há muito. Eu concordaria perfeitamente com as duas teses já fixadas: uma reafirmando e a outra, que é sumulada...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Talvez tenhamos *quorum*. Vamos verificar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não tem problema. Resolvendo o caso concreto. Não tenho vaidade nenhuma de querer impor meu ponto de vista.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, em primeiro lugar, ponho-me em concordância com o que até aqui está assentado - acho que por todos - no sentido de que o direito público subjetivo do candidato é até o número de vagas, com a ressalva de que não pode haver alteração da ordem de classificação.

Considero que a abertura de novo concurso pode, sim, como neste caso, ser considerada como a objetivação da Administração de ter havido a necessidade, e a "decisão da Administração Pública" - não do Judiciário, nos seguintes termos: "ao se ter, no acórdão recorrido, expressamente, que a discricionariedade do Poder Público de nomear candidatos classificados fora do número previsto no edital deixa de existir a partir do momento em que a Administração pratica atos no intuito de preencher as vagas surgidas e demonstra a sua necessidade de pessoal". Isso foi o que Vossa Excelência, Presidente, expressamente também afirmou, de acordo com dados que o próprio defensor apresentou.

Portanto, neste caso, se tem, primeiro, que a decisão de prover esses cargos foi administrativa; que as pessoas fizeram o concurso e, mesmo não tendo sido aprovado naquele número de vagas, continuou-se a chamar, o que gerou expectativa. Não sou a favor da expectativa de direito mas, neste caso, gerou-se legítimo interesse, afirmado agora com base jurídica e administrativa, no sentido de que seriam chamados. Acho que, quando a Administração Pública passa a chamar sem objetivar qual é o número e qual é o limite, isso deixou de ser discricionário e passou a ser arbítrio, porque ela para onde quiser.

Talvez Vossa Excelência e outros Ministros se lembrem que, em 2006, julgamos mandado de segurança, que ainda era de competência do Plenário, de uma procuradora que, nos últimos momentos da sua possível nomeação, também de um concurso prorrogado, deixou de ser nomeada e abriu-se um outro concurso. O Plenário chegou à conclusão

RE 837311 / PI

que foi aberto novo concurso porque a Administração tinha entendido que ela não tinha condições de ser chamada. E essa forma de proceder foi considerada, por este Tribunal, por uma série de fatos retirados do processo, como uma odiosa perseguição contra ela.

Ou seja, quando se tem um número de vagas previsto no concurso, e se fica nele, pode até - como assentado na jurisprudência deste Supremo e na jurisprudência brasileira em geral - a Administração Pública abrir um concurso, e, depois, mesmo no número vagas, não nomear pela superveniência de uma situação devidamente objetivada. É o caso, por exemplo, de vagas de professores para o 2º grau, que antes eram do Estado, o Estado fez um concurso, sobreveio uma Emenda Constitucional, a nº 14, e passou para o Município. Ora, você fez o concurso, mas não tem mais como nomear, essas vagas deixaram de existir, esses cargos deixaram de ser da competência do Estado. Portanto, aquele concurso foi simplesmente desconsiderado; e isto é legítimo. Ninguém pode alegar ter interesse pessoal acima do interesse público. Entretanto, se a pessoa fez o concurso, e resolve-se nomeá-la, como neste caso, houve a objetivação, formal, pela Administração Pública, de que havia necessidade de pessoal e de que havia cargos vagos.

Eu, portanto, Presidente, estou acompanhando o Relator na tese já assentada na jurisprudência quanto ao direito subjetivo público, à nomeação no número de candidatos, ressalvada à Administração Pública a possibilidade de não nomear, de forma legítima, pela superveniência de algum motivo previsto em lei.

Não vou acolher inteiramente alguns dos fundamentos do Ministro Fux e mesmo do Ministro Fachin, com todas as vênias, o que não altera em nada a negativa de provimento. É que alguns elementos do ato administrativo são discricionários, mas - dizia o grande Seabra - alguns elementos são sempre vinculados. Por exemplo, a forma, a finalidade e a legalidade são sempre elementos vinculados do ato administrativo; o momento e a conveniência é que podem ser vinculados ou discricionários. E, neste caso, deixou de ser, a meu sentir, no momento em que o Estado do Piauí decidiu que haveria nomeação e para isso abriu

RE 837311 / PI

novas vagas.

Eu farei juntada de voto, Presidente, mas estou acompanhando a conclusão do Ministro Fux para negar provimento ao recurso do Estado do Piauí.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

V O T O**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Põe-se em foco no presente recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, se os candidatos aprovados fora do número de vagas previamente estabelecidas no edital do concurso público titularizam direito subjetivo à nomeação para vagas existentes e que venham a surgir no decorrer da validade do certame.

Na espécie vertente, o Tribunal de Justiça do Piauí concedeu a ordem de segurança pleiteada por candidatos aprovados no concurso público para o ingresso no cargo de Defensor Público Estadual, ao fundamento de que as vagas surgidas no prazo de validade do certame haveriam de ser preenchidas por candidatos já habilitados em concurso público, especialmente quando objetivado pela Administração seu interesse em supri-las, e não oferecidas em novo certame. A decisão recorrida está assim sintetizada:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS CLASSIFICADOS FORA DO NÚMERO ESTABELECIDO NO EDITAL. ANÚNCIO DE NOVO CONCURSO DURANTE A VIGÊNCIA DO ANTERIOR. DEMONSTRADA PELA ADMINISTRAÇÃO A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. DISCRICIONARIEDADE. INEXISTÊNCIA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECONHECIMENTO. CONVERSÃO DA EXPECTATIVA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS IMPETRANTES. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME. 1. A discricionariedade do Poder Público de nomear candidatos classificados fora do número previsto no edital, deixa de existir a partir do momento em que a Administração pratica atos no intuito de preencher as vagas surgidas

RE 837311 / PI

e demonstra expressa a sua necessidade de pessoal. 2. Não é lícito à Administração, dentro do prazo de validade do concurso público, nomear candidatos classificados além do número inicialmente previsto no edital em detrimento de outros em igual situação. 3. No momento em que a Administração expressamente manifesta a intenção de fazer novas contratações por necessidade de Defensor Público em todo o Estado do Piauí; anuncia a realização de novo concurso dentro do prazo de validade do certame anterior e nomeia candidatos aprovados fora da ordem classificatória e do limite de vagas inicialmente ofertadas no edital, o ato de nomeação dos impetrantes deixa de ser discricionário para tornar-se vinculado, convertendo-se a mera expectativa em direito líquido e certo. Precedentes. 4. Ordem concedida, unânime" (grifos nossos).

No presente recurso, o Piauí sustenta contrariedade aos arts. 2º, 5º, inc. LV, 37, incs. III e IV, da Constituição da República.

O Ministro Luiz Fux, Relator, destaca a necessidade de se solucionar aparente contradição interna, unificando o entendimento deste Supremo Tribunal sobre a matéria em foco, encaminhando voto no sentido do provimento do presente recurso extraordinário.

A controvérsia que envolve a matéria dispõe de inegável relevância jurídica e transcende os interesses individuais das partes que compõem a lide, a justificar a atuação deste Supremo Tribunal.

A doutrina e a jurisprudência pátria têm se ocupado, há muito, do exame da questão atinente à existência, ou não, de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público.

Predominou, antes, o entendimento de que a aprovação em concurso público asseguraria aos candidatos habilitados tão somente expectativa de direito à nomeação, pois ao administrador público seria conferida a prerrogativa de decidir sobre a conveniência e a oportunidade da nomeação. Essa justa expectativa somente se converteria em direito a

RE 837311 / PI

reclamar tutela judicial quando o candidato aprovado em concurso público visse frustrada sua chance de nomeação pela prática de ato ilegítimo da Administração, a exemplo da contratação precária e irregular de agente público para o exercício das atribuições próprias de cargo efetivo e do desrespeito à ordem de classificação final do concurso.

Esse o entendimento assentado na Súmula n. 15 do Supremo Tribunal Federal: *“Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”*.

A orientação sobre a matéria tem avançado nos últimos anos, tendo a jurisprudência se consolidado no sentido de que a aprovação no número de vagas gera direito subjetivo à nomeação, independente da demonstração de eventual desrespeito à ordem classificatória. O quantitativo de cargos oferecidos no edital de abertura de concurso público assumiu destaque, pois sua indicação passou a ser interpretada como manifestação inequívoca do interesse público no preenchimento das vagas existentes, do que decorreria o compromisso da Administração em provê-las.

Há sete anos, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 227.480, Relator o Ministro Menezes Direito, no qual se colocava a questão atinente à definição da situação jurídica daqueles que, aprovados em concursos públicos com prazo de validade não expirado, tinham sua nomeação recusada pela Administração Pública sob o argumento de exercício de discricionariedade, instaurei divergência que conduziu ao seguinte julgado:

“EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E

RE 837311 / PI

EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento" (RE 227480, de minha redatora para o acórdão, Primeira Turma, DJe 21.8.2009).

Assinalei naquela assentada não reconhecer direito adquirido à nomeação, tampouco sua qualificação como direito líquido e certo linearmente considerado, mas direito subjetivo titularizado por todos os candidatos que se submeteram a uma concorrência pública e obtiveram o mérito da aprovação. Esse direito somente poderá se ver inobservado pela Administração Pública em casos excepcionais, devidamente motivados, para permitir o exame judicial da validade e adequação da medida, superando-se, assim, o antigo discurso da absoluta discricionariedade do Administrador.

Essa orientação paradigmática, ainda embrionária, vicejou neste Supremo Tribunal e, passados três anos, no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 598.099, Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Plenário assentou:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS

RE 837311 / PI

NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança . Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. 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 excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas , devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas

RE 837311 / PI

situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) *Superveniência* : os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) *Imprevisibilidade*: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) *Gravidade*: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) *Necessidade* : a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio.

RE 837311 / PI

Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO” (DJe 3.10.2011).

No presente recurso, retoma-se o exame da mesma questão, agora sob ótica mais abrangente que a instaurada no julgamento daquele precedente de repercussão geral: o direito subjetivo à nomeação por candidato aprovado fora do número de vagas estabelecidas no edital. Examina-se, portanto, se os cargos vagos no período de validade do concurso público devem, ou não, ser disponibilizados aos candidatos que, aprovados, compõem o cadastro de reserva.

Deve-se anotar que a mudança de compreensão sobre o direito à nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos repercutiu na conduta dos administradores públicos.

A reação mais visível à mitigação do conceito de discricionariedade administrativa foi, no entanto, a de omitir o número de cargos vagos a serem ofertados em editais de concursos públicos posteriores, os apregoados “*concursos para formação de cadastro de reserva*”.

Optou, pois, a Administração Pública por recusar-se a declinar o número de cargos vagos existentes, aos quais destinado o certame, evitando, com isso, externar decisivamente seu interesse no preenchimento desses postos e frustrar o controle judicial sobre seus atos. Numerosos são exemplos de órgãos da Administração Pública que, desfalcados de significativo contingente de servidores ou prevendo a ampliação substancial de seu quadro, lançam editais de concurso prevendo apenas a criação de cadastro de reserva e, em seguida à homologação do concurso, nomeiam dezenas de novos servidores.

A despeito da aparente legitimidade da medida, tanto parece

RE 837311 / PI

retratar tentativa de burla à orientação jurisprudencial que vem se consolidando sobre a matéria, notadamente sobre a boa-fé de que devem estar imbuídos os atos da Administração Pública e a segurança jurídica deles esperada, a saber a previsibilidade e proteção da confiança que devem pautar sua relação com os administrados. Não se pode, ao meu ver, restabelecer o arbítrio e a abusividade que permeavam a atuação administrativa aparentemente legitimada pelo atributo da discricionariedade, já há muito superado.

