

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:

Senhor Presidente, trata-se de examinar o seguinte tema submetido à sistemática da Repercussão Geral:

683 - Reconhecimento de direito à nomeação de candidato preterido, quando ajuizada a ação após o prazo de validade do concurso.

Na origem, o Estado do Rio Grande do Sul publicou o Edital 01/2005-SE, em 10/1/2005, para fins de provimento, via concurso público, de 5.896 vagas para o cargo de professor do quadro do magistério estadual.

A publicação da classificação final ocorreu em 21/9/2005, tendo o certame por improrrogável termo a data de 21/9/2007.

A parte ora recorrida, Verônica Xavier Winter, ajuizou ação ordinária em 14/12/2010, postulando sua nomeação definitiva e o pagamento de indenização por danos morais e materiais, pois, embora aprovada na decima colocação “para a disciplina de Ciências Físicas e Biológicas na Área de Ensino Fundamental - Séries finais, no âmbito do município de Gravataí”, não foi nomeada no respectivo lapso do certame, mas contratada precariamente (contrato emergencial), com mais 7 professores nesse período. Após a expiração do prazo de validade do concurso, alegou ter havido a contratação de mais 24 educadores regidos pelo regime temporário para desempenho das aludidas funções magisteriais.

À vista disso, ante a contratação de 32 profissionais para exercício do cargo na localidade em que havia logrado sua classificação, antes e depois do fim do prazo de validade, a revelar a necessidade de prorrogação do concurso, a recorrida aduziu ter sido preterida, sendo infringindo o art. 37, II e IV, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, bem como o enunciado da Súmula 15 da SUPREMA CORTE (*Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação*).

Na contestação, o Estado recorrente argumentou, em suma, ser insustentável a tese de preterição da candidata, pois, para a supracitada localidade, “foi chamado, durante o prazo de vigência do concurso (21 de setembro de 2007), apenas um candidato aprovado para o cargo”. Aduziu que “a natureza jurídica da contratação prevista no artigo 37, IX, da Constituição Federal não se confunde com a da investidura em cargo público após aprovação em concurso público (art. 37, II). (vol. 1, e-fls. 50 /51). Adicionalmente, “afirmou não haver celebração de novos contratos temporários; e sim a prorrogação dos contratos até então vigentes.” (vol. 1, e-fl. 86).

Em primeira instância, houve a extinção da ação, uma vez que o “presente pleito só foi ajuizado em 14/12/2010, além do prazo de validade do concurso questionado, o qual expirou em 21/09/2007, visto que a Administração Pública optou por não prorrogar o prazo de validade do concurso.” (vol. 1, e-fl. 87).

Interposto recurso inominado, a Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul deu-lhe parcial provimento, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO CONTRA SENTENÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINAR DE DECADENCIA REJEITADA. EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS QUE ALCANÇAM A CLASSIFICAÇÃO DO AUTOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELA NÃO PERCEPÇÃO DE SALÁRIOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

Após o desprovimento dos Embargos de Declaração, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou o presente Recurso Extraordinário, sustentando violação ao art. 37, I, II, III e IV, da CARTA MAGNA, com base nas seguintes argumentações:

(i) há alto percentual de professores afastados e no exercício de outras funções; com o respectivo retorno posterior dos docentes, as vagas voltariam a ser preenchidas.

(ii) o gravíssimo quadro de desequilíbrio fiscal que atinge o Estado impõe ao administrador a tomada de decisão levada a efeito, “chamando aprovados e mantendo os demais como cadastro de reserva”

(iii) Findo o prazo de validade do concurso, inexistente o direito à nomeação.

(iv) não cabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo, como se fez no aresto recorrido.

Esta SUPREMA CORTE, ao examinar a matéria controvertida, reconheceu sua repercussão geral, conforme a seguinte ementa:

CONCURSO PÚBLICO – PRAZO DE VALIDADE – AÇÃO AJUIZADA APÓS O ESGOTAMENTO – ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da possibilidade de, esgotado o prazo de validade do concurso público, propor-se ação objetivando o reconhecimento do direito à nomeação. (RE 766304 RG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 29/10/2013).

Esse o relato que faço dos autos.

Senhor Presidente, o que se pretende neste precedente é examinar se o Poder Judiciário pode reconhecer, **em razão de preterição**, o direito à nomeação de **candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital**, após finalizado o prazo de validade do certame.

Quanto ao candidato aprovado dentro do número de vagas, entendo que o fim do prazo de validade do concurso NÃO O impede de buscar judicialmente sua nomeação, **desde que dentro do prazo prescricional constante do Decreto 20.910/1932**. Nessa hipótese, deve prevalecer o princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança depositada pelo concorrente na norma criada pelo gestor público, de maneira que se “o edital do concurso previu determinado número de vagas, a Administração fica vinculada a seu provimento, em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções”, afirma JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (**Manual de Direito Administrativo** . 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 681-682).

Em reforço, cito o seguinte trecho da lavra do eminente Ministro GILMAR MENDES no RE 589099-RG (DJe de 3/10/2011):

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.

Ressalte-se, no tocante ao tema, que a própria Constituição, no art. 37, IV, garante prioridade aos candidatos aprovados em concurso, nos seguintes termos:

(...) 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.

Assim, é possível concluir que, 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.

De fato, se o edital prevê determinado número de vagas, a Administração vincula-se a essas vagas, uma vez que, tal como já afirmado pelo Min. Marco Aurélio em outro caso, o edital de concurso, desde que consentâneo com a lei de regência em sentido formal e material, obriga candidatos e Administração Pública (RE 480.129/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ 23.10.2009). Nesse sentido, é possível afirmar que, 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.

(...).

O direito à nomeação constitui um típico direito público subjetivo em face do Estado, decorrente do princípio que a Ministra Cármen

Lúcia, em obra doutrinária, cunhou de princípio da acessibilidade aos cargos públicos (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva; 1999, p. 143).

Com efeito, não basta a titularidade do direito subjetivo público, se o seu exercício pode ser suprimido ao arbítrio de outrem, por não ser juridicamente protegido.

Do Candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital , que pertence ao cadastro de reserva.

Com o advento do prazo fatal de validade do certame, não se criam maiores expectativas ao direito dos candidatos aprovados **fora das vagas estampadas no edital** , uma vez que se encerra o vínculo jurídico-administrativo que regia a Administração Pública e o candidato, tornando-se incabível, inclusive, alegar preterição com base em fatos posteriores ao termo final de validade do certame.

Isso porque, se a Administração Pública, após o termo final de validade do concurso, abre uma nova disputa - o que, em tese, demonstra a necessidade de preenchimento de vagas -, os candidatos aprovados e listados no cadastro de reserva não podem se valer do argumento em torno da preterição, na medida que o Poder Público se desprende do vínculo entabulado entre as partes com suporte nas pretéritas regras editalícias. Em outras palavras, grifa o ilustre Ministro MOREIRA ALVES (RMS 23793, DJ de 14/12/2001):

[...] Exaurido o prazo de validade do concurso, e não tendo ele sido prorrogado, os incisos III e IV do artigo 37 da Constituição e o princípio consagrado na súmula 15 desta Corte não impedem que a Administração abra posteriormente outros concursos para o preenchimento de vagas dessa natureza, sem ter que convocar os candidatos daquele concurso que não obtiveram classificação nele.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a violação ao direito de nomeação de candidato pertencente a lista de cadastro de reserva, com fulcro na preterição, deve ter sempre como causa de pedir ato administrativo

praticado no curso de validade do certame, e a busca judicial pela sua reparação não pode superar esse marco, incumbindo ao figurante no rol de classificados redobrada vigilância de seus interesses.

Somente em casos excepcionais, em que o preterido, por força maior, não pode ter ciência dos atos administrativos eivados em tempo oportuno, pode-se permitir a sindicância judicial desses atos em momento posterior ao esgotamento da validade do concurso.

Do caso concreto

Dos autos, constata-se que a parte recorrida (I) não foi aprovada dentro do número de vagas previstas no edital, e (II) somente após expirada a validade do certame, provocou o Poder Judiciário, alegando preterição ocorrida antes e após o vigor do concurso.

Ora, como salientado, os atos administrativos posteriores ao fim do concurso, em um cenário de absoluta normalidade, não refletem na esfera jurídica do candidato que não constava na lista dos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, de modo que são irrelevantes ao desate da controvérsia.

Quanto às contratações temporárias no curso de validade do certame, infere-se que a recorrida, embora já ciente desse comportamento administrativo, ficou inerte durante todo o prazo de vigência do concurso; conseqüentemente não pode, a destempo, questionar judicialmente as medidas adotadas pelo Estado do Rio Grande do Sul quando já encerrado o concurso, sendo oportuno rememorar o seguinte brocardo romano: *dormientibus non succurrit ius* (o direito não socorre aos que dormem).

De todo modo, no ponto, vale ressaltar que não houve preterição, cotejando o caso destes autos com as diretrizes estabelecidas por esta SUPREMA CORTE no RE 837311 (Rel. Min. LUIZ FUX, Tema 784, DJe de 18 /4/2016), cuja ilustrativa e pedagógica ementa merece reprodução. Vejamos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O

DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrenchada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só

possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresse do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.” (RE 837311, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 18/4/2016).

Como se lê, o Estado recorrente tem, por regra, a decisão sobre prorrogação do certame e nomeação dos candidatos além das vagas ofertadas no edital.

No aludido precedente, ficou clarividente 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, 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.

Desta feita, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses, como venho afirmando em julgados de minha relatoria (*cf.*, *vg.*, RCLs 39178 e 39179, DJe de 262 /2020):

- (I) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;
- (II) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;
- (III) 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.

E, na espécie, não se trata da hipótese de descumprimento da ordem de classificação de aprovados no cadastro de reserva, já que, segundo o Juízo *a quo*, houve preterição em razão de que, ao invés de nomear os aprovados para o cargo de professor de Ensino Fundamental – Séries Finais, o Estado recorrente contratou 7 professores para o aludido cargo dentro do prazo do certame; e mais 24 profissionais após o fim do prazo de validade do concurso, sendo, em ambas as oportunidades, contratações temporárias /emergenciais.

Esse argumento, com a devida vênia, não merece prosperar.

Efetivamente, compete ao Poder Judiciário proceder ao juízo de verificação do exercício da discricionariedade administrativa perante os princípios da administração pública (CF, art. 37, *caput*), no desiderato de verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica do ato administrativo com os fatos; e, se ausente a coerência, cumpre ao órgão jurisdicional dar cabo do ato administrativo viciado, por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa, de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias (MS 37097, de minha relatoria, DJe de 29/4/2020).

Ocorre que, na presente situação, diante da excepcional gravidade econômica e da necessidade imediata da prestação do direito fundamental à educação, o ente estatal viu-se na contingência de recrutamento de pessoal sob o regime de contratação temporária, para atender o interesse público em apreço, eis que não poderia nomear mais professores para comporem os quadros definitivos do magistério público, dada a notória crise fiscal que assolou o Estado.

Nessa quadra, a conveniência e oportunidade administrativa acerca da convocação de aprovados em concurso público não se reduzem ao patamar zero, havendo espaço legítimo para a tomada da decisão implementada pelo recorrente.

Ante o exposto, acompanho o Ilustre Ministro Relator quanto ao provimento do Recurso Extraordinário, julgando improcedente o pedido inicial. Como tese, sugiro a seguinte:

“ A ação judicial visando ao reconhecimento do direito à nomeação de candidato aprovado fora das vagas previstas no edital (cadastro de reserva) deve (a) ser ajuizada dentro do prazo de validade do concurso público e (b) ter por causa de pedir preterição ocorrida na vigência do certame. ”

É como voto.