

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 inexista 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 *obter 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 discricionarietà 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.