Rememoro lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim distinguiu discricionariedade de arbitrariedade:

“Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente, o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente, o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever) cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total” (Mello, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 412).

E concluiu:

“Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso, a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realiza superiormente o interesse público almejado pela lei aplicando. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir ao seu talante, mas para decidir-se do

RE 837311 / PI

modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo”
(p. 416).

Como assinalado, a objetivação do número de cargos vagos no edital de convocação do concurso público passou a vincular a Administração Pública, que assumiu o compromisso de prover as vagas oferecidas à sociedade. Esse compromisso trouxe consequências incidentes na esfera jurídica do administrado-candidato, livrando-o de eventuais abusos antes experimentados, pois erigido à condição de titular do direito subjetivo à nomeação no prazo de validade do concurso. O exercício desse direito está ressalvado apenas pela possibilidade de a Administração Pública justificar, de forma clara e precisa, atendendo aos preceitos da razoabilidade e moralidade administrativas, as razões pelas quais, excepcionalmente, não pode efetivar as nomeações.

Parece-me que o caso dos autos guarda identidade parcial com o dos candidatos aprovados no número de vagas inicialmente previstas no edital, pois a razão do reconhecimento do direito subjetivo daqueles é precisamente o interesse da Administração em completar seus quadros e, com isso, prestar os serviços públicos que lhe são incumbidos. A distinção reside, apenas, no momento da oferta ou surgimento da vaga, pelo que a solução para o caso parece-me dever ser a mesma.

O caso concreto

No caso examinado, o Piauí deixou de nomear candidatos aprovados no concurso para o ingresso no cargo de Defensor Público Estadual, cujo prazo de validade não havia exaurido, e, em seguida, manifestou interesse na instauração de novo certame. Essa conduta omissiva e injustificada permitiu que cargos vagos deixassem de ser providos por candidatos habilitados em concurso vigente e que a população local ficasse desassistida por esse serviço essencial. Por desbordar das balizas de razoabilidade e moralidade administrativa, a prática da Administração piauiense foi corrigida pelo Tribunal *a quo*, cuja

RE 837311 / PI

decisão está em compasso com o entendimento deste Supremo Tribunal.

Ao examinar o dever da Administração de nomear os candidatos aprovados para as vagas disponíveis durante a vigência do concurso público, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 192.568/PI, Relator o Ministro Marco Aurélio, decidiu:

"CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência.

CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. "... Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade do período de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias" (DJ 13.9.1996).

Esse o entendimento que ressoa na doutrina. Recorro, novamente, a Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período (art. 37, III), isto é, por tempo igual ao que lhes haja sido originariamente consignado (art. 37, IV). No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação

RE 837311 / PI

sobre novos concursados (art. 37, IV). Como consequência desta prioridade, a administração só com eles poderá preencher as vagas existentes dentro de seu período de validade, quer já existissem da abertura do certame, quer ocorridas depois. É certo, outrossim, que não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir sobre o comando de tal regra, nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isto seria um desvio de poder. Com efeito, se fosse possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma “letra morta”.

Na legislação federal, por força do art. 12, § 2º, da Lei n. 8112 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, suas autarquias e fundações federais), “não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado” (Mello, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 48).

Assim, pelo exposto, tenho que a manifestação de vontade do Poder Público no sentido de preencher determinado número de vagas torna esse ato vinculado, assegurando também aos candidatos aprovados fora do número de vagas do edital o direito subjetivo à nomeação. Apenas a existência de justificativa objetiva, a demonstrar a alteração do contexto fático, social, administrativo, político, econômico ou legal ocorrido após a abertura do edital poderia legitimar a conduta da Administração em omitir-se em nomear os candidatos aprovados além do número de vagas inicialmente ofertadas no edital.

Tanto não equivale a dizer que as vagas surgidas no decorrer da validade do concurso, seja por vacâncias, reestruturações administrativas ou ampliações do quadro de servidores, assegurem imediatamente o direito à nomeação daqueles que integrem os cadastros de reserva. Diz-se, apenas, que, havendo cargos vagos, concurso válido e candidatos passíveis de aproveitamento, a Administração deverá declinar circunstâncias e fundamentos jurídicos socialmente legítimos que a impeçam de provê-los, desde que instada a fazê-lo por algum dos

RE 837311 / PI

candidatos aprovados que aguardam nomeação. Busca-se, com isso, aprimorar o entendimento já consolidado a respeito do tema, desincentivando práticas administrativas abusivas e arbitrárias, lesivas ao interesse público e aos interesses dos candidatos habilitados, submetendo-as ao exame judicial.

Pelo exposto, voto no sentido de assentar a tese segundo a qual os candidatos aprovados além do número de vagas inicialmente previstas no edital de convocação titularizam direito subjetivo à nomeação para as vagas surgidas no período de validade do certame, o que somente pode ser indevido por motivação suficiente da Administração e nas hipóteses excepcionais que atendam às características enunciadas por este Supremo Tribunal no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 598.099.

Quanto ao mérito do recurso extraordinário que veiculou a tese aqui assentada, encaminho voto no sentido de negar-lhe provimento.

14/10/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ****V O T O**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, só para relembrar, quando nós discutimos o RE nº 598.099, também aventamos a possibilidade de situações excepcionais, necessidade de motivação, controle pelo Judiciário e até se explicitou:

"III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. 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 excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para

RE 837311 / PI

lidar com a situação excepcional e imprevisível."

Então, isso já estava, inclusive, na hipótese de estarmos a discutir apenas as vagas do edital.

Aqui, o que houve, e me parece que coloca o embaraço que muitos têm apontado, é a nomeação de excedentes, além das vagas, até que a Administração lançou um novo edital. E aí então se coloca qual é o limite dessa discricionariedade, sem que tenha havido qualquer nomeação, ou mesmo efetivação desse concurso.

Isso, certamente, se nós fôssemos aconselhar, a Administração não poderia tê-lo feito. Mas a regra que dimana do artigo 37, IV, diz o seguinte:

"IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;"

Essa hipótese não se colocou no desenho que se fez, porque, se se lançou um edital, não houve a conclusão do concurso sequer. A hipótese que se colocaria era de eventualmente ter-se o direito, e aí estaria configurada a preterição. Entendo, portanto, que é de todo compreensível a argumentação de que a Administração não deveria ter lançado o edital de um novo concurso enquanto pendente o prazo de validade do antigo, sobretudo se dos 30 ela já havia nomeado 118, um por ordem judicial.

A mim me parece que o fundamento positivo do inciso IV do artigo 37 não está presente. Também, não me impressiona, já disse, na linha do que agora sustentou o ministro Teori, esse argumento, até porque me parece que isso vai ocorrer com maior frequência diante desses modelos de autonomias que nós geramos, a hipótese de se dizer que tem dotação

RE 837311 / PI

orçamentária, mas isso talvez faça parte de uma ficção. O quadro - ouvia o voto do ministro Barroso hoje - é de redução significativa da receita, sobretudo dos estados e municípios. Fala-se num decurso de 20 ou 30%. Portanto, isso está afetando todos os poderes. Afeta o repasse do FPE e do FPM, e afeta a receita dos estados. De modo que essa situação é evidente e impacta, veja, sobretudo, contratações de longo curso, porque são contratações de concursos de servidores que vão continuar na Administração.

E o 169 - o ministro Teori já leu - coloca isso de maneira clara, ao já reivindicar a disciplina da Lei de Responsabilidade Fiscal, e diz:

"I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, (...)."

E ainda diz:

"§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites."

Em suma, começa a tomar essas medidas, que já vão além do prudencial.

De modo que a mim não me parece realmente satisfeito o requisito do inciso IV do artigo 37. Então, pedindo todas as vênias ao ministro Fux e àqueles que se manifestaram em sentido contrário, vou-me encaminhar no sentido do voto do ministro Barroso e do ministro Teori. E, claro, acho extremamente prudente aquilo que agora foi referido pelo ministro

RE 837311 / PI

Toffoli quanto à necessidade, até pela dificuldade que se mostra, de nós construirmos uma tese, tendo em vista a casuística, que é muito dispersa.

Eu me lembrava desse episódio da Receita Federal, em que auditores fiscais foram nomeados a partir de decisões tomadas por juízes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Auditores do trabalho.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Também, sim. Então, eles recebiam a liminar para fazer a prova.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A segunda etapa do concurso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A segunda etapa, que se realizava na Escola. E alguns estavam em posições muito avançadas em relação àqueles que não entraram na Justiça, portanto, essa chamada preterição decorria do acesso à Justiça, gerando uma confusão geral.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - A questão da tese. Eu penso que a tese que o Ministro Fux sugeriu no item dois, que é também a tese do Ministro Barroso, pode ser aprovada na medida em que ela nada mais é do que a tese do RE anterior **a contrario sensu**. O que se diz lá é que tem direito subjetivo dentro do número de vagas. O que o Ministro Fux está dizendo é que não tem direito subjetivo fora do número de vagas, salvo em caso de preterição. A discussão que vai haver é quanto ao conceito de preterição. Mas essa tese, - de que não há direito subjetivo à nomeação, salvo em caso de preterição -, que é a tese proposta, penso que essa é possível de ser aprovada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu estou de acordo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Evidente.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ela é a anterior **a contrario sensu**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Está tudo bem. Mas veja a confusão que se arma quando nós começamos a discutir qual é o conceito de preterição. O ministro Toffoli diz: Vencido o prazo, no dia seguinte abre-se um novo edital. Aí se diz: Ah, mas então isso se deu com má-fé, porque ainda havia remanescentes do concurso. Começamos então todo o debate, às vezes, por determinações as mais diversas. O ministro Toffoli diz que fez um concurso na AGU para setecentos, mas, dada a necessidade do serviço e a existência de recurso, chegou a mil e poucos. Isso acontece, por exemplo, em setores sanitários, contratação de fiscais sanitários, em determinado momento de crise, o pacto que o país faz no exterior para exportação e tudo mais e se diz: Então, vamos ter as vagas

RE 837311 / PI

ampliadas.

Em suma, a casuística é tão diferenciada e esse é meu temor aqui, porque, de fato, de trinta nós chegamos a cento e dezoito, portanto, mais de três vezes, quase quatro vezes o prometido e, praticamente, não há limites.

Por outro lado, também, nós devemos ficar atentos a essa afirmação de que há recursos, há dotação orçamentária, a partir desses órgãos dotados de autonomia, porque, a rigor, esses recursos podem estar congelados, poderiam estar inicialmente garantidos no orçamento, mas agora estarem passando por contingenciamento.

De modo que vou pedir vênias e acompanhar a divergência, até mesmo para deixar uma advertência no sentido de que precisamos de continuar a meditar sobre a questão.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não farei suspense ao dar o sexto voto no sentido do desprovimento do recurso.

Mas não posso, ante um dever de ofício, deixar de reiterar o que venho lançando nas últimas sessões. Preocupa-me muito – e apenas sob o ângulo da entrega da prestação jurisdicional, considerados os representantes processuais que acorrem ao Supremo para aguardar julgamento, considerada a pauta – o fato de nós gastarmos uma sessão inteira com uma única questão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sem intervalo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, sem intervalo, com um único conflito de interesses.

Devo lembrar – e permita-me tomar a cola o ministro Luís Roberto Barroso – que há um resíduo de 320 recursos extraordinários, represando milhares de processos na origem, com repercussão geral admitida. Se formos nesse andar da carruagem, sem conciliar celeridade e conteúdo, levaremos mais de dez anos para julgar esses recursos extraordinários.

