MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22.373 - DF (2016/0019693-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
IMPETRANTE	:	FERNANDA BORGES MAGALHAES
ADVOGADO	:	RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(S) - DF022256
IMPETRADO	:	MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO
IMPETRADO	:	ANVISA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA
INTERES.	:	UNIÃO

DECISÃO

Relatório.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por **Fernanda Borges Magalhães**, que aponta, como autoridades coatoras, o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, aos quais atribui responsabilidade, por omissão, por não ter sido nomeada para o cargo de Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária, Área 2, Brasília, em decorrência de aprovação no concurso público regido pelo edital n.º 1/2013 ANVISA, certame no qual teria se classificado em 9.º lugar para as sete (7) vagas reservadas às pessoas com deficiência.

Alega que tem direito líquido e certo à imediata convocação para Curso de Formação (última etapa do certame) e, em sendo aprovada, à subsequente nomeação, isto porque *"resta demonstrada a existência de oito cargos vagos de Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária, cujo provimento é obrigatório e foi obstado pela inação dos órgãos responsáveis, situação que agora encontra-se na iminência de se perpetuar, isso porque o prazo de validade do certame está próximo de se findar e, para que os candidatos aprovados no concurso sejam nomeados, há necessidade de participação em segunda etapa (curso de formação)"* (fl. 5).

Justifica a indicação do Ministro do Planejamento como Autoridade coatora argumentando que, por meio do Ofício 1009/2015 (fls. 206 a 208), a ANVISA solicitou à aludida Pasta autorização para preenchimento de mais vagas, todavia, *"tramitado o processo nas instâncias da Pasta, o requerimento foi restituído à autarquia*

sem a devida autorização do Ministro de Estado do Planejamento para o provimento dos cargos supervenientes" (fl. 5).

A União manifestou interesse no feito (fl. 481).

O Diretor-Presidente da ANVISA, na qualidade de Autoridade impetrada, prestou as informações às fls. 484 a 498, nas quais alegou, em preliminar, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente ação mandamental, e, no mérito, a inexistência de ilegalidade ou abuso de poder.

O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, também autoridade impetrada, trouxe as informações às fls. 501 a 56. Suscitou, por igual, preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, apontou para a não existência de direito líquido e certo à nomeação do candidato aprovado em cadastro reserva.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral Flavio Giron, manifestou-se pela denegação da ordem, consoante o parecer às fls. 519 a 529, resumido na seguinte ementa:

> *Processual Civil. Administrativo. Concurso para provimento de cargo público. MANDADO DE SEGURANÇA. Legitimidade passiva do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão Cargo. Cargo cujo provimento depende de autorização do MPOG. Nomeação. Ausência de direito líquido e certo. Candidata aprovada fora do número de vagas. Mera expectativa de direito. Preterição. Inocorrência. Ausência de demonstração cabal por meio de prova pré-constituída. Necessidade de dilação probatória. Inviabilidade. Preenchimento de novas vagas. Discricionariedade administrativa. Precedentes do STJ. Parecer pela extinção do processo sem resolução de mérito ou, no mérito, pela denegação da segurança.* (fl. 519).

Custas recolhidas (fls. 35 a 37).

Representação regular (fl. 31).

Decisão.

Cuido, à saída, da questão da legitimidade passiva.

Nessa seara, a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, define *"autoridade*

coatora" nos seguintes termos:

> ***Art. 6º, § 3º*** *Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.*

Em se tratando, como é o caso, de ato omissivo, tem legitimidade para figurar no polo passivo da impetração o agente