

15/06/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.122.828  
SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI  
AGTE.(S) : ESTADO DE SANTA CATARINA  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
AGDO.(A/S) : FRANCIELI CRISTINA JAQUES RODRIGUES  
ADV.(A/S) : MAICOM ARNALDO NILES  
ADV.(A/S) : RAFAEL MEDEIROS

#### EMENTA

**Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Concurso público. Controle judicial da legalidade dos atos administrativos do Poder Executivo. Possibilidade. Direito à nomeação. Candidato aprovado fora do número de vagas. Preterição comprovada pelo tribunal de origem. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.**

1. O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes.

2. O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do RE nº 837.311/MS, de relatoria do Ministro **Luiz Fux**, no qual se discutiu a “existência, ou não, de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas no edital do concurso público quando surgirem novas vagas durante o prazo de validade do certame”. No caso dos autos, conforme decidido pelo Tribunal **a quo**, o direito de nomeação decorreria da exceção prevista no item III da tese firmada no referido julgamento, **in verbis**:

“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

**ARE 1122828 AGR / SC**

arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.”

3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

4. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC).

5. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 8 a 14/6/2018, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC), nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de junho de 2018.

**MINISTRO DIAS TOFFOLI**

Relator

15/06/2018

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.122.828  
SANTA CATARINA**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**AGTE.(S)** : **ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**AGDO.(A/S)** : **FRANCIELI CRISTINA JAQUES RODRIGUES**  
**ADV.(A/S)** : **MAICOM ARNALDO NILES**  
**ADV.(A/S)** : **RAFAEL MEDEIROS**

### **RELATÓRIO**

#### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Estado de Santa Catarina interpôs tempestivo agravo regimental, em 17/5/18, contra a decisão em que neguei seguimento ao recurso, com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

‘AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO AGRAVO INTERNO, NA FORMA DO ART. 557, § 1º, DO CPC/73. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. VIABILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, SEGUINDO ORIENTAÇÃO ANTERIOR DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO, REFORMOU A SENTENÇA. POSTERIOR ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NESTE TRIBUNAL, EM SEDE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (ART. 947 DO CPC/15). OBSERVÂNCIA DESTA DECISÃO POR FORÇA DO EFEITO

**ARE 1122828 AGR / SC**

VINCULANTE PREVISTO NO § 3º DO ART. 947 DO CPC/15, RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DESTA RELATOR. AGRAVO DA AUTORA PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA PROFERIDA EM PRIMEIRO GRAU E, EM CONSEQUÊNCIA, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO E À REMESSA.

Este Tribunal, em sede de Incidente de Assunção de Competência (art. 947 do CPC/15), decidiu que "há direito subjetivo à nomeação, em prol do servidor aprovado no concurso público para o Instituto de Cardiologia do Estado, deflagrado em 2012, e investido no cargo por decisão judicial, haja vista situação na qual diversos candidatos, advindos de outro certame realizado concomitantemente, foram para lá removidos, pois, além da preterição ocorrida, verifica-se incontestemente necessidade e notório interesse do Estado de manter a autora - e outros colegas na mesma situação - em atividade, sob pena de fechamento de leitos, dentre outras graves consequências relacionadas à saúde pública e, de conseguinte, à preservação de vidas humanas" (TJSC, AC e RN n. 0311900-04.2014.8.24.0023, rel. Des. João Henrique Blasi, j.10.8.16).

Impõe-se a observância deste entendimento por força do efeito vinculante previsto no § 3º do art. 947 do CPC/15, ressalvado, contudo, o entendimento pessoal deste Relator sobre o tema.'

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

No recurso extraordinário, interposto com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional, sustenta-se violação dos artigos 2º, 37, inciso IV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Decido.

Não procede a alegada violação do artigo 93, inciso IX, da Constituição, haja vista que a jurisdição foi prestada, no caso,

**ARE 1122828 AGR / SC**

mediante decisões suficientemente motivadas, não obstante contrárias à pretensão da parte recorrente. Anote-se que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral desse tema e reafirmou a orientação de que a referida norma constitucional não exige que o órgão julgante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas que fundamente, ainda que sucintamente, as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento (AI nº 791.292/PE-RG-QO, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 13/8/10).

Não colhe êxito, igualmente, a alegação de contrariedade ao artigo 2º da Constituição, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o julgamento, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos dos demais Poderes não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes. Anote-se:

‘CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE ATO DO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. DECISÃO BASEADA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. SÚMULAS 279, 280 E 454. AGRAVO IMPROVIDO. I - Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação. II - O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Incidência da Súmula 280 desta Corte. III - O exame de matéria de fato e a interpretação de cláusulas editais atraindo a incidência das Súmulas 279 e 454 do STF. IV - Agravo regimental improvido’ (AI nº 640.272/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 31/10/07).

**ARE 1122828 AGR / SC**

Por outro lado, verifica-se que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 837.311/PI, firmou a orientação sintetizada na seguinte 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. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a

**ARE 1122828 AGR / SC**

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.

**ARE 1122828 AGR / SC**

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



**ARE 1122828 AGR / SC**

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.'**

No caso dos autos, a Corte de origem concluiu que o direito de nomeação da autora decorre da exceção prevista no item III da tese firmada no referido julgamento, **in verbis**:

'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'.

Assim, é certo que o acolhimento da pretensão recursal não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível em sede de recurso extraordinário. A propósito:

**'DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS**

**ARE 1122828 AGR / SC**

PREVISTO NO EDITAL. PRETERIÇÃO. PRECEDENTE. 1. O acórdão recorrido está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o mérito de tema com repercussão geral, RE 837.311-RG (Tema 784), julgado sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, reconheceu o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público, fora do número de vagas previstas no edital, “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”. 2. Dissentir da conclusão adotada pelo Tribunal de origem demandaria necessariamente uma nova análise dos fatos e do material probatório constantes dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279/STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento’ (ARE nº 933.389/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 21/9/16).

Ante o exposto, nos termos do artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao recurso. Determino que, a título de honorários recursais, a verba honorária já fixada seja acrescida do valor equivalente a 10% (dez por cento) do seu total, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, obedecidos os limites dos §§ 2º e 3º do citado artigo.”

Insiste o agravante na alegação de que teria havido violação direta dos arts. 2º e 37, inciso IV, da Constituição Federal.

Defende que o deslinde da controvérsia prescindiria da análise do conjunto fático-probatório constante dos autos e, também, do exame do edital do certame, não havendo falar em ofensa às Súmulas nºs 279 e 454/STF.

Por fim, argumenta ser inaplicável o entendimento firmado por este Supremo Tribunal Federal no RE nº 837.311/PI-RG. Nesse tocante, aduz, **in verbis**, que

**ARE 1122828 AGR / SC**

“(...) a jurisprudência dominante garante à Administração Pública escolher o momento mais adequado e oportuno, dentro do prazo de validade, para realizar a nomeação e posse.

Portanto, é inaceitável a conclusão do acórdão local que garantiu liminarmente a imediata nomeação, sem atentar ao fato de que a Administração detém poder de dispor sobre o momento no qual se realizará a nomeação.

Como se verifica, a agravada foi aprovada fora do número de vagas, portanto, o candidato possui apenas a expectativa de direito de ser nomeado enquanto perdurar a validade do certame.

Deste modo, não se pode impor à Administração a obrigação de nomear os aprovados dentro do prazo de validade do certame, a menos que tivesse ocorrido preterição na ordem classificatória, o que não ficou comprovado no caso em exame”.

Em atenção ao princípio da celeridade processual e por não verificar prejuízo para a parte agravada, deixei de abrir prazo para contrarrazões.  
É o relatório.

15/06/2018

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.122.828  
SANTA CATARINA**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

A irresignação não merece êxito.

Inicialmente, não se sustenta a alegação de que o art. 2º da Constituição Federal teria sido violado, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o julgamento pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos dos demais Poderes não representa ofensa ao mencionado dispositivo. Adotam esse entendimento os seguintes precedentes, além dos já colacionados na decisão monocrática:

“Agravos regimentais no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Concurso público. Ato administrativo ilegal. Controle judicial. Possibilidade. Preterição. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos, incluídos aqueles praticados durante a realização de concurso público. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido” (ARE nº 882.043/CE-AgR, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 18/8/15).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. OFENSA NÃO

**ARE 1122828 AGR / SC**

CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 08.4.2010. A suposta ofensa aos postulados constitucionais invocados no apelo extremo somente poderia ser constatada a partir da análise da legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento” (ARE Nº 723.019/SP-ED, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 26/3/15).

Ademais, o Plenário desta Corte concluiu, em 9/12/15, o julgamento do RE nº 837.311/PI-RG, o qual trata “[da] existência, ou não, de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas no edital do concurso público quando surgirem novas vagas durante o prazo de validade do certame”, exatamente o que se discute nos presentes autos.

Colhe-se da manifestação pela existência da repercussão geral da matéria o seguinte:

“A questão de fundo debatida nos autos diz respeito ao 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.

Cumpram-se acentuar que esta matéria vem sendo decidida de forma divergente pelas Turmas desta Corte (...).

Dessa forma, ressoa recomendável que esta Suprema Corte se pronuncie sobre o tema e fixe uma só tese, de modo a assegurar a segurança e a previsibilidade necessárias nos inúmeros certames públicos tanto para a Administração Pública quanto para os candidatos aprovados.”

Após o julgamento, a orientação firmada foi sintetizada na seguinte

**ARE 1122828 AGR / SC**

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. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

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.

**ARE 1122828 AGR / SC**

Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

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

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

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

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoccorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de

**ARE 1122828 AGR / SC**

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.

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.”**



**ARE 1122828 AGR / SC**

**In casu**, colhe-se do acórdão recorrido:

“Constata-se, de plano, que a autora foi aprovada no certame fora do número de vagas estabelecidas no edital (no caso, apenas 5), razão pela qual não possui direito subjetivo à nomeação, mas tão somente mera expectativa de direito, conforme já decidiram as Cortes Superiores: ‘Os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, nos termos do RE 598.099/MS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal’ (STJ, AgRg no RMS n. 38.892/AC, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 16.4.13). Este entendimento é o que defendi em inúmeros casos similares, inclusive com fundamento em decisões firmadas pela maioria do Grupo de Câmaras de Direito.

Entretanto, este Tribunal, em sede de Incidente de Assunção de Competência (art. 947 do CPC/15), decidiu que **‘há direito subjetivo à nomeação, em prol do servidor aprovado no concurso público para o Instituto de Cardiologia do Estado, deflagrado em 2012, e investido no cargo por decisão judicial, haja vista situação na qual diversos candidatos, advindos de outro certame realizado concomitantemente, foram para lá removidos, pois, além da preterição ocorrida, verifica-se incontestemente necessidade e notório interesse do Estado de manter a autora - e outros colegas na mesma situação - em atividade, sob pena de fechamento de leitos, dentre outras graves consequências relacionadas à saúde pública e, de conseguinte, à preservação de vidas humanas’** (TJSC, AC e RN n. 0311900-04.2014.8.24.0023, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 10.8.16 – grifou-se).”

Verifica-se que, conforme restou consignado na Corte de origem, o direito à nomeação da aprovada no concurso público fora do número de vagas decorreria da exceção prevista no item III da tese firmada no julgamento do referido paradigma da repercussão geral, **in verbis**:

**ARE 1122828 AGR / SC**

“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 (...).”

Destarte, é certo que o acolhimento da pretensão recursal não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório da causa, o que não se mostra cabível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. Sobre o tema, além do precedente já citado, anatem-se os seguintes:

“AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 837.311-RG (TEMA 784).

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao resolver questão de ordem suscitada no RE 837.311-RG (TEMA 784), fixou a seguinte tese:

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:

I Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

II Quando houver preterição na nomeação por não

**ARE 1122828 AGR / SC**

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.

**2.** A ausência de nomeação do candidato nessas circunstâncias configura preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, conforme assentado no julgamento da questão de ordem do RE 837.311 (Tema 784).

**3.** Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem” (RE nº 1.072.878/PB-AgR-Segundo, Primeira Turma, Relator o Ministro **Alexandre de Moraes**, DJe de 6/3/18).

**“SEGUNDO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. NOMEAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO EDITAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DO EDITAL. ÓBICE DA SÚMULA 454 DO STF. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES RECURSAIS ANTERIORES. MANIFESTO INTUITO PROTTELATÓRIO. MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO”** (ARE nº 984.391/GO-AgR-Segundo, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 17/5/17).

**“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 284/STF. PRELIMINAR DE**

**ARE 1122828 AGR / SC**

REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ÔNUS DA PARTE RECORRENTE. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS. NÃO COMPARECIMENTO. REABERTURA DE VAGAS. DIREITO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO SUBSEQUENTE. COMPATIBILIDADE COM AS TESES ASSENTADAS NO RE 598.099 (REL. MIN. GILMAR MENDES, TEMA 161) E RE 837.311 (REL. MIN. LUIZ FUX, TEMA 784). PRETERIÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE INEQUÍVOCA NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO” (RE nº 795.316/BA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 25/4/16).

Manifestamente improcedente, nego provimento ao agravo regimental e condeno a parte agravante ao pagamento de multa de 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa, consoante disposto no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, caso seja unânime a votação.

Determino que, a título de honorários recursais, a verba honorária já fixada seja acrescida do valor equivalente a 10% (dez por cento) de seu total, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do citado artigo e a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça.

É como voto.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.122.828**

PROCED. : SANTA CATARINA

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

AGTE.(S) : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGDO.(A/S) : FRANCIELI CRISTINA JAQUES RODRIGUES

ADV.(A/S) : MAICOM ARNALDO NILES (25698/SC)

ADV.(A/S) : RAFAEL MEDEIROS (35715/SC)

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com imposição de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 8.6.2018 a 14.6.2018.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Edson Fachin.

Disponibilizou processos para esta sessão o Ministro Alexandre de Moraes, não tendo participado do julgamento desses feitos o Ministro Edson Fachin por suceder, na Segunda Turma, o Ministro Teori Zavascki.

Ravena Siqueira  
Secretária