Presidente, apenas duas palavras sobre a matéria, porque exteriorizei o convencimento a respeito da matéria desde o início dos debates: o concurso público visa selecionar, guardado o sigilo, ou seja, a identificação dos candidatos. E pode haver uma nota de corte, considerados candidatos e fases, as provas do concurso público. Há a classificação, tomada na proclamação do resultado do concurso, ou seja, proclamam-se os candidatos aprovados.

Dir-se-á que a Administração Pública tem um direito absoluto – o alusivo à discricionariedade. Afastados os dois predicados mencionados pela ministra Cármen Lúcia – conveniência e oportunidade –, a discricionariedade, sob pena de passar-se para o campo fascista, não pode

RE 837311 / PI

ser tida como um direito absoluto.

O que houve no caso concreto? Deu-se a publicação de edital prevendo que o concurso visava o preenchimento de trinta vagas de defensor público – e creio que o Brasil precisa muito fortalecer as defensorias públicas, ante a assistência jurídica e judiciária aos menos afortunados. Mas o próprio Estado, a própria Administração, desconhecendo essas balizas objetivas – as trinta vagas –, chegou a nomear, pelo que compreendi, mediante leitura do acórdão que tenho na bancada, o 113º candidato aprovado, ou seja, ela própria não observou a limitação constante do edital.

Fez mais, Presidente, e nisso vejo a preterição, considerado o disposto no inciso IV do artigo 37 da Carta Federal, sob pena de consagrar-se o drible e retirar-se a concretude maior desse preceito: ainda válido o concurso – e houve a impetração antes do término de validade –, abriu um outro certame, inobservando a essência, a eficácia maior do preceito constitucional.

Presidente, não colo ao que se contém no inciso IV do citado artigo 37, para chegar à preterição, a necessidade de nomear-se candidatos do segundo concurso. Para mim, havendo vagas, a abertura de um segundo concurso encerra, por si só, a preterição daqueles que, mediante proclamação do resultado do certame anterior, foram tidos como aprovados.

Desprovejo o recurso. Também adoto a colocação do ministro Dias Toffoli – sem elucubrar –, porque, como digo, já é difícil julgar, e gastamos uma tarde inteira nisso, o caso concreto; imaginem, então, resolver – e de bem intencionados o Brasil está cheio – todas as controvérsias que possam surgir em termos do instituto jurídico que é o concurso público.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço **vênia**, para, acompanhando o eminente Relator, **negar** provimento ao recurso extraordinário **interposto** pelo Estado do Piauí.

Também acolho a tese formulada no sentido de que o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no respectivo edital tem direito público subjetivo à nomeação, desde que ainda não exaurido o prazo de validade do certame e uma vez configurada a hipótese de preterição resultante de não nomeação imotivada, assim reconhecida pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

É o meu voto.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu observei atentamente o voto do Ministro Relator e verifiquei, com muito interesse, que Sua Excelência, logo no início, traçou uma evolução do Direito Administrativo, mostrando que atualmente a discricionariedade da Administração Pública não se limita mais apenas ao exame dos critérios de oportunidade e conveniência. Hoje, a Administração Pública, especialmente quando se trata de concursos e de licitações, ela está jungida àquilo que a Ministra Rosa apontou a uma "discricionariedade qualificada". Qualificada pelo quê? Dentro outros critérios, pelos princípios constantes da Constituição Federal, especialmente aqueles do *caput* do artigo 37 e do artigo 70. Quais são eles? O Princípio da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade, da Eficiência, Legitimidade, Economicidade, etc.

Um pouco na linha do que disse o eminente Ministro Edson Fachin, a Administração tem o dever de justificar os seus atos quando ela exerce a sua discricionariedade, ela precisa se fundar em algum princípio, deixar claro porque ela rompe com uma decisão anterior para tomar uma direção inteiramente nova.

No caso, o Ministro Fux mostrou, com base no acórdão, primeiro: que a lei complementar que rege a Defensoria Pública estabelece o número de vagas para aquela primeira classe de defensores. Em seguida, Sua Excelência demonstrou que esse número não foi preenchido e que o defensor geral, numa manifestação que saiu publicada no jornal e que foi juntada aos autos, ele clama pelo preenchimento de novas vagas. Muito bem, isso faz parte dos autos. Ato subsequente, ele convoca um novo concurso, dentro do prazo de validade do concurso anterior, que se encerraria no dia 24 de março de 2008, havendo ainda candidatos aprovados. Então, parece-me, aí, *data venia*, que está clara a incidência do

RE 837311 / PI

artigo 37, IV, da Constituição Federal, como Vossa Excelência demonstrou, e também o Ministro Marco Aurélio.

Não bastasse isso, eu tenho um precedente, mas não um precedente que eu tirei exclusivamente de minhas reflexões íntimas, mas baseei-me em precedentes. Trata-se do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 790.897, do Rio de Janeiro, em que, dentre outras conclusões, eu assentei o seguinte: o Plenário desta Corte, no Recurso Extraordinário já mencionado inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes e de sua relatoria, de número 598.099, de Minas Gerais, firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. Está fora de qualquer dúvida, quer dizer, dentro do prazo de validade, havendo vagas e tendo sido aprovado o candidato, ele tem direito subjetivo à nomeação.

Mas eu acrescentei, com base em precedentes, a seguinte conclusão:

"Outrossim, o direito à nomeação, tal como reconhecido pelo Tribunal de origem, também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital na hipótese em que surgirem novas vagas no prazo de validade do concurso".

E citei precedentes. Quais são esses precedentes? O precedente mais importante é um da Ministra Cármen Lúcia. A Ministra apresentou esse precedente, aprovado à unanimidade, no RE 227.480, do Rio de Janeiro, em que Sua Excelência, diz o seguinte:

"Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso".

Vossa Excelência afirmou isso com todas as letras e disse mais. Qual o fundamento dessa conclusão de Vossa Excelência? É o seguinte:

"A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário".

Na linha do que disse agora o nosso decano, sem malferimento do

RE 837311 / PI

princípio da separação dos Poderes, que está abrigado no artigo 2º da nossa Carta Magna.

E não é só esse precedente, há vários outros. No mesmo sentido, eu mencionava as decisões no Agravo de Instrumento 820.065, de Goiás, de relatoria da Ministra Rosa Weber; o RE 733.029, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 649.049 e no RE 708.658, de relatoria do Ministro Fux, portanto Sua Excelência continua mantendo a coerência; e, finalmente, no Agravo de Instrumento 776.070, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes.

Então, tendo em conta essas considerações, eu peço vênua à divergência para acompanhar às inteiras o eminente Ministro Luiz Fux nas suas conclusões, negando também provimento a este Recurso Extraordinário.

14/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, Vossa Excelência entende, uma vez negado provimento, que seria o caso de tentarmos estabelecer uma tese ou, dadas as particularidades do caso, nós deixaríamos isso de lado?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Vamos ficar com as duas teses já fixadas?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quais são, Ministro?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - As duas teses já fixadas - tenho a impressão de que há um consenso: o surgimento de novas vagas ou abertura de novo edital para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do concurso, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital. Isso, primeiro.

Segundo, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1º) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas - o recurso ordinário que já tivemos; 2º) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação no concurso; e o 3º, na verdade, eu deixei como conclusão do voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Disse que, na minha óptica, é cláusula ínsita ao edital que, surgindo, no prazo de validade do

RE 837311 / PI

concurso, vagas além das anunciadas, tem-se o direito subjetivo à nomeação. Para ficar coerente com o que sustentei, deixo de sufragar a primeira tese.

Quanto à segunda, endosso o que colocado pelo ministro Dias Toffoli. O caso concreto tem peculiaridades – perdoe-me Vossa Excelência utilizar um vocábulo muito à feição dos cariocas –, porque, em última análise, o que houve na Administração Pública do Piauí foi uma verdadeira lambança quanto à nomeação dos defensores. O lançamento de uma tese a ser seguida no âmbito do Judiciário considerada a repercussão geral.

Por isso, voto contra as duas teses anunciadas pelo Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu apenas queria inferir o seguinte: a primeira tese já foi fixada numa repercussão geral. A segunda é súmula.

Eu só deixei de fixar tese para o caso concreto, que seria essa afirmada agora, pelo Ministro Marco Aurélio e por Vossa Excelência, na leitura do voto da Ministra Cármen, ou seja, que a abertura de concurso, durante o prazo de validade de concurso anterior, implica necessariamente em preterição.

Pode votar essa tese, enfim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Uma tese, que é aquela que já foi consagrada no RE de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, é a de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso público. Acho que nós não precisamos reafirmar essa tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O que talvez pudéssemos reafirmar, se for o caso, mas

RE 837311 / PI

não creio que haja unanimidade, é a segunda tese, que vem reafirmada em vários precedentes, que é a seguinte: O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital na hipótese em que surgirem novas vagas no prazo de validade do concurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que não, acho que não há consenso quanto a isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu acho que isso não foi o objeto da discussão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bem, eu estou só consultando.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu achei a melhor - embora substantivamente coincidente com a do Ministro Fux - sugestão de texto, se o Ministro Fux me permitir, a que foi feita pelo Ministro Teori Zavascki, que era basicamente dizer que não existe direito subjetivo à nomeação fora das vagas do edital, salvo preterição. Acho que é enxuta, corresponde ao voto de Ministro Fux e acho que fica mais clara.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, se me permite a sugestão e se o eminente Relator eventualmente também aquiescesse, eu acredito que o caso concreto foi, por maioria, adequadamente solvido e a matéria ainda comporta um conjunto de circunstâncias e observações que poderia mais adiante ser objeto de uma tese em que se desbastassem todas essas eventuais vicissitudes e que chegássemos a um consenso ou uma unanimidade. Então, se o Relator aquiescesse, creio que poderíamos seguir a sugestão do Ministro Dias Toffoli e quedar-mo-nos por aqui.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu penso

RE 837311 / PI

que há uma exigência legal de que exista uma súmula em repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Barroso, eu aderiria à tese de Vossa Excelência, à tese da repercussão geral, quer dizer, "salvo preterição ou deficiência na motivação", porque esta é a essência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E sem definir o que se entende como preterição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É, sem definir. Estou de acordo também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É a tese do Ministro Teori.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A maioria entendeu que, no caso, houve uma preterição. A maioria entendeu.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E houve também uma deficiência na motivação, na verdade. Para não dizer uma coisa mais grave.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adiro à colocação do ministro Luís Roberto Barroso quanto a essa tese.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Com o acréscimo proposto por Vossa Excelência, estou de acordo, Senhor Presidente: ou deficiência de motivação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ou deficiência de motivação.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então ficaria: O candidato aprovado em concurso público, fora do número de vagas do edital, não tem direito subjetivo à nomeação caso surjam novas vagas ao longo do certame, salvo caso de preterição ou deficiência da motivação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ante a proposta, volto à tecla inicial. Não adoto qualquer tese.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Então, por maioria, adotaram essa tese.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, acho que a tese de dizer que "não há direito subjetivo a quem foi classificado fora do número de vagas" nada mais reafirma do que a tese já aprovada, de que o direito subjetivo é de quem está dentro do número de vagas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, não se tem tese nova, e por isso não há como se extrair daí uma nova.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - E, aí, poderia colocar "salvo preterição".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A problemática está no advérbio de negação; o advérbio "não" – "Não há direito subjetivo" –, quando acabamos de proclamar a existência, no caso concreto, de direito subjetivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas se dissemos "há direito subjetivo, no caso de preterição ou na deficiência de motivação"?

RE 837311 / PI

O nosso eminente Subprocurador-Geral da República trouxe uma contribuição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Presidente, é apenas uma observação. O que foi afetado à repercussão foi o seguinte: "Servidor Público. Concurso Público. Nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital. Surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame".

Então, se a Corte chegasse a uma conclusão objetiva e jurídica no sentido de que "no surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame, não podem ser nomeados novos candidatos, com preterição dos candidatos remanescentes", seria possível estabelecer uma tese. Mas, da forma como aqui se debateu, quer dizer, entendeu-se, no caso concreto, que houve a preterição. Aí o Ministro Toffoli citou um outro caso de preterição. Qual seria a única vantagem dessa tese seca do Ministro Teori? É que os processos vão acudir aos tribunais superiores, que não vão analisar fatos e provas, vão se limitar a categorizar juridicamente se aquela hipótese é preterição ou não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Eu gostaria de conceder a palavra ao doutor Eugênio Aragão, como representante do Ministério Público, que fez parte do processo, já se manifestou nos autos e tem uma sugestão que me parece interessante. Vossa Excelência está com a palavra.

O SENHOR EUGÊNIO ARAGÃO (REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO) - Uma coisa pareceu-me que ficou clara: "Surgindo nova vaga no prazo de validade do concurso, além das vagas fixadas no edital, a negativa de nomeação de candidato nele aprovado deve ser devidamente motivada, estando a motivação sujeita ao controle jurisdicional".

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A meu ver,

RE 837311 / PI

diz mais do que concordamos, quer dizer, concordamos o contrário: "Não tem direito, salvo preterição". E concordo com o acréscimo de Vossa Excelência quanto à deficiência de motivação. Poderia ser uma tese enxuta, assim - com a divergência do Ministro Marco Aurélio já manifestada: "Não há direito subjetivo à nomeação fora das vagas do edital, salvo preterição ou deficiência de motivação".

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Já fiz o registro quando votei, mas, como o Ministro Luís **Roberto Barroso** falou "salvo a posição do Ministro Marco Aurélio", então reitero que não fixo tese nenhuma; fico só na negativa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro Barroso fazia alusão a uma obrigação que temos na repercussão geral de fixarmos uma tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Uma súmula.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - No momento em que o Tribunal reconhece que a matéria tem repercussão geral, precisa dar uma solução para as instâncias inferiores.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - **Non liquet**. Não pode.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é, seria um *non liquet*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas o Ministro Luiz Fux está de acordo com essa formulação?

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Estou de acordo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu já me colocaria de acordo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Agora, o problema da manifestação é que vamos ter que analisar a manifestação. Em tribunal superior, não se analisa manifestação.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Na manifestação, aqui, não discutimos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A preterição, pura e simples, ela só vai implicar em analisarmos se o caso foi ou não... valorar juridicamente o fato. Aí não incide a Súmula 7.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, Vossa Excelência sugere ficar só na preterição?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Só na tese do...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu estava ajustando para acompanhar o Presidente, mas topo ficar só na preterição também.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A não fundamentação pode ser um instrumento de preterição, não é?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Entendo que devemos concluir realmente, *data venia* das opiniões contrárias, com uma tese, porque, senão, não valeria a pena todo esse esforço. Então, a bem do consenso, ajusto-me à sugestão do Ministro Barroso e retiro o meu adendo.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Então, Vossa Excelência está se adequando à proposta do Ministro Teori?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Qual seria, então, a proposta do Ministro Teori?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Que é a minha, com acréscimo "salvo a preterição". .

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, com a devida vênia, estamos enunciando a tese do voto vencido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Do voto vencido?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, não. A tese é do Ministro-Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, chegou-se à conclusão de que houve a preterição.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Foi exatamente a tese que votei. Perfeita.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Todos concordamos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Entendi que, objetivamente, diante do que contém os autos...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Estamos enunciando a

RE 837311 / PI

tese do voto vencido. Estou me alinhando aqui à orientação do Ministro Dias Toffoli, e não acho que, ao reiterar tese anterior, precisamos fixar nova tese.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Reafirma-se a jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Reitera a tese anterior e caracteriza, mas fora da tese. Simplesmente reitera a tese anterior. E, no caso excepcional, negou-se provimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E, no caso, negou-se provimento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Negou-se provimento pela excepcionalidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Negou-se provimento, sem tese qualquer?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não. Reafirma-se a jurisprudência do Supremo quanto ao item que foi fundamento do voto de todos, negando-se provimento a este recurso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas vamos enunciar isso então. Qual é a súmula da jurisprudência do Supremo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A ementa do acórdão, ela vai retratar o reconhecimento pela Corte de que essa manobra utilizada, que ficará explicitada, implicou preterição, na forma do art. 37, IV.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro Barroso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Deixa-me dizer um coisa. O único sentido que há na repercussão geral, como o único sentido que há em se trabalhar com jurisprudência, é se fixar teses que as jurisdições inferiores possam seguir. Se nós dermos repercussão geral, sem fixarmos uma tese, nós não conseguimos preencher a finalidade da repercussão geral.

Então, eu entendo e respeito que os Ministros Marco Aurélio, Toffoli e Edson Fachin não estão propriamente de acordo, nem em desacordo, mas não estão propriamente de acordo com a nossa tese. Mas eu penso que a maioria entende...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu estou reiterando a tese anterior.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A ministra Cármen Lúcia também pensa que, no caso concreto, não devemos...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Só reafirmado...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu penso que a maioria - penso, mas vamos confirmar agora - entende que não há direito subjetivo à nomeação fora do número de vagas do edital, salvo preterição. Tirando o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Toffoli e o Ministro Fachin, alguém diverge dessa proposição?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nesses termos, eu não acompanho também não.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É que essa é a antítese da tese.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por qual ponto?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, não é a antiga tese. Nós afirmamos que havia direito à nomeação.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exatamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E agora estamos dizendo que não há direito à nomeação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não há, salvo preterição. Nós entendemos é que houve preterição ...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Nós estamos dizendo que houve preterição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Então, inverte ...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Aqui, houve.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, havendo preterição ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Há direito subjetivo à nomeação dos candidatos, nas hipóteses de preterição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Afirmar o direito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Havendo preterição, existe o direito subjetivo.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É só inverter.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas é porque nós estamos ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Há direito subjetivo ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Como o Ministro Marco Aurélio observou, logo no início ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - ...nas hipóteses de preterição. Acabou!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso. E essa tese, agora, do Ministro...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas eu acho que a tese é o contrário. O Ministro Marco Aurélio observou, logo no início, que este era um caso que tinha peculiaridades que dificultavam. Quer dizer, eu não gostaria de afirmar a tese oposta. Eu não acho que haja direito. Mas, se houver preterição, aí nasce o direito. Portanto, o fato gerador do direito não é o número de vagas. O fato gerador do direito é a preterição.

Então, acho que devemos dizer: não há direito, salvo preterição. Essa é a decisão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas de que não há direito, já há súmula. Já existe a repercussão geral do Ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas isso não é a base do seu voto? Não é a primeira conclusão do seu voto?

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, mas acontece o seguinte: nós temos que estabelecer a tese.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Acabamos de reconhecer que há direito subjetivo!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque reconhecemos que há preterição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Foi quando o ministro Luiz Edson Fachin disse: "Nós vamos adotar como tese a óptica da minoria".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, eu vou trazer uma formulação objetiva na próxima sessão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não!

Então, por enquanto, nós simplesmente negamos provimento ao recurso, por maioria, e o Ministro Luiz Fux, amanhã, nos trará uma tese que reflita a opinião da maioria.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311

PROCED. : PIAUÍ

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

RECDO.(A/S) : EUGÊNIA NOGUEIRA DO REGO MONTEIRO VILLA E
OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : DANIEL MOURA MARINHO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA FILHO

RECDO.(A/S) : KARLA ARAÚJO DE ANDRADE LEITE

RECDO.(A/S) : CYNTHYA TEREZA SOUSA SANTOS

RECDO.(A/S) : ÁLVARO FRANCISCO CAVALCANTE MONTEIRO

ADV.(A/S) : JOÃO ESTENIO CAMPELO BEZERRA E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes. Em seguida, o julgamento foi suspenso para fixação da tese da repercussão geral em uma próxima assentada. Falou, pelos recorridos, o Dr. Guilherme Capriata Vaccaro Campelo Bezerra. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.10.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Eugenio José Guilherme de Aragão.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

22/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
RECDO.(A/S)	: EUGÊNIA NOGUEIRA DO REGO MONTEIRO VILLA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: DANIEL MOURA MARINHO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA FILHO
RECDO.(A/S)	: KARLA ARAÚJO DE ANDRADE LEITE
RECDO.(A/S)	: CYNTHYA TEREZA SOUSA SANTOS
RECDO.(A/S)	: ÁLVARO FRANCISCO CAVALCANTE MONTEIRO
ADV.(A/S)	: JOÃO ESTENIO CAMPELO BEZERRA E OUTRO(A/S)

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, estudantes presentes. Senhor Presidente, antes de me pronunciar sobre a repercussão geral e em respeito à Corte, eu gostaria de destacar que, ao proferir o meu voto na semana passada, assentei a existência de um elemento substantivo na discussão jurídica travada neste recurso extraordinário, que não pode, a meu sentir, ser negligenciado pela Corte em seu pronunciamento.

Eu quero dizer que o resultado já está proferido, foi oito a três pelo direito subjetivo à nomeação, neste caso.

Mas, no momento em que toquei nesse aspecto, houve uma manifestação de desacordo do meu eminente Colega Luís Roberto Barroso, que discordou, no meu modo de ver, de forma um pouco atípica do que de costume, em razão do nosso relacionamento, ressaltando que

RE 837311 / PI

inexistiria qualquer fundamentalidade digna de ser levada em consideração no equacionamento da controvérsia.

Então, em três palavras, vou trazer aqui o porquê da minha manifestação nesse sentido, respeitando os pontos adversos, evidentemente, como é de nosso costume e de nossa praxe.

22/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, destaco o fundamento substantivo da controvérsia: escolhas existenciais, renúncias e realização de projeto de vida pelos candidatos aprovados em concurso público.

Assento que a regra constitucional do concurso estabelece balizas para o recrutamento de pessoal pela Administração Pública. Parece-me haver aí dois núcleos de interesses constitucionalmente relevantes: o do *Estado*, que exterioriza a necessidade de compor adequadamente os seus quadros, e o do *candidato*, que manifesta desejo de tornar-se servidor público. No meu modo de ver, é preciso enxergar com olhos de ver o debate na perspectiva de que a Administração, colocada em termos de Separação de Poderes, ela não pode superar esses valores que estão em jogo amesquinhando essa relevante discussão acerca da existência, ou não, de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas em concurso público.

Com efeito, quando examinada sob o viés dos candidatos aprovados, a despeito de não ser o ponto fulcral do recurso extraordinário, **não há que se ter perplexidade alguma ao suscitar-se que opção por ingressar no funcionalismo público encerra relevantes escolhas existenciais para os candidatos**. Aponto, pelo menos, duas justificativas substantivas para tanto.

A fundamentalidade reside, em *primeiro lugar*, pelo simples fato de ser um projeto de vida daqueles que a elaboram. Todo e qualquer projeto de vida deve ser compreendido, sim, como uma escolha individual substantiva. Para os candidatos, a nomeação e posse no certame talvez sejam, como foi no meu caso, a realização do maior sonho, a concretização de uma vocação pessoal. Daí porque a discussão de fundo, no meu modo de ver, guarda um relevante componente existencial.

RE 837311 / PI

Em *segundo lugar*, a concretização desse projeto de vida envolve *dedicação e renúncia*. Dedicção porque exige do candidato horas de estudo com empenho e afinco. Renúncia porque o candidato sacrifica, para conquistar seu sonho, tempo considerável, o qual poderia ser aproveitado junto de sua família, amigos e entes queridos. Muitas vezes abdica-se de estar com os próprios filhos, de acompanhar seu crescimento e de participar de sua formação como ser humano. E esse tempo, infelizmente, não volta mais.

Ora, se tais singularidades são incapazes de emprestar contornos existenciais ao presente debate, encontro sérias dificuldades em vislumbrar quando se poderá fazê-lo. Penso, *concessa venia* aos que divergem, que a fundamentalidade de dada controvérsia – ainda quando mediata, como na hipótese dos autos – deve ser atribuída tanto por uma ótica *objetiva* (*i.e.*, pela centralidade conferida ao direito pela ordem jurídica) quanto por uma vertente *subjetiva* (*i.e.*, pela centralidade dos interesses em discussão no projeto existencial dos indivíduos envolvidos). Em outras palavras: qualificar juridicamente uma discussão como existencial não pode nunca depender da simples opinião pessoal de qualquer magistrado.

Compreendo, pois, que o direito à nomeação de candidatos aprovados em concurso público, ainda que associado a um forte componente institucional de equilíbrio entre Administração Pública e Poder Judiciário, também envolve projetos existenciais de inúmeros cidadãos brasileiros.

Respeito e considero todo entendimento oposto ao que defendi. É natural – e salutar – que haja divergências de opiniões em órgão Colegiado, como o é este Supremo Tribunal Federal. Trata-se, inclusive, de uma característica das sociedades plurais e democráticas o fato de as pessoas não mais comungarem das mesmas visões de mundo. Aqui, no Plenário, não poderia ser diferente.

O que nós evidentemente pregamos, Senhor Presidente, inclusive na última Sessão Administrativa destacamos muito a harmonia entre os pares, é que nós não podemos ostentar a presunção de que temos algo a

RE 837311 / PI

ensinar aos colegas. Ao divergirmos, sempre com respeito e consideração ao ponto de vista alheio, a Corte desempenha um papel pedagógico para a sociedade brasileira, de ordem a demonstrar que é possível discordar, de preferência de forma cordial, sem desqualificar o interlocutor. Enfim, adotando essa teoria da humildade judicial apregoada na última obra do Professor Cass Sustein, que, na essência, é exatamente atuar como sempre preconiza o meu amigo de sempre Ministro Roberto Barroso, “*quem pensa diferente de mim não é meu inimigo, nem meu adversário. É meu parceiro na construção de um mundo plural*”.

Foi exatamente sob esse enfoque que eu quis contribuir trazendo esse aspecto existencial na vida desses concursandos. Mas, sem prejuízo, Senhor Presidente, isso não é o núcleo essencial do voto. O núcleo essencial do voto é nós estabelecermos de que maneira nós vamos resumir, sinteticamente, a tese de que o candidato aprovado fora das vagas previstas no edital, mas ainda no prazo de validade do concurso, tem direito subjetivo à nomeação, em casos excepcionalíssimos, como no caso *sub examine*, em que o Pleno, por 8 votos a 3, consagrou esse direito subjetivo.

Então, para seguir uma ordem lógica, cito 3 itens da ementa que vão chegar a uma conclusão a ser submetida ao egrégio Plenário:

“7. 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. “

“8. 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

RE 837311 / PI

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.” - no que foi apontado no voto do Ministro Gilmar Mendes, quando tratou do direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital.

Aí, começamos nós a delinear a tese que vai ser aplicada aqui.

“9. A discricionariedade da Administração quanto à nomeação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), nas seguintes hipóteses:

i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099, Relator Ministro Gilmar Mendes);

ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação no concurso, *ex vi* da Súmula 15 do STF;

iii) Quando o candidato aprovado em concurso público, fora do número de vagas do edital, for preterido dentro do prazo de validade do certame, circunstância caracterizada pela não nomeação imotivada, reconhecida pelas instâncias ordinárias no artigo 37, IV, da CF.”

“10. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas do edital tem direito subjetivo à nomeação dentro do prazo de validade do certame, nas hipóteses de preterição. *In casu*, agora passando para o aspecto subjetivo, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, porquanto 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.”

RE 837311 / PI

Acrescente-se, aqui, um dado destacado pela Ministra Rosa Weber de que foram nomeados aleatoriamente um número X de candidatos, sem qualquer justificativa com relação ao número remanescente de candidatos que ainda poderiam ser nomeados.

Então, subjetivamente, nós reconhecemos o direito. Isso é uma questão de julgamento do recurso extraordinário.

A tese, em sede de repercussão geral: o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas do edital tem direito subjetivo à nomeação, dentro do prazo de validade do certame, nas hipóteses de preterição.

Essa é a tese fixada no recurso extraordinário. Quer dizer, a tese mais minimalista que eu encontrei para não deixar em aberto nenhuma opção de discussão sobre outros casos.

22/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, quando nos pronunciamos provendo o recurso extraordinário, e somei o meu voto ao do Relator, constatamos – e isso foi sustentado pelo ministro Dias Toffoli – que o caso concreto teria peculiaridades a afastar a enunciação de tese sobre a matéria. Por exemplo, sustentei que, sob pena de haver o drible ao inciso IV do artigo 37 da Constituição Federal, no que cogita da precedência dos candidatos aprovados no concurso antecedente, a simples convocação de um novo certame fraudaria o interesse subjetivo dos candidatos aprovados no primeiro concurso, quando o ministro Luís Roberto Barroso ponderou que seria necessária a nomeação de um candidato do segundo concurso para ter-se a preterição. Esta, a meu ver, está na convocação de um novo certame, com candidatos ainda aprovados, proclamados como aprovados, no concurso anterior. Por isso, penso que, neste caso concreto, seja um pouco difícil anunciar-se tese visando nortear decisões dos demais patamares do Judiciário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu peço licença para me manifestar novamente no mesmo sentido em que o fiz na Sessão em que esta matéria foi discutida.

Eu concordei com o eminente Ministro Barroso no sentido de que é muito importante, nos julgamentos das repercussões gerais, ainda que o recurso extraordinário reflita um caso concreto, que nós extraiamos dele uma tese para orientar as demais instâncias. Eu acho que no caso é possível, *data venia*, extrair uma tese ainda que minimalista, o que, a meu ver, o Ministro Fux apresenta satisfaz...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Talvez pudéssemos considerar, Presidente, porque a decisão foi positiva e não negativa quanto aos candidatos. O direito subjetivo à nomeação, além das vagas

RE 837311 / PI

previstas no edital – abrindo-se, obviamente, vagas –, salvo motivação contrária por parte da Administração Pública.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exatamente.

22/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Nesse sentido, Senhor Presidente, no que o Ministro Fux está a propor, à exceção de uma frase e uma observação que faço de carácter metodológico, eu estou de inteiro acordo, porque me parece que aqui está, por assim dizer, a ementa do acórdão, e que é coerente com a tese vencedora.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E foi negado provimento ao recurso.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - E que foi negado provimento pela maioria.

E, partindo da premissa, segundo a qual nos parece imprescindível fixar uma tese - eu acho que isso também está mais do que assentado, até por força de incidência normativa -, a eventual sugestão que tenho a fazer diz respeito ao item 10, onde Sua Excelência assentou que: a tese objetiva assentada em sede dessa repercussão, e, em seguida, enuncia a tese.

Se me permite, com toda a vênia, a observação - e vou tomar a liberdade de passar às mãos de Vossa Excelência e dos eminentes Pares uma singela sugestão -, a sugestão que faço, Ministro Fux, é a de manter a enunciação no item 10, principiando "o candidato aprovado etc.", porque esta ementa que está aqui é coerente com o acórdão e com a tese vencedora.

Mas, o núcleo central - e aí tomo a liberdade de argumentar a partir da intervenção do Ministro Marco Aurélio -, parece-me menos a questão do direito subjetivo do candidato, mas mais os deveres da Administração, para que, na anunciação central da tese, não indiquemos, ainda que implicitamente, a existência de duas categorias de cidadãos: os que

RE 837311 / PI

fizeram concurso e os que não fizeram concurso. A Administração precisa prestar contas a todos. E, se há um número de aprovados excedentários, que aprovados foram, mas estão para além do número de vagas, o seu não chamamento - a Administração, obviamente, não pode chamar desobedecendo a ordem classificatória, isso já está aqui na ementa -, mas, ao não fazer o chamamento dos demais, ela deve, obviamente, motivar; por exemplo, os limites da Lei da Responsabilidade Fiscal.

Então, a liberdade que tenho, Ministro Fux, se eventualmente couber, eu estou a sugerir, para a reflexão dos meus eminentes Pares, a formulação da tese no sentido de que: é dever da Administração Pública justificar, diante do surgimento de novas vagas, no prazo de vigência do concurso, a não convocação de candidatos aprovados na ordem classificatória.

Portanto, a ideia que submeto à discussão é girar a discussão do direito subjetivo eventual do candidato a um dever da Administração de justificar o não chamamento, porque, nós também não podemos impor isso à Administração.

No mais, eu subscrevo por inteiro a proposição do Ministro Fux como a ementa do recurso vencedora, a ementa vencedora que subscrevi, e obviamente continuo a subscrever, mas sugeriria como tese a enunciação em torno do dever da Administração.

É a observação que tenho a fazer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Que ela aponte o obstáculo à convocação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Fachin, eu queria só entender de maneira bastante clara. Pela proposta de Vossa Excelência, a Administração Pública, todas as vezes que não fosse nomear pessoas que estão fora da ordem dos classificados dentro do número, teria que motivar, é isso? Eu digo isso por uma circunstância.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Pois não.

RE 837311 / PI

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O Ministro Barroso, como eu, como o Ministro Gilmar, que fomos Procuradores, sabemos que, toda vez que aqui o Supremo dá uma ordem, haverá consequências.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Toda vez que se obriga a Administração a, por exemplo, motivar por que ela não vai fazer, o que ela não vai fazer e que ela não deveria ter feito, porque não estava mesmo aprovado na ordem de classificação, isto implica em adoção dessas medidas, apuração, pessoas que vão ficar a disposição, publicação desses atos e evidentemente questionamentos, inclusive judiciais.

Então, é só para saber o seguinte: abriu-se um concurso para dez cargos de Procurador do Estado; foram aprovados vinte; daqui a vinte dias, vai vencer o prazo e aí pode-se ter a abertura do concurso, inclusive porque não vai dá tempo, não se quer chamar agora, mas, para o ano, talvez haja possibilidade. Enfim, seja lá qual a razão legítima que se tenha, o que eu estou só querendo saber é se o anunciado apresentado por Vossa Excelência significa dizer que, em qualquer caso, se se aprovarem vinte, forem nomeados dez e não forem nomeados os outros, a Administração ficaria obrigada a dizer por que não.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu estou, na verdade, Ministra Cármen, fazendo um leitura do outro lado da moeda da ementa sugerida pelo Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - O problema é que esse outro lado da moeda não foi o objeto que nós julgamos. Eu me recordo que Vossa Excelência, no momento em que propôs, fez exatamente essa advertência, dizendo: eu concluo exatamente como o Ministro Fux, só que parto de outro ângulo...

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - ... do dever da Administração. E nós estávamos julgando um acórdão recorrido que aludia ao direito subjetivo à nomeação e à eliminação de um grau de discricionariedade da Administração, em razão de ter assumido comportamentos que conduziam a, na verdade, uma violação a essa discricionariedade, que hoje ela é vinculada também. Não é uma discricionariedade tão ampla como era antigamente, tanto que nós, no diálogo, concluímos: agora, no Direito Administrativo, a Administração não tem mais o poder de anular os seus atos, ela deve manter os seus atos e, se anular, tem que motivar. E a Administração Pública para não nomear tem que motivar também. Mas, no caso específico, a tese era se o candidato aprovado fora do número de vagas, mas formando o cadastro de reserva e durante o prazo de validade do concurso, tem direito subjetivo à nomeação, tendo em vista a realização de concurso para nomeação de outros agentes. Ou seja, a Administração Pública fez questão de deixar escoar o prazo, nomeou - setenta vagas - cento e dezoito, não sei por que não nomeou o resto e aí resolveu abrir um concurso para essas outras vagas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Resto não, Ministro, não nomeou os demais. Nós mineiros não falamos essa palavra. Não é que não nomeou o resto, não nomeou os demais.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Demais, então, mineiramente falando.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Ministro, só para arrematar, eu acompanhei essa tese e obviamente continuo acompanhando. Entendo que o acórdão do Tribunal recorrido compreende uma decisão precisa, não merece a reforma. Ou seja, estou confortável com a enunciação que Sua Excelência propôs como ementa do

RE 837311 / PI

acórdão. Apenas, como tese central, que, quiçá, uniformizasse uma espécie de fio condutor de todos os pronunciamentos, é que eu trago essa sugestão, mas evidentemente que é apenas uma sugestão.

22/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, eu penso que o Ministro Fux resumiu corretamente a discussão.

Na verdade, afora o enfoque que foi dado pelo Ministro Fachin, a grande divergência surgiu justamente no caso concreto.

Quanto à tese principal de que o candidato aprovado fora do número de vagas tem direito, se houver preterição, essa foi uma tese consensual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É óbvio: havendo preterição, o candidato tem o direito subjetivo à nomeação.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas essa era a questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nunca houve, quanto a isso, controvérsia no Supremo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O tema objeto da repercussão geral é justamente este: "saber se os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público têm o direito subjetivo à nomeação no caso do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame". E esta pergunta foi respondida do modo como o Ministro Fux respondeu. O ponto de divergência foi saber se, neste caso específico, houve ou não houve preterição. Tudo está bem resumido na ementa proposta pelo Min. Fux.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Puxando pela memória, Ministro Teori, eu me lembro que o Ministro Barroso começou a enunciar uma tese no seguinte sentido,

RE 837311 / PI

salvo engano: não haverá direito subjetivo do candidato, salvo preterição ou decisão imotivada da Administração. Essa que me parece que foi o cerne da decisão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, então tem-se a prevalência da corrente vencida, no que se começa com o advérbio de negação não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, exato, tem que afirmar o direito da parte, foi negado provimento ao recurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, a minha posição é a que ficou vencida.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Certo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Só gostaria de deixá-la clara.

Eu responderia à pergunta da repercussão geral que o Ministro Teori acaba de formular - Vossa Excelência poderia repetir, por favor?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O que constava como tema de repercussão geral era saber se os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso têm direito subjetivo à nomeação, no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso. A minha resposta é não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim. A nossa foi sim.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vírgula, salvo se houver preterição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, eu sustento que não existe direito fundamental a ser funcionário público. Essa é a minha tese e a minha convicção.

Agora, se ele tiver sido preterido, aí, surge um direito subjetivo. Portanto, eu discordo de responder sim a essa pergunta, porque a pergunta é: tem o candidato direito a ser nomeado para além das vagas do edital? E eu repondo não. Se a maioria entende que é sim, a minha posição é vencida, mas a minha resposta é: não há direito a ser nomeado fora das vagas do edital, salvo de houver preterição. Portanto, responder sim a essa pergunta, a meu ver, é dizer que o candidato tem o direito a ser nomeado fora do número de vagas do edital, o que é uma mudança na repercussão geral anterior, que foi firmada no recurso extraordinário que o Ministro Gilmar foi Relator.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É que esse caso tinha peculiaridades realmente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas não foi essa a ótica.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, portanto, mas veja, o caso tinha peculiaridades, e eu me rendo à posição vitoriosa, mas, se nós respondermos, porque há uma divergência importante. O Ministro Fux, na proposta dele, ele fala o seguinte: candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas do edital tem direito subjetivo à nomeação. Essa é a nossa diferença.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Em caso de preterição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, dentro do prazo de validade do certame.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - No caso de preterição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim, mas é preciso estabelecer qual é a regra. Eu acho que a regra é: não tem direito à nomeação fora do número de vagas do edital, salvo se acontecer alguma coisa extraordinária. Eu acho que, embora eu tenha ficado vencido no caso concreto, eu entendo que esta foi a posição da maioria de dizer: não tem direito, como regra, mas tem direito neste caso, porque, neste caso, houve preterição, na linha do que falou o Ministro Marco Aurélio. O Ministro Marco Aurélio considerou que a simples abertura do concurso.....

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De um outro concurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -, de um novo concurso era preterição. Portanto, essa foi a posição que prevaleceu no caso concreto, mas eu acho que não mudou a regra geral. A regra geral continua a ser....

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - A mera expectativa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - não há direito fundamental a ser funcionário público e, conseqüentemente, não há direito a ser nomeado fora das vagas do edital, salvo se acontecer

RE 837311 / PI

alguma coisa errada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, nós não, nós nem abordamos que há direito fundamental a ser funcionário público. Eu apenas respondi *en passant*, porque não tive oportunidade, em razão da perplexidade do momento, de responder àquilo que fora invocado de forma atípica na oportunidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu só acho que não é esse direito fundamental.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Está bem, mas eu também acho, por exemplo, eu entendo que, hoje, diante dos fatos notórios que nós estamos assistindo, algumas coisas que se passaram não foram fora da curva. E hoje há uma comprovação de que não foram. Isso não pode nem aborrecer Vossa Excelência, nem a mim. O que me aborreceu foi a maneira como Vossa Excelência - e não me aborreceu de forma alguma, nossa amizade não merece aborrecimento nenhum, estou me esclarecendo -, o que eu entendi é que eu coloquei, dentro dessas premissas, que haveria o direito fundamental, essa aspiração nutrida pelo candidato que abdicara de vários aspectos.....

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A gente só pensa diferente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, não, se nós tivéssemos, se eu tivesse sofrido uma objeção de Vossa Excelência nesse sentido, confesso que aceitaria plenamente. Eu não gostaria de, enfim, nós não precisamos polemizar isso. Isso a gente, ali a gente conversa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas é porque eu acho que não há direito fundamental a ser funcionário público.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas eu também não estou dizendo que há direito fundamental.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, não temos uma divergência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu estou dizendo o seguinte: que, no caso concreto, nós não podemos começar com a negação - e foi essa a questão discutida -, por quê? Porque, na verdade, nós negamos provimento ao recurso do Estado e afirmamos o direito da parte.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Afirmamos o direito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perfeito, perfeito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Como é que eu vou dizer: Não tem direito a parte, salvo...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por que houve preterição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Nós estamos falando a mesma coisa.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Presidente?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Teori.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Parece que aqui temos uma questão carioca.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ou existe direito ou não existe direito. É preciso saber qual é a regra. E a regra é que a de que não há direito, salvo se...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Barroso, significa a mesma coisa dizer “não há direito, salvo em caso de preterição”, ou dizer, “há direito em caso de preterição”. É absolutamente a mesma coisa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E Vossa Excelência se recorda, Ministro Lewandowski, que nós, preocupados com algumas observações feitas quando do julgamento do recurso extraordinário do Ministro Gilmar Mendes, é que nós ressaltamos que teríamos que fazer uma opção minimalista para não deixar brecha que outras interpretações pegassem carona nessa repercussão geral.

Então, por exemplo, se a instância ordinária aferir que houve preterição, nós eventualmente até podemos verificar se houve ou não preterição, porque o cotejo dos fatos com a categorização da preterição é matéria de direito, não é matéria de fato. Mas a regra que nós queremos estabelecer é essa. É exatamente essa. Ou a tese mínima é essa.

22/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu tenho a impressão de que a discussão aqui revela também uma outra preocupação.

É claro que, hoje, segundo o modelo que se desenhou a partir da Emenda Constitucional nº 45, temos como requisito de admissibilidade do RE, o reconhecimento da repercussão geral. Mas eu me pergunto se não seria possível, porque essa é realmente a perplexidade que leva a uma mudança do entendimento. A rigor, acho que até coincidimos no caso específico, até quanto à fundamentação, quanto à possibilidade de preterição, mas divergimos quanto ao enquadramento, se eu estiver resumindo bem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A configuração da preterição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isto, quer dizer, e esse é exatamente o conceito delicado.

Embora esteja apenas pensando alto, mas eu fico assim com imensa vontade de fazer o que a gente faz, por exemplo, quando aplica o princípio da proporcionalidade em concreto, dizendo: a despeito de a norma ser adequada em geral, mas, no caso concreto, nós temos de fazer um afastamento para situação.

Eu tenho vontade - o assunto já está resolvido - de, um pouco, isolar este caso, e dizer: negou-se provimento ao recurso, mas, de alguma

RE 837311 / PI

forma, não lhe atribuir efeitos de repercussão geral. Parece até que eu estou falando uma heresia, mas acho que me fiz entender.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Tese, ou de uma tese que pudesse ser sinalizadora do conjunto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A dificuldade que nós encontramos, porque de fato vamos ter uma situação, e acho que todas estão um pouco preocupados, de todos os lados, com o bem público aqui, quer dizer, a possibilidade de que se extraiam dessas decisões efeitos outros. É um pouco essa...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Imagina, Vossa Excelência, a repercussão de tese que venha a ser aprovada junto aos juízes em geral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim. Eu acho que nós estamos, de alguma forma...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas é que aqui, Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite, eu até fiz questão de acompanhar o raciocínio do Ministro Fachin, no que ele dizia, e assentava, a meu ver, muito corretamente, que é dever da Administração motivar abertura de um novo concurso, e porque é que ele pretere eventualmente aqueles já aprovados em concurso anterior. Ou seja, é preciso dizer, a meu ver, com todas as letras, que a Administração não pode agir arbitrariamente e muito menos discricionariamente, porque a discricção da Administração, em se tratando

RE 837311 / PI

de concursos públicos ou de licitações, ela passa a ser cada vez mais angusta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, se isto for suficiente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E há um outro aspecto, Senhor Presidente, toda a tese de repercussão geral fixada, ela faz referência ao recurso de onde se originou a tese. Evidentemente que a parte juridicamente interessada vai consultar qual foi o precedente que deu ensejo à tese da repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. É porque, na verdade aqui, a gente vai ter uma multiplicidade de situações fáticas. Nesses casos típicos de preterição, e nós temos, por exemplo, na jurisprudência do Supremo, os casos que nós falamos aqui de auditores fiscais, que obtiveram liminares na Justiça, em listas enormes, para darem sequência ao concurso público. Mas, claro, essas listas não observavam a regra da nomeação ou da aprovação no concurso público. Logo, foi uma preterição causada pela intervenção do próprio Judiciário, o que acaba fazendo com que depois todos esses tenham direitos à nomeação. Temos esses casos que acabaram sendo pacificados por iniciativa da própria Administração, diante da impossibilidade de fazer de outra maneira. E sabemos que isso vai ser aplicado por diferentes juízes. Por isso acho que, se for possível adotar a posição...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência está propondo, Ministro, desafetar a repercussão geral?

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Quer dizer, a repercussão geral está reconhecida e é uma condição inclusive para que nós apreciemos. Mas estou propondo retirar o efeito de repercussão geral deste caso. Parece uma heterodoxia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quanto ao lançamento de uma tese. Só isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não sei se me fiz claro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu entendi, o problema não é só terminológico.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Porque, de fato, está provido o recurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Estou entendendo a posição do Ministro Gilmar. É o risco da tese. Quando o Ministro disse "dá no mesmo dizer não tem direito fora das vagas do edital, salvo preterição", é o mesmo que dizer "tem direito". Eu, pessoalmente, não acho.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro, eu disse "tem direito em caso de preterição".

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - "Tem direito em caso de preterição".

RE 837311 / PI

Há uma implicação filosófica aí que acho relevante, Presidente, que é a minha maior preocupação aqui. Este caso concreto já está resolvido, a posição é majoritária. Ministro Fux lembrou, foi 8 a 3. Não estamos discutindo o caso concreto. Estamos preocupados com a repercussão.

Hoje em dia, sou muito preocupado com o fato de estarmos criando um Estado maior do que a sociedade. Na medida em que você aumenta direitos de alguém ser provido em cargos públicos, você, de certa forma, fomenta essa perspectiva de ter mais gente entrando na Administração Pública. Eu gostaria de passar a mensagem trocada. Vamos ter que viver o momento oposto, de desinchação do Estado. Todos os Estados da Federação estão gastando tudo o que arrecadam para pagar a folha. E, se sinalizarmos que vamos facilitar o ingresso no serviço público...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perdão, Ministro, eu penso que afirmamos exatamente a tese oposta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E nós dissermos: "tem direito".

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Estamos dizendo que o Estado não pode expandir-se além de um certo limite e criar novas vagas em detrimento de outras por razões arbitrárias ou razões políticas.

Para mim, este caso, sem querer, enfim, apontar o dedo a quem quer que seja, pareceu-me muito claro que aqui a Administração deixou de aproveitar os candidatos aprovados em outro concurso, abriu um novo por razões que não ficaram muito claras.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por isso que chegou no 113 ou 118, mas essa matéria é vencida.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

RE 837311 / PI

(PRESIDENTE) - Ou seja, o Estado desbordou realmente até daquele dever de moralidade, *data venia*, que lhe imposto pelo art. 37.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, essa é a matéria vencida. Vossa Excelência formou na maioria. O que acho que é um problema é dizer: "tem...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De toda sorte, todos estamos de acordo que o Estado não pode ir além do que é o tamanho que a sociedade estabelece para o serviço público. Quanto a isso, estamos todos de acordo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra Cármen, é preciso dizer o seguinte: tem direito à nomeação fora das vagas do edital ou não? A minha resposta é não. Portanto, gostaria de dizer "não tem direito à nomeação fora das vagas do edital". Agora, se essa for a posição... Não tenho certeza que essa seja a posição vencida. No caso concreto, entendeu-se que houve preterição. Mas o meu sentimento é o de que a tese majoritária - inclusive anunciada pelo Ministro Teori - é: "Não tem direito à nomeação, salvo preterição". Acho que isso é passar um tipo de mensagem. Dizer "tem direito à nomeação fora das vagas do edital quando houver preterição", acho que é uma sinalização diferente. Honestamente, é o que penso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Agora só queria só dizer o seguinte, rapidamente.

O constituinte derivado - tenho repetido isso - nos deu dois presentes importantes na Emenda 45: a repercussão geral e a súmula vinculante, para que possamos fazer face e enfrentarmos os cem milhões

RE 837311 / PI

de processos em tramitação. É claro que cada decisão que tomamos aqui, cada tese que renunciamos oferece riscos. Agora, só porque oferece risco, não vamos utilizar esses instrumentos importantes? Eu acho que nós devemos ousar. Se chegarmos à conclusão que essa tese está criando problema, nós revogamos a tese, revemos a tese. O que não podemos é ficar, *data venia*, paralisados e não enunciarmos uma tese.

Para mim, com todo o respeito, a tese ficou muito clara. Seja no ponto de vista afirmativo, seja no ponto de vista negativo, eu, de certa maneira, concordo com o Ministro Teori, praticamente os dois enunciados se equivalem.

22/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ**VOTO S/ PROPOSTA**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu me sinto muito à vontade, porque votei no sentido de referendar a tese do Ministro Luís Roberto, no sentido de que não há direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado fora das vagas previstas no edital - acompanhei, essa é a tese -, salvo preterição.

Mas acompanhei o eminente Relator, negando provimento ao recurso, porque entendi que, no caso concreto, ficou escancarado que a Administração não só nomeou os candidatos dentro do número de vagas, como avançou no número de aprovados, e não sei por que, num determinado momento, parou e abriu outro concurso. Entendi configurada hipótese de preterição com afronta, no mínimo, ao princípio da impessoalidade. Por quê? Porque, já identificados todos os aprovados, parou naquele candidato x, sem avançar, por exemplo, em mais dois ou três.

Então, se vamos agora votar a tese, do meu ponto de vista, com todo respeito às compreensões contrárias, a jurisprudência do Supremo no sentido da mera expectativa de direito - é o precedente do Ministro Gilmar Mendes - do candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, como regra geral, não tem de ser alterada. É o que penso.

Portanto, já adianto o meu voto nesse sentido.

22/10/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

DEBATE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, não é necessário que nós reflitamos sobre isso agora, mas, tendo em vista esse impasse que fica bem claro, inclusive agora com a manifestação da ministra Rosa, de que todos nós estamos de acordo quanto à existência de um direito subjetivo à preterição, porém, divergimos quanto à existência ou não dada da preterição. E essa é a questão, tanto é que Vossa Excelência acompanhou o ministro Barroso, mas depois chegou à conclusão ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - No caso, ela não poderia, como o mesmo caso meu

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - ... que, no caso, tinha razão o eminente relator, ministro Fux, é que eu vou, só pensando alto, acho que precisamos de encontrar talvez uma formulação mais adequada, pensar em situações que nós reconheçamos a repercussão geral, julgemos o caso, mas, diante inclusive de controvérsias que se colocam, nós nos abstenhamos de fixar tese, quer dizer, decidimos apenas o caso - estou pensando alto.

Mas, na hipótese, eu acho que, pelo menos, um elemento delimitador está colocado na proposta do ministro Fachin. De modo que, pelo menos, Sua Excelência - acho que estava implícito já, ou explícito no voto ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Nos itens

RE 837311 / PI

anteriores.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso, do voto do ministro Fux.

Então, a mim, parece-me que, com esse acréscimo que Sua Excelência propõe, pelo menos, se for necessário fixar uma tese, acho que eu subscreveria essa posição. Porque, pelo menos, temos um delimitador e orientamos um pouco a Administração. Acredito que todos, de alguma forma, estamos temerosos com o que vão fazer com a tese, não é? Quer dizer, como que ela vai ser ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Como é que vai ser interpretado isso em cada ponta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como vai ser interpretada, tendo em vista os vários ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Eu próprio adiro à proposta do ministro Luiz Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu tenho impressão de que com isso nós podemos, porque, pelo menos, temos um delimitador.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fachin, Vossa Excelência poderia resumir,

RE 837311 / PI

então, a tese que Vossa Excelência propõe ao Plenário - porque parece que há consenso em torno dela?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - A sugestão, Senhor Presidente, é manter - e nisso obviamente acompanhei e reitero - todas as proposições do Ministro Fux como a ementa do acórdão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - No item X, que é a tese.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Inciso X.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - E só retirar do item X, que seja ali a formulação da tese, fica o restante da formulação, a partir de " o candidato tem o direito, em caso de preterição (...)", que isso é um consenso também entre nós.

E, do ponto de vista da tese central, para exatamente, quiçá, tomarmos aqui algumas precauções na enunciação, a ideia seria a que assentei às fls. 8 e 9 da sugestão que trouxe a Vossas Excelências a colação, no sentido de que:

É dever da Administração Pública justificar, diante do surgimento de novas vagas, no prazo de vigência do concurso, a não convocação de candidatos aprovados na ordem classificatória.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro Marco Aurélio está concordando.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, em prol do Colegiado, concordo com a tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu gostaria de novamente manifestar a divergência, porque aí se está afirmando

RE 837311 / PI

haver direito, a menos que a Administração consiga demonstrar que não há, com o que, de novo, eu não concordo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, foi o que assentamos. A maioria proclamou que o sinal vermelho se mostrou para a Administração Pública, e não para os candidatos.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, eu não vou concordar. Devo dizer que, no meu voto, concordei integralmente com o Ministro Barroso e com o Ministro Fux. Com o Ministro Barroso integralmente, inclusive na solução do caso concreto; com o Ministro Fux, eu concordei integralmente, salvo no exame do caso concreto, e fiz questão de realçar que a dificuldade seria justamente conceituar o que significa preterição. Eu penso que essa hipótese de ausência de fundamentação, como agora mostrado pelo Ministro Fachin, é apenas uma das múltiplas hipóteses de preterição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas essa é uma forma que ele encontrou de tentar delimitar o caso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, para otimizarmos o tempo, não seria o caso de colocar em votação se devemos ou não, na situação concreta, emitir tese?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO- Vossa Excelência me permite só uma ponderação?

Pela posição do Ministro Fachin, o dever de motivar, no caso de abertura de vaga, significará, Ministro Gilmar: se houver vinte vagas, e passaram trinta, mas havia vinte vagas; se abrirem mais duas, três, cinco vagas, e a Administração, por qualquer razão, quiser se limitar ao número do edital, tem que justificar por que não está nomeando para além das

RE 837311 / PI

vagas do edital. É o contrário do que nós decidimos, com todo respeito, porque decidimos que tem o direito de ser nomeado no número do edital, e, se for preterido, como a maioria entendeu que foi no caso concreto, também tem. Agora obrigar a motivar, se não nomear para além das vagas do edital, é contrariar frontalmente o precedente do Ministro Gilmar, e acho que é criar um ônus para a Administração, que é a obrigação de nomear ou motivar para além das vagas do edital. Eu acho que isso não foi debatido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Imaginemos que nós aqui no Supremo Tribunal Federal, com o concurso em aberto, com candidatos aprovados, e o Presidente decide abrir um novo concurso sem qualquer justificativa, para deixar de aproveitar...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Essa tese prevaleceu.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Para que eu abra um novo concurso, teria que motivar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas, quando existe motivação, Presidente, significa que a Administração Pública deverá ter uma estrutura de controle para saber quando vencerá, e, se não houver nomeação, porque não irá nomear e justificar. E isso é um ato administrativo que tem que ser publicado, sendo publicado, é objeto de questionamento administrativo e judicial, Aí, é muito além.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Fachin, na proposição de Vossa Excelência, se abrir vaga, além das vagas abertas no edital, a Administração, em não as provendo, tem que motivar.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Para não prover, tem que motivar, exatamente porque nós ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mesmo além das vagas do edital?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Porque surgiram novas vagas.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vai baixar um ato?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu diria que Sua Excelência estava classificando a questão da preterição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, é geral.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu falei que é uma estrutura a mais que estamos criando.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, alguns votos, inclusive a parte do voto de Vossa Excelência nesse aspecto, consideram que a abertura de um novo concurso, tendo em vista a existência de vagas, que inclusive foram alargadas, caracterizaria a preterição. Os que estavam na divergência, ministro Barroso, eu e outros, fomos numa outra linha, de que isso não caracterizaria a preterição. Até aí acho que temos um consenso básico.

Eu entendo que o ministro Fachin está propondo que a abertura de um novo concurso sem essa justificativa...

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não, a resposta que ele deu a minha pergunta.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Não, é na linha do que o Ministro Gilmar está a dizer. É isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É isso que estou entendendo, quer dizer, ele está circunscrevendo para esse fim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que não, Ministro Gilmar. Poderia ler novamente, Ministro Fachin, por favor?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É dever Administração Pública justificar, diante do surgimento de novas vagas no prazo de vigência do concurso, a não convocação de candidatos aprovados na ordem classificatória.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não tem nada a ver com novo concurso, Ministro Gilmar. Basta abrir vaga depois do concurso e, se abrir vaga para além do edital....

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Para abrir qualquer vaga, ele tem que motivar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Talvez, ele pudesse delimitar à questão da abertura de concurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, mas

RE 837311 / PI

eu acho que não é uma questão de nomenclatura. A posição do Ministro Fachin é: se abrir vaga depois do concurso ..

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Direito à nomeação independente de preterição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se abrir vaga para além do número do edital, a Administração tem que justificar por que não nomeou.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu só queria dizer rapidamente o seguinte: parece que estamos impondo um ônus extraordinário à Administração. Mas todos nós já participamos da Administração Pública em vários níveis. Nós sabemos que essa justificação veio num processo administrativo. Quando vem para aquele que decide, já vem todos os pareceres e diz: olha, precisamos aprovar, abrir novo concurso por isso e aquilo. Essa é a motivação. É isso que nós estamos pedindo. No caso que nós examinamos, houve abertura de um novo concurso, sem qualquer motivação. E é dever da Administração motivar os seus atos, ainda que minimamente.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas, Ministro Presidente, no caso, a tese do Ministro Fachin não refere a abertura de novo concurso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas Sua Excelência aceita isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Aceita.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se mudar a redação ...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Parece-me coerente com o que estou propondo a questão atinente à abertura do novo concurso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A fórmula do Ministro Fachin não é tão distante assim da minha, salvo esse *plus* da motivação, não é isso?

Veja se ficaria, se daria para atender a expectativa do Colegiado: o candidato aprovado em concurso público, fora do número de vagas do edital, tem direito subjetivo à nomeação dentro do prazo de validade do certame nas hipóteses de preterição, salvo motivação idônea da Administração Pública.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência aceita isso Ministro Fachin? Essa última? Porque se aproxima do que Vossa Excelência está propondo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Salvo motivação idônea...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Idônea da Administração Pública.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por que não coloca: em caso de abertura de novo concurso?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

RE 837311 / PI

(PRESIDENTE) - Pode ser.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pode repetir, Ministro?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É essa a questão que está ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Aí, a gente tem motivação, tem como aferir, tem como aferir.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estou dizendo, mas em caso de abertura de novo concurso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - O candidato aprovado em concurso público, fora do número de vagas do edital, tem direito subjetivo à nomeação dentro do prazo de validade do certame nas hipóteses de preterição, salvo motivação idônea da Administração Pública.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Para abertura de novo concurso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Preterição materializada na abertura de um novo concurso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

RE 837311 / PI

(PRESIDENTE) - Pode ser.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Salvo motivação idônea da Administração Pública, para abertura de novo concurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Só para entender o cerne da decisão - eu sei que é a posição do Ministro Marco Aurélio. Todo mundo considerou, inclusive o Ministro Fux, que a preterição resultou da abertura de novo concurso? Foi essa a posição da maioria?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Foi o fundamento básico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se essa foi a posição da maioria, eu acho que essa posição deve constar da tese, porque isso é o que dá a excepcionalidade a essa situação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, várias fórmulas foram elaboradas, Ministro Barroso, exatamente ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, mas o caso concreto ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, exato! Várias fórmulas foram ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A preterição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa

RE 837311 / PI

Excelência considerou que a abertura de novo concurso ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ficou configurada a preterição...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Enquanto havia candidatos aguardando a nomeação é que foi a preterição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - ... independentemente da nomeação de candidato do segundo concurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Esse é o fator diferenciador deste caso.

Então, eu acho que isso deve constar da proposição da repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Também acho, também acho.

Então, olha como fica, ao final - se é que se pode falar ao final neste julgamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perfeito!

E a importância disso é que isso permite a sindicabilidade desse tipo de situação pelo Poder Judiciário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, da motivação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E a motivação é essencial.

Então, fica correto? Fica, então...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Vou repetir aqui.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas do edital tem direito subjetivo à nomeação dentro do prazo de validade do certame nas hipóteses de preterição, salvo motivação idônea da Administração Pública para realizar novo concurso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Todos de acordo?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não!

Quem está de acordo ?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque, primeiro, não é uma tese. Não estou isolado, porque começa que não teremos uma tese, não teremos uma explicitação, e a tese deve ser bem explícita, para nortear julgamentos.

Acabamos tendo mesclagem que simplesmente revela que o caso não está à feição para edição de uma tese. Devemos enxugar a proposta. Proponho ao Relator indicar adiamento, para enxugar a proposta e trazê-la concisa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Marco Aurélio, a tese de Vossa Excelência....

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Só para me orientar: devemos colocar a preterição, quer dizer, devemos caracterizar o

RE 837311 / PI

caso concreto como preterição. Na hipótese de preterição, caracterizada por isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro, o texto de Vossa Excelência fará, mas acho que a tese aprovada é: a abertura de novo concurso, durante o prazo de validade de concurso anterior, constitui preterição do direito dos candidatos já aprovados. Essa é a tese.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Concordo e subscrevo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Abertura sem a devida motivação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sem a devida motivação.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, penso que essa tese, com todo o respeito...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não há como motivar se se abre um segundo concurso. Que motivação será essa?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E porque não fazer a tese de Vossa Excelência?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que tem razão: se abriu um novo concurso, reconheceu que tem necessidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Penso que, como proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso, teremos uma tese enxuta que poderá nortear julgamentos e o caso concreto.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Essa que foi a tese aprovada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, imagino que há, sim, uma possibilidade de abertura de um novo concurso para um técnico da Administração quando houver uma alteração substancial justamente na tecnologia relativamente ao cargo que será desempenhado pelo candidato. Então, parece-me que é uma hipótese justificadora de um novo concurso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, para que novo concurso se há um cadastro de candidatos aprovados? Respondo: para driblar o inciso IV do artigo 37 da Constituição Federal. Aí é que está o problema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu volto a insistir, portanto, que, se não conseguimos produzir um consenso de que vamos desprover o recurso na linha do que foi decidido, mas...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Estamos perto do consenso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, não vamos frustrar o instituto, porque isso é uma manifestação de ineficiência do nosso Plenário Virtual, da dedicação da elaboração do voto, etc.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Até o tempo que nós dedicamos a essa discussão.

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Vamos fazer o seguinte: vou me reunir com os Colegas - cada um tem o seu posicionamento - e vamos chegar a um ponto comum só para a tese.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência consideraria, por favor, esta ideia: a abertura de novo concurso, durante o prazo de validade de concurso anterior, constitui preterição do direito de candidatos já aprovados?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Vamos sentar juntos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Já subscrevi a tese do ministro Luís Roberto Barroso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Essa é uma tese mínima. É a tese do caso concreto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, vamos sobrestar este julgamento e voltaremos oportunamente.

Eu apenas faço um apelo aos Colegas: passamos duas sessões, praticamente, discutindo essa questão e seria uma perda de tempo - e lamentável - dos Ministros do Supremo Tribunal Federal se não chegarmos a uma tese. Devemos fazer um pequeno esforço. Acho que essas são as dores do parto do novo instituto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E não chegaríamos, Presidente, por falta de inteligência!

RE 837311 / PI

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, fica sobrestado este julgamento.

O Ministro Fux, oportunamente, voltará com a tese para exame do Plenário.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311

PROCED. : PIAUÍ

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

RECDO.(A/S) : EUGÊNIA NOGUEIRA DO REGO MONTEIRO VILLA E
OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : DANIEL MOURA MARINHO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA FILHO

RECDO.(A/S) : KARLA ARAÚJO DE ANDRADE LEITE

RECDO.(A/S) : CYNTHYA TEREZA SOUSA SANTOS

RECDO.(A/S) : ÁLVARO FRANCISCO CAVALCANTE MONTEIRO

ADV.(A/S) : JOÃO ESTENIO CAMPELO BEZERRA E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes. Em seguida, o julgamento foi suspenso para fixação da tese da repercussão geral em uma próxima assentada. Falou, pelos recorridos, o Dr. Guilherme Capriata Vaccaro Campelo Bezerra. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.10.2015.

Decisão: O julgamento para fixação da tese da repercussão geral foi sobrestado para uma próxima assentada. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 22.10.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

09/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

**PROPOSTA
(S/TESE EM REPERCUSSÃO GERAL)**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e estudantes presentes.

Senhor Presidente, chegamos a uma conclusão, a várias mãos, porque submeti essa ementa da repercussão geral a todos os colegas que, naquela oportunidade, tinham algumas dúvidas, e houve um consenso, cujo texto é o seguinte, e que depois passo às mãos de Vossa Excelência.

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 motivada por parte da Administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público, capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exurge das seguintes hipóteses:

1- Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas previsto no edital - cito Recurso Extraordinário do Ministro Gilmar Mendes;

2- Quando houver preterição na nomeação por inobservância da ordem de classificação **ex vi** da Súmula 15;

3- Quando surgirem novas vagas ou for aberto novo concurso

RE 837311 / PI

durante a validade do certame anterior e ocorrer a preterição de candidato de forma arbitrária e motivada por parte da Administração nos termos acima.

Essa é a proposta a que cheguei, depois de submetê-las aos colegas que tinham dúvida, para encerrar aquele julgamento.

09/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

VOTO S/ PROPOSTA
(S/TESE EM REPERCUSSÃO GERAL)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, gostaria de dizer que estou de pleno acordo com a tese. E, aqui, há uma curiosidade: Votei vencido, porque interpretei diferentemente os fatos, porém, na tese, acompanho.

09/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

**VOTO S/ PROPOSTA
(S/TESE EM REPERCUSSÃO GERAL)**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, a formulação parece-me de todo coerente com o sentido da decisão. Creio que o Ministro Fux está carregado de felicidade na dicção que apresenta.

Estou de inteiro acordo.

09/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a meu ver, o enunciado da tese – e não tive acesso a ele anteriormente – conflita com as premissas lançadas, pela corrente vitoriosa, no julgamento do extraordinário. E por que conflita? Porque entendemos que fica caracterizada a preterição quando, na vigência do concurso, convoca-se um novo certame, revelando-se, mediante esse fato, a necessidade de se arregimentar mão de obra.

Por isso, voto contra o enunciado, simplesmente desprovendo, como já me pronunciei anteriormente, o recurso interposto.

Não me lembro se o recurso era de candidato.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O recurso era do Estado do Piauí. Vossa Excelência, portanto, negava provimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Negando provimento. Lembro-me de que ressaltai a letra expressa do inciso IV do artigo 37 da Constituição Federal, no que revela:

Art. 37 [...]

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

Entendi que esse preceito encerra a preterição por si só.

09/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311 PIAUÍ

VOTO S/ PROPOSTA
(S/TESE EM REPERCUSSÃO GERAL)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Peço vênia para acompanhar o eminente Ministro Luiz Fux. Entendo que Sua Excelência colocou todas as salvaguardas suscitadas pelo Plenário para que esta tese expressasse o voto médio do douto Plenário.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 837.311

PROCED. : PIAUÍ

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

RECDO.(A/S) : EUGÊNIA NOGUEIRA DO REGO MONTEIRO VILLA E
OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : DANIEL MOURA MARINHO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ANTONIO CAETANO DE OLIVEIRA FILHO

RECDO.(A/S) : KARLA ARAÚJO DE ANDRADE LEITE

RECDO.(A/S) : CYNTHYA TEREZA SOUSA SANTOS

RECDO.(A/S) : ÁLVARO FRANCISCO CAVALCANTE MONTEIRO

ADV.(A/S) : JOÃO ESTENIO CAMPELO BEZERRA E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes. Em seguida, o julgamento foi suspenso para fixação da tese da repercussão geral em uma próxima assentada. Falou, pelos recorridos, o Dr. Guilherme Capriata Vaccaro Campelo Bezerra. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.10.2015.

Decisão: O julgamento para fixação da tese da repercussão geral foi sobrestado para uma próxima assentada. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 22.10.2015.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1- Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima." Vencido

o Ministro Marco Aurélio, que se manifestou contra o enunciado. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.12.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário