

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. EDSON FACHIN**
RECTE.(S) : **MARCOS MACIEL DE ALMEIDA**
ADV.(A/S) : **LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DE ADMISSÃO À CARREIRA DE DIPLOMATA. EDITAL CACD 2011. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADO NO EDITAL. PRETENSÃO DE QUALIFICAR EXTERIORIZAÇÃO DE CONSULTA, PELA AUTORIDADE COATORA, ACERCA DE VIABILIDADE ORÇAMENTÁRIA PARA PROVIMENTO DE MAIS UM CARGO COMO VAGA CRIADA DURANTE A VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O candidato foi aprovado fora das vagas previstas em edital, e, tendo sido demonstrado nos autos a ausência do surgimento de novas vagas ou abertura de novo certame durante o prazo de validade do certame, resta inadequada a pretensão de aplicação do precedente julgado pelo Plenário no RE 837.311-RG.

2. A simples consulta feita pelo Ministério das Relações Exteriores ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, acerca da viabilidade orçamentária para o provimento de eventual vaga adicional ao Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata, não caracteriza a existência efetiva de vaga excedente durante o prazo de validade do certame. Com efeito, esta manifestação era autorizativa para a nomeação de candidatos aprovados e não classificados no certame, e ela jamais se configurou, donde inexistir direito líquido e certo ao provimento do cargo pretendido, porque a vaga nunca existiu.

3. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

RMS 31478 / DF

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator.

Brasília, 9 de agosto de 2016.

Ministro **EDSON FACHIN**
Redator para o acórdão

05/04/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478 DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **MARCOS MACIEL DE ALMEIDA**
ADV.(A/S) : **PRISCILLA MEDEIROS DE ARAÚJO BACCILE E
OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O recorrente busca reformar acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIPLOMATA. MINISTRO DE ESTADO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. APROVAÇÃO FORA DO ROL DE VAGAS PREVISTAS. INEXISTÊNCIA DE VAGA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVOS REGIMENTAIS PREJUDICADOS. LIMINAR REVOGADA.

1. Cuida-se de writ impetrado com o fito de garantir a nomeação de candidato aprovado na 26ª colocação em certame que previa 24 (vinte e quatro) vagas de ampla concorrência e outras 2 (duas) a candidatos com necessidades especiais; todavia, no caso concreto, foi nomeado o único portador de necessidades especiais, bem como o 25º aprovado na ordem de classificação de concorrência ampla e, em síntese, foi ocupada a totalidade das vagas previstas do Edital CACD 2011, de 17.1.2011.

2. De plano, nota-se que o candidato foi aprovado fora do rol de vagas previstas no Edital e, portanto, não existe o pretendido direito líquido e certo. Precedente: MS 16.623/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, Dje 20.9.2011.

RMS 31478 / DF

3. A alegada vaga adicional não existe, porquanto é necessário que haja autorização do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pelo teor do artigo 10 § 3º, e 11, do Decreto 6.944, de 2009; logo, não existindo vaga extra, conforme alegado, não há liquidez e certeza no direito.

4. Prejudicados os agravos regimentais da União e do candidato, bem como revogada a liminar. Segurança denegada.

Segundo narra, no acórdão, partiu-se de premissa equivocada no que veio a ser considerada inexistente a vaga almejada. Destaca a comprovação da abertura de posto adicional, de modo a revelar a presença de direito subjetivo à nomeação e à posse. Menciona a desnecessidade de pronunciamento do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão quanto ao preenchimento de cargos, bastando a manifestação no âmbito do Ministério das Relações Exteriores.

Em contrarrazões, a União sustenta a ausência de direito líquido e certo. Ressalta a aprovação fora das vagas contidas no edital do certame público. Discorre sobre o procedimento de nomeação e posse no âmbito do Poder Executivo Federal, evocando o § 3º do artigo 10 do Decreto nº 6.944/2011, a versar a competência do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão no tocante a recursos destinados ao provimento de cargos da carreira de Diplomata. Alega, nesse sentido, a insuficiência do ato praticado no Ministério. Saliencia a necessária observância do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Enfatiza o prazo de validade do processo seletivo e a impossibilidade de prorrogação, ante a ausência de previsão no instrumento convocatório.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso. Afirma haver obstáculos decorrentes de questões orçamentárias.

É o relatório.

05/04/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O acórdão atacado foi publicado no Diário da Justiça de 22 de março de 2012. O recurso veio a ser interposto em 9 de abril seguinte, dentro do prazo legal. O subscritor da peça encontra-se regularmente habilitado, consoante instrumento de procuração juntado à petição inicial. Conheço.

Colho das razões recursais que se busca a obtenção de decisão judicial em que fiquem garantidas a nomeação e a posse no cargo de Terceiro Secretário da carreira de Diplomata. O impetrante, embora aprovado fora das vagas inicialmente previstas, sustenta haver direito subjetivo, em razão do advento de posto adicional, ainda na vigência do concurso.

Procede a irresignação. A documentação que instrui o processo revela a presença de direito líquido e certo, porquanto demonstrado, no prazo de validade do processo seletivo, o surgimento da 26^a vaga. Descabe potencializar a falta de pronunciamento do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão no tocante à disponibilidade orçamentária, porque expressamente reconhecida, no âmbito do Ministério das Relações Exteriores, a existência de posto a viabilizar a convocação do recorrente.

O surgimento de vaga, acrescido da abertura de certame pouco tempo após a homologação do anterior, afasta a relevância da argumentação quanto a suposta limitação orçamentária. Consoante fiz ver ao votar no Recurso Extraordinário nº 837.311, relator ministro Luiz Fux, a simples convocação de novo concurso fraudava o interesse subjetivo dos candidatos aprovados, no que apresenta contrariedade ao disposto no artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal.

Assim como ocorreu o aproveitamento do 25º colocado, em virtude da aprovação de apenas um candidato portador de necessidades

RMS 31478 / DF

especiais, igual óptica mostra-se cabível quanto ao 26º, considerado advento de nova vaga.

Ante o quadro, dou provimento ao recurso.

05/04/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478 DISTRITO
FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, inicialmente, cumprimento Sua Excelência o eminente Relator e peço vênia para divergir, mas não sem antes cumprimentar o Doutor Luís Felipe Freire Lisbôa, a quem eu conheço e cuja atuação honra as *litis* da advocacia nesta cidade e neste País.

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Obrigado, Excelência.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Nesta matéria, creio que não estamos a dissentir sobre teses, mas até onde percebo - e o ilustre Advogado que está na tribuna já respondeu uma das indagações que lhe fiz -, uma segunda diz respeito ao prazo de validade desse concurso para o qual havia 26 vagas. Esse prazo de validade expirou antes da abertura do novo concurso, pelas informações que tenho.

SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Excelência, um mês antes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Portanto, antes.

Logo, nós não estamos diante do mesmo caso julgado pelo Plenário, com a devida vênia. Porque o caso apreciado pelo Plenário, cujo julgamento também tomei parte e que o eminente Advogado reproduziu, corretamente - a ementa do julgamento está reproduzida, inclusive, no memorial -, menciona precisamente que se trata de preterição durante o prazo de validade daquele concurso anterior.

Aqui não é a hipótese, a menos que se entenda, por uma

RMS 31478 / DF

hermenêutica mais ampliada, que a abertura - e aí precisaríamos começar a pensar qual é o lapso de tempo posterior - poderia configurar algum tipo de procedimento indevido e ilegítimo da Administração.

Mas, nesta hipótese, a diferença entre este e o precedente de relatoria do eminente Ministro Fux, é que, neste caso, pelas informações que tenho, o novo concurso restou aberto em 19 de janeiro de 2012, sendo que o ofício a que se fez referência é de 30 de agosto de 2011 e se refere ao concurso anterior - esse das 26 vagas -, cujo prazo de validade, pelas informações que tenho, teria expirado no dia 26 de novembro de 2011 - de fato, 26 de novembro. Um novo concurso é aberto em 19 de janeiro.

De qualquer sorte, desse expediente de 30 de agosto, permito-me ler um trecho que é firmado pelo Diretor do Departamento do Serviço Exterior e dirigido ao Ministério do Planejamento, à Diretoria do Departamento de Modernização Institucional, que consta:

Informo a Vossa Senhoria que foi constatada a existência de vaga adicional às 26 originalmente oferecidas em edital na corrente edição do concurso de admissão à carreira diplomática.

Como é do conhecimento de Vossa Senhoria, a autorização para a realização de concurso e provimento de cargos na carreira diplomática é prerrogativa do Ministério de Estado das Relações Exteriores, nos termos do art. 10 do Decreto nº 16.944/2009.

Entretanto, o mesmo dispositivo legal determina a necessidade de manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, confirmando a disponibilidade orçamentária para cobrir as despesas com os cargos.

Portanto, ato administrativo a depender de manifestação de dois órgãos. O primeiro, Ministério das Relações Exteriores, cuja manifestação é inequivocamente positiva. E, portanto, o Ministério, por meio do Diretor de Departamento de Serviço Exterior, solicitava ao outro órgão da Administração Pública, o Ministério do Planejamento, o que consta ao final desse dispositivo, dizendo:

Tendo em vista que o anexo do Ofício nº 1.887 confirma a disponibilidade orçamentária para o provimento de 26 cargos - esse era o

RMS 31478 / DF

número de vagas - de Terceiro Secretário da Carreira Diplomática, consulto Vossa Senhoria sobre a viabilidade orçamentária do provimento de cargo adicional.

Essa resposta, ao que me consta, não veio.

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Excelência, não veio, mas nesse período havia, aliado a isso, paralelamente, uma comunicação entre o Ministério das Relações Exteriores e o Ministério do Planejamento e Gestão para a realização do próximo concurso com 30 vagas. E a resposta veio... O concurso foi realmente, o próximo, em janeiro. Mas a resposta, a nota técnica do Ministério do Planejamento veio ainda em dezembro do ano anterior.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Portanto, Doutor Luís Felipe, e esse diálogo é importante, ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Esse dado é importante. A impetração, de qualquer forma, ocorreu antes de vencido o prazo de valia do concurso. E o Ministro Relator no Superior Tribunal de Justiça determinou a reserva de vaga. Posteriormente houve a manifestação do Ministério do Planejamento quanto ao orçamento e à previsão orçamentária para as trinta vagas que seriam relativas ao segundo concurso?

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - No ano anterior, houve essa troca de comunicações, porque, ao mesmo tempo em que não vinha resposta para esse ofício, especificamente, o Ministério das Relações Exteriores conversava com o Ministério do Planejamento para realização do próximo concurso com 30 vagas, muito mais vagas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Alcançando trinta vagas, não apenas uma única?

RMS 31478 / DF

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Não apenas uma única.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - De qualquer sorte, e peço, obviamente, a devida vênia, esta é uma vaga que está sendo criada judicialmente. A vaga não havia. As 26 foram preenchidas. O concurso expirou. Esta vaga não foi preenchida. E, depois, pouco tempo, reconheça-se, abriu-se concurso para um número expressivo de vagas. A menos que façamos as inferências que estão sendo feitas de que o novo concurso compreende, por interpretação, a resposta orçamentária que não veio - como foi dito da tribuna, a resposta direta não veio; veio pela inferência que obviamente de modo legítimo está sendo feita, mas é uma inferência das circunstâncias posteriores -, claro que além disso há o argumento de que, a rigor, este tema do novo concurso, pelo que li, não está exatamente posto na inicial da impetração. Portanto, temos aqui também um tema de suscitação *extra petita*.

Mas, não obstante isso, Senhor Presidente, eu, com a devida vênia, estou me manifestando pelo desprovimento do recurso ordinário. Entendo que o candidato, na hipótese, não foi aprovado no quantitativo de vagas. E o mérito do julgamento no Superior Tribunal de Justiça parece-me que deu o destino adequado à matéria, em que pese, evidentemente, todo o esforço, que há de ser louvado, também do candidato e do seu ilustre Patrono. Mas não é a hipótese, com a devida vênia, em meu juízo, do que julgamos no Plenário.

05/04/2016

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, após ouvir o alentado voto do Eminentíssimo Relator, bem como a sustentação oral do Ilustríssimo causídico representante do Recorrente, com todas as vênias, entendo pelo desprovimento do presente recurso ordinário; assim, principio a divergência na hipótese que ora se apresenta para julgamento.

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado por Marcos Maciel de Almeida, tendo sido denegada a segurança pretendida pelo Superior Tribunal de Justiça.

No *mandamus*, requer o Impetrante ver reconhecido o direito de ser nomeado para o cargo de Terceiro Secretário da Carreira de Diplomata, pois, segundo alega, houve a oferta de vaga adicional àquelas previstas pelo Edital CACD 2011, ainda durante a vigência do certame, bem como há disponibilidade orçamentária, pois a vaga decorre de vacância e não de criação de cargo.

Na demanda, sustenta que ficou classificado na 26ª posição para vagas destinadas à concorrência geral, tendo sido ofertadas no concurso 26 vagas, sendo 24 vagas para concorrência geral e 2 vagas para portadores de necessidades especiais. Como somente 1 candidato às vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais logrou êxito no concurso, a outra vaga foi destinada ao candidato aprovado na 25ª colocação.

O Impetrante teve acesso a documento o qual, segundo alega, demonstraria a existência de vaga adicional àquelas disponibilizadas no certame, e, assim, entende ter direito subjetivo à nomeação e posse para o cargo de Terceiro Secretário da Carreira Diplomática. Obteve liminar em mandado de segurança impetrado na 1ª instância da Justiça Federal do Distrito Federal, a fim de frequentar o Curso de Formação da Carreira de Diplomata, e pretende, nesse *mandamus*, obter o direito à nomeação

RMS 31478 / DF

definitiva na carreira.

Foi concedida, em parte, a medida liminar pleiteada, determinando-se a reserva de vaga ao candidato, bem como sua inscrição e manutenção no Curso de Formação.

No julgamento de mérito, contudo, o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem pleiteada, por acórdão com a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIPLOMATA. MINISTRO DE ESTADO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. APROVAÇÃO FORA DO ROL DE VAGAS PREVISTAS. INEXISTÊNCIA DE VAGA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVOS REGIMENTAIS PREJUDICADOS. LIMINAR REVOGADA.

1. Cuida-se de writ impetrado com o fito de garantir a nomeação de candidato aprovado na 26ª colocação em certame que previa 24 (vinte e quatro) vagas de ampla concorrência e outras 2 (duas) a candidatos com necessidades especiais; todavia, no caso concreto, foi nomeado o único portador de necessidades especiais, bem como o 25º aprovado na ordem de classificação de concorrência ampla e, em síntese, foi ocupada a totalidade das vagas previstas no Edital CACD 2011, de 17.1.2011.

2. De plano, nota-se que o candidato foi aprovado fora do rol de vagas previstas no Edital e, portanto, não existe o pretendido direito líquido e certo. Precedente: MS 16.623/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 20.9.2011.

3. A alegada vaga adicional não existe, porquanto é necessário que haja autorização do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pelo teor do artigo 10, § 3º, e 11, do Decreto 6.944, de 2009; logo, não existindo a vaga extra, conforme alegado, não há liquidez e certeza no direito.

4. Prejudicados os agravos regimentais da União e do candidato, bem como revogada a liminar.

Segurança denegada”.

(MS 17.838/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 23/03/2012)

RMS 31478 / DF

Inconformado, o Impetrante interpôs recurso ordinário, ao argumento de que efetivamente existe vaga adicional ao cargo de Terceiro Secretário da Carreira de Diplomata, e que há disponibilidade orçamentária, pois a vaga advém de vacância por aposentadoria de servidor, e já deve estar prevista da Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao ano de 2011.

O parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo desprovimento do recurso.

Entendo que a solução do STJ ao caso foi correta, restando inviável a concessão de provimento ao recurso ordinário interposto pelo Impetrante.

De início, o Recorrente sustenta que o precedente julgado pelo Plenário no RE 837.311, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, submetido à sistemática da repercussão geral, por meio do qual se debateu controvérsia acerca do direito subjetivo dos candidatos aprovados em concurso público em vagas além daquelas previstas no edital do certame, durante o prazo de validade do concurso, aplicar-se-ia ao caso concreto ora sob debate. Eis a ementa do aresto mencionado:

“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

RMS 31478 / DF

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. 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

RMS 31478 / DF

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 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. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. **A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.** Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso

RMS 31478 / DF

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, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

Na hipótese presente, contudo, o caso diverge do paradigma emanado do Plenário desta Corte. Ocorre que, enquanto o precedente envolve a preterição de candidato em caso de surgimento de novas vagas ou abertura de novo certame ainda durante o prazo de validade do concurso no qual fora aprovado, o caso ora julgado não se enquadra nessa circunstância.

De fato, consigne-se que o Recorrente não foi aprovado dentro do número de vagas previsto no edital.

Com efeito, tomando conhecimento do Ofício nº 124 DSE/APES, endereçado à Diretoria do Departamento de Modernização Institucional vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio do qual se questiona acerca da viabilidade orçamentária para o provimento de vaga adicional ao Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata (CACD 2011), pleiteia o Impetrante ser nomeado para a ocupação desta vaga que entende excedente.

Contudo, não lhe assiste direito líquido e certo nessa pretensão.

A autoridade apontada como coatora não pode nomear o Impetrante, pois, ao contrário do entendimento externado pelo Recorrente, não havia vaga aberta à disposição para preenchimento,

RMS 31478 / DF

durante o prazo de validade do certame.

O ofício expedido pelo Ministério das Relações Exteriores apenas formaliza consulta prévia e necessária ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nos exatos termos do Decreto nº 6.944/2009, na redação vigente à época dos fatos:

Art. 10. Fica delegada competência ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão para autorizar a realização de concursos públicos nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e decidir sobre o provimento de cargos e empregos públicos, bem como expedir os atos complementares necessários para este fim.

§1º A delegação prevista no caput não se aplica para efeito de ingresso:

I - nas carreiras de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional e de Procurador Federal, cujos atos serão praticados pelo Advogado-Geral da União;

II - na carreira de Defensor Público da União, cujos atos serão praticados pelo Defensor Público-Geral; e

III - na carreira de Diplomata, cujos atos serão praticados pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores.

IV - na Carreira de Policial Federal, cujos atos serão praticados pelo Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal. [\(Incluído pelo Decreto nº 8.326, de 2014\)](#)

§2º Prescinde de autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão o provimento de cargo docente e contratação de professor substituto, observado o limite que cada universidade federal se encontra autorizada a manter em seu quadro docente, conforme norma conjunta dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação.

§3º Nas hipóteses dos incisos I a III do §1º, os atos ali referidos dependerão de manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, emitida previamente à realização do concurso, que confirme a existência de

RMS 31478 / DF

disponibilidade orçamentária para cobrir as despesas com o provimento dos cargos.

(...)

Art. 11. Durante o período de validade do concurso público, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar, mediante motivação expressa, a nomeação de candidatos aprovados e não convocados, podendo ultrapassar em até cinquenta por cento o quantitativo original de vagas.

Portanto, ao contrário do que sustenta o Recorrente, a manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão não é meramente opinativa, mas autorizativa de nomeação de candidatos aprovados e não classificados nos certames, a depender da disponibilidade orçamentária.

A afirmação de que existia disponibilidade orçamentária para a nomeação de candidato não classificado, pois a vaga decorreria de aposentadoria de servidor, não se sustenta, pois dentro do limite prudencial para as despesas com pessoal, encontram-se os gastos com servidores inativos, nos termos do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000):

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de

RMS 31478 / DF

Pessoal".

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

É impossível pretender que os órgãos públicos possam nomear servidores, em número superior àquele divulgado no edital – para o qual os estudos de impacto financeiros já foram concluídos – em desrespeito às regras de responsabilidade fiscal, conforme dispõe o artigo 16 da LC 101/2000:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Logo, não se observa nenhum agir ilegal por parte da Administração Pública.

O Impetrante, em se considerando as vagas de concorrência geral e aquelas destinadas aos afrodescendentes, classificou-se em 27ª posição. Os 26 primeiros colocados, de acordo com o número de vagas ofertadas no edital, foram convocados. A autoridade apontada como coatora não ofertou nenhuma vaga adicional aos candidatos aprovados, mas não classificados, no Concurso para Admissão à Carreira de Diplomata; apenas exteriorizou consulta acerca da viabilidade orçamentária para contratação de mais uma pessoa, o que não pode se prestar a vincular a Administração, pois em verdade essa vaga pretendida pelo Impetrante,

RMS 31478 / DF

nos termos do edital e na vigência do certame, não existe e não pode ser criada judicialmente.

Sendo assim, voto, com a devida vênia ao Relator do feito, pelo desprovemento do recurso ordinário interposto.

05/04/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478 DISTRITO
FEDERAL**

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Antes de dar a palavra à eminente Ministra Rosa Weber, eu ainda estou tentando contribuir para a compreensão da hipótese.

No caso discutido no Plenário, Ministro Fachin e Ministro Marco Aurélio, eu votei vencido. A minha posição era no sentido de que a Administração pode abrir 20 vagas, preencher as 20 vagas e abrir um novo concurso sem ser obrigada a utilizar o final da fila do concurso anterior. Essa minha posição não prevaleceu, portanto prevaleceu a tese do Ministro Fux - que infelizmente está impedido, não pode participar do debate - de que, se bem me lembro, se a Administração, no prazo de validade do concurso anterior, abre um novo concurso, em verdade estaria demonstrando a necessidade de vagas e, portanto, preterindo aqueles que houvessem sido aprovados. Essa foi a posição do Ministro Fux. Eu divergi, mas há uma decisão do Plenário.

Quando ouvi o relatório e o voto do Ministro Marco Aurélio, entendi que nós estávamos na hipótese do Plenário. Agora veio Vossa Excelência e diz que não, que havia 26 vagas, e o Advogado lisamente confirmou da tribuna que o seu constituinte não estava entre esses 26, era o 27º. Portanto não se aplica, Vossa Excelência tem toda razão, em princípio o precedente do Plenário.

Agora eu gostaria de entender por qual razão o impetrante considerou que tinha direito, e pelo que percebi teve o seu direito reconhecido em algum momento, ou por liminar, ou em primeiro grau. Foi isso?

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) – Sim.

RMS 31478 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Qual foi a tese do impetrante?

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - A tese do impetrante, Excelência, é porque, no prazo de validade, o Ministério das Relações Exteriores - e aí tem uma discussão a respeito da aplicação desse Decreto 6.944 quanto à autonomia para dispor sobre essas questões do Ministério das Relações Exteriores -, o secretário do departamento externo informou que havia essa vaga e enviou para o Ministério do Planejamento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Havia essa vaga não do concurso, mas teria aberto uma vaga por aposentadoria?

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Exatamente, a 27ª vaga. E isso veio a ser confirmado nas informações da autoridade coatora também.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Ele chegou, ante a liminar, a complementar o curso de formação?

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Sim. O que aconteceu? Foi também impetrado um mandado de segurança na primeira instância, na 20ª Vara Federal aqui de Brasília, e lá ele conseguiu essa liminar, inclusive pra tomar posse, que era diante da ausência...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas a vaga, portanto, Doutor Luís Felipe, que teria sido preenchida pelo seu cliente era uma vaga nova decorrente de aposentadoria?

RMS 31478 / DF

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Isso, exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) -Portanto estamos fora do número de vagas do edital, mas estamos com a abertura de uma nova vaga na vigência do concurso?

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Isso. Sim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Essa realmente é uma hipótese que nós não cobrimos. Ministra Rosa, quer dizer, pessoalmente talvez peça vista.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Quem sabe Vossa Excelência pede vista, porque tenho a mesma compreensão do Ministro Fachin, com todo o respeito. Naquela sessão do Plenário eu acompanhava Vossa Excelência - divergia, em parte, da tese do Ministro Fux, dizendo que - e invocando a vírgula - "(...), salvo preterição".

Mas todas as hipóteses que lá figuramos pressupunham a validade do concurso, que é exatamente o ponto abordado aqui no parecer do Ministério Público.

Veja Vossa Excelência a tese que nós estabelecemos:

"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," - que é o caso, o 27º - 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

RMS 31478 / DF

direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:

- 1 – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;
- 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;
- 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.”

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Essa foi a decisão do Plenário?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Essa foi a decisão do Plenário. Por maioria, mas foi a decisão do Plenário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, peço a palavra para ressaltar certos aspectos.

Primeiro, a vaga adicional surgiu ainda no curso da validade do concurso; segundo, imediatamente houve a iniciativa do Ministério da Justiça, dirigindo-se ao Ministério das Relações Exteriores; terceiro, é muito sintomático que um mês após o término do concurso – talvez se tenha considerado a liminar implementada pelo ministro Humberto Martins – a Administração convoque um novo concurso, ofertando trinta vagas; o quarto aspecto é que a vaga – Vossa Excelência apanhou bem – adicional seria decorrente de aposentadoria, tratando-se de cargo já previsto em lei.

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO)- Em lei, exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu vou reiterar o pedido de vista.

RMS 31478 / DF

A minha dúvida é que, pelo que ouvi e rememorei no voto da Ministra Rosa Weber, o conceito chave, aqui, é o de preterição. É isso que o precedente do Plenário estabeleceu.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, porque nós estaríamos reconhecendo um direito líquido e certo que envolve ilegalidade, não é? Não se trata de algo justo ou que atenda... Direito líquido e certo diante de uma ilegalidade ou arbitrariedade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Neste momento, tenho dúvida real se houve ou não preterição. Portanto, vou pedir vista. Eu já conheço o ilustre Advogado. Sei que os advogados, sobretudo advogados qualificados e empenhados, vão..., eu não preciso nem de audiência. Eu já entendi a hipótese. Eu só quero estudar os autos, e trarei, com a proximidade possível, para que eu compreenda exatamente a situação de fato e forme ...

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (ADVOGADO) - Só, Senhor Presidente, deixar claro que o Ministério das Relações Exteriores e o Ministério do Planejamento, no prazo de validade do outro concurso, começam a conversar sobre esse novo concurso. Então, apesar de não ter uma resposta, no prazo de validade, com relação ao Ministério do Planejamento, ao mesmo tempo, esses dois órgãos conversam sobre a criação de trinta vagas.

Eu acho ser um aspecto relevante para a preterição, porque, tudo bem, o novo concurso não foi efetivado no prazo de validade, mas, antes disso, tem toda uma troca de conversas; há a vaga, há a dotação

RMS 31478 / DF

orçamentária, tudo comprovado antes, mas, formalmente, só vem depois.

Então, para o conceito de preterição, obviamente, Vossas Excelências, na formação dessa jurisprudência que vai sendo construída caso a caso, também com elementos novos, talvez essa questão pese na decisão de Vossas Excelências de modo a englobar todas essas questões que podem acontecer na vida real e tal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Presidente, só um aspecto que eu acho interessante. Eu não quero deixar registrado o voto, porque eu quero ouvir Vossa Excelência, até para repensar, eventualmente, o tema - e quem sabe até acompanhar o eminente Relator. Eu vou aguardar o voto de Vossa Excelência, mas só queria lembrar que, naquela oportunidade, talvez porque a minha compreensão fosse no sentido de reafirmar a jurisprudência do Supremo - aquela consagrada no precedente do Ministro Gilmar, que era a mesma tese de Vossa Excelência -, eu não acompanhei a tese do Ministro Fux, que era bem mais ampla, e, do meu ponto de vista, alcançaria, na sua terceira hipótese, talvez, a presente, mas não foi a tese que prevaleceu.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vamos ver.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : MARCOS MACIEL DE ALMEIDA

ADV.(A/S) : LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (19445/DF)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que dava provimento ao recurso ordinário; e do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, que o desprovia, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente. Falou o Dr. Luís Felipe Freire Lisboa, pelo Recorrente. Afirmou suspeição o Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 5.4.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO-VISTA

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIPLOMATA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE PRETERIÇÃO IMOTIVADA E ARBITRÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311-RG, Rel. Min. Luiz Fux, definiu que, com o surgimento de novas vagas, a preterição de candidato excedente será configurada nos casos em que a Administração age de forma imotivada e arbitrária.
2. O mero reconhecimento pela Administração Pública de existência de vaga adicional, por si só, não confere direito subjetivo à nomeação do candidato, sendo imprescindível a comprovação da disponibilidade orçamentária para o provimento do cargo.
3. No caso dos autos, não houve preterição imotivada e arbitrária, tendo em vista que o Ministério do Planejamento, Orçamento e

RMS 31478 / DF

Gestão não se manifestou expressamente sobre a disponibilidade orçamentária para preenchimento de vaga adicional às inicialmente ofertadas no edital do CACD 2011.

4. Recurso a que se nega seguimento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou o pedido de nomeação de candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas em edital. Confira-se a ementa do julgado:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIPLOMATA. MINISTRO DE ESTADO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. APROVAÇÃO FORA DO ROL DE VAGAS PREVISTAS. INEXISTÊNCIA DE VAGA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVOS REGIMENTAIS PREJUDICADOS. LIMINAR REVOGADA.

1. Cuida-se de *writ* impetrado com o fito de garantir a nomeação de candidato aprovado na 26ª colocação em certame que previa 24 (vinte e quatro) vagas de ampla concorrência e outras 2 (duas) a candidatos com necessidades especiais; todavia, no caso concreto, foi nomeado o único portador de necessidades especiais, bem como o 25º aprovado na ordem de classificação de concorrência ampla e, em síntese, foi ocupada a totalidade das vagas previstas no Edital CACD 2011, de 17.1.2011.

2. De plano, nota-se que o candidato foi aprovado fora do rol de vagas previstas no Edital e, portanto, não existe o pretendido direito líquido e certo. Precedente: MS 16.623/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 20.9.2011.

3. A alegada vaga adicional não existe, porquanto é necessário que haja autorização do Ministério do Planejamento,

RMS 31478 / DF

Orçamento e Gestão, pelo teor do artigo 10, § 3º, e 11, do Decreto 6.944, de 2009; logo, não existindo a vaga extra, conforme alegado, não há liquidez e certeza no direito.

4. Prejudicados os agravos regimentais da União e do candidato, bem como revogada a liminar.

Segurança denegada.”

2. Em síntese, o recorrente postula a reforma da decisão do STJ, por entender que possui direito líquido e certo à nomeação para o cargo de Terceiro-Secretário da Carreira de Diplomata. Alega que, durante a vigência do certame, surgiu uma vaga adicional em relação às inicialmente previstas no edital do Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata (CACD 2011), em decorrência de aposentadoria de servidor integrante dos quadros da instituição. Sustenta ainda que o Ministério das Relações Exteriores reconheceu expressamente a existência da vaga extra por meio do Ofício nº 124 DSE/APES, de 30 de agosto de 2011.

3. Em relação à existência de disponibilidade orçamentária para o provimento do cargo vacante, o recorrente admite que não houve manifestação do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre a questão, conforme exigido pelo art. 10, §3º, do Decreto nº 6.944/2006. Entretanto, defende que a manifestação do órgão ministerial é apenas uma formalidade, sendo prescindível, no presente caso, por se tratar de vaga decorrente de aposentadoria, modalidade de vacância em que *“a vaga já existia no quadro de pessoal, não tendo sido criada por lei”*.

4. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso ordinário. Entendeu que não há, na hipótese, direito subjetivo à nomeação, pois o recorrente não foi aprovado dentro do número de vagas previstas no edital.

5. O Ministro Marco Aurélio, relator do feito, votou pelo provimento do recurso. Afirmou que o recorrente tem direito subjetivo à nomeação definitiva ao cargo de Terceiro-Secretário. Sustentou que o

RMS 31478 / DF

surgimento de vaga durante a vigência do certame, bem como a disponibilidade orçamentária, ficaram demonstrados pelos documentos constantes dos autos. Concluiu que *“a simples convocação de novo concurso fraudava o interesse subjetivo dos candidatos aprovados, no que apresenta contrariedade ao disposto no artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal”*, conforme o que foi decidido no julgamento do RE 837.311-RG, Rel. Min. Luiz Fux.

6. O Ministro Luiz Edson Fachin, contudo, divergiu do entendimento manifestado pelo Ministro-Relator. Asseverou que o recorrente não foi aprovado dentro do número de vagas e que não houve prova cabal de que, durante a validade do certame, tenha surgido vaga adicional à disposição para preenchimento. Defendeu que *“ao contrário do que sustenta o Recorrente, a manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão não é meramente opinativa, mas autorizativa de nomeação de candidatos aprovados e não classificados nos certames, a depender da disponibilidade orçamentária”*.

7. Pedi vista dos autos para analisar detidamente as peculiaridades do caso. Feita esta recapitulação, passo ao voto.

8. A adequada solução do presente caso pressupõe a análise de duas questões: uma de direito e outra de fato. A primeira diz respeito ao direito subjetivo de nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas em editais de concurso público, nas hipóteses em que há surgimento de vagas ou a abertura de novo concurso durante a validade do certame anterior. A segunda refere-se à devida comprovação da vaga adicional alegada pelo recorrente, bem como a existência de disponibilidade orçamentária para o provimento do cargo.

9. Em relação à primeira questão, o Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento sob a sistemática da repercussão geral (RE 837.311-RG, Rel. Min. Luiz Fux), fixou o entendimento de que o

RMS 31478 / DF

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. Vale dizer, a nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas é hipótese excepcional, a ocorrer somente nos casos de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública, 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. Essa preterição, contudo, deve ser demonstrada de forma cabal pelo candidato, por meio de documentação apta a comprovar o comportamento arbitrário e imotivado da Administração Pública. Confira-se a ementa do precedente:

“EMENTA : RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÍO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO.

RMS 31478 / DF

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 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,

RMS 31478 / DF

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 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, ver *bi 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);

RMS 31478 / DF

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.”

10. Portanto, de acordo com o recente precedente do Plenário desta Corte, o mero surgimento de vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante a validade do processo seletivo, não gera direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital. Cabe ao candidato demonstrar, de forma inequívoca, a preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública.

11. Penso que, no presente caso, o recorrente não comprovou a suposta preterição arbitrária e imotivada pelo Ministério das Relações Exteriores, de modo que a tese fixada no RE 837.311-RG não é aplicável ao recurso ordinário em análise.

12. De início, destaco que, conforme informação constante dos autos, não foi aberto novo edital ao tempo da vigência do concurso em que o recorrente foi aprovado. Há somente a alegação de surgimento de uma nova vaga ainda durante a validade do certame, que teria sido reconhecida pelo Ministério das Relações Exteriores (MRE) por meio do Ofício nº 124 DSE/APES.

13. É inegável que o referido documento, assinado pelo

RMS 31478 / DF

Diretor do Departamento do Serviço Exterior do MRE e direcionado ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), atestou a existência de vaga adicional às inicialmente previstas no Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata (CACD 2011). O ofício, contudo, ressalta a necessidade de disponibilidade orçamentária para o provimento do cargo. Em última análise, a finalidade do documento era consultar o MPOG acerca da existência de recursos orçamentários para a nomeação de um candidato excedente.

14. O mero reconhecimento da abertura de vaga pela Administração Pública, por si só, não confere direito subjetivo à nomeação do candidato. Ao contrário do alegado pelo recorrente, o Ofício nº 124 DSE/APES não constitui prova cabal do seu direito subjetivo à nomeação. Não basta a comprovação de vacância durante a validade do certame. É essencial que também haja a disponibilidade orçamentária para o provimento do cargo. E referida condição financeira, ao contrário do que alega o recorrente, não pode ser presumida. Com efeito, o art. 11 do Decreto 6.944/2009¹ estabelece que cabe ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão autorizar a nomeação de candidatos aprovados e não convocados que ultrapassem o quantitativo original de vagas.

15. Ocorre que, no presente caso, não há nenhum documento nos autos apto a comprovar a manifestação expressa do MPOG sobre a disponibilidade orçamentária para o preenchimento da vaga adicional surgida durante a validade do certame. O impetrante não juntou nenhuma documentação que atestasse a resposta do MPOG ao Ofício nº 124 DSE/APES, muito menos demonstrou a existência de recursos orçamentários para o preenchimento do cargo.

1 Art. 11. Durante o período de validade do concurso público, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar, mediante motivação expressa, a nomeação de candidatos aprovados e não convocados, podendo ultrapassar em até cinquenta por cento o quantitativo original de vagas.

RMS 31478 / DF

16. Ainda sobre o ponto, como já destacado pelo Ministro Luiz Edson Fachin, não se sustenta a alegação do recorrente no sentido de que o simples fato de a vaga adicional ser oriunda de aposentadoria de servidor integrante da instituição já seria suficiente para presumir a disponibilidade de recursos para arcar com os custos do seu provimento. Isso porque, no momento em que um servidor passa para a inatividade, a despesa de proventos de aposentadoria permanece como despesa do órgão, nos termos do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000²). O provimento de cargo vago decorrente de aposentadoria, portanto, gera acréscimo de despesa, dependendo, assim, de estudo de impacto financeiro, bem como de demonstração cabal da disponibilidade orçamentária. Como visto, nenhuma das duas hipóteses ocorreu no presente caso.

17. Portanto, a inexistência da indispensável autorização por parte do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a consequente não comprovação de disponibilidade orçamentária, demonstra, por si só, que não houve preterição imotivada ou desarrazoada na presente hipótese, sendo inaplicável a tese fixada no RE 837.311-RG, Rel. Min. Luiz Fux.

18. Diante do exposto, acompanhando o Ministro Luiz Edson Fachin, voto pela negativa de provimento do presente recurso ordinário.

2 Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

09/08/2016

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, na assentada anterior, eu já havia formado a minha convicção na linha, com toda vênia do Ministro Marco Aurélio, da divergência aberta pelo Ministro Fachin e a partir do nosso debate, no, Pleno sobre o tema, mas preferi não deixar consignado o meu voto para ouvir Vossa Excelência; eventualmente, poderia até repensar. Mas, agora, o voto de Vossa Excelência me leva a reafirmar aquela minha convicção no sentido da negativa de provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.478

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S) : MARCOS MACIEL DE ALMEIDA

ADV.(A/S) : LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA (19445/DF)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que dava provimento ao recurso ordinário; e do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, que o desprovia, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente. Falou o Dr. Luís Felipe Freire Lisbôa, pelo Recorrente. Afirmou suspeição o Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 5.4.2016.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator. Afirmou suspeição o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 9.8.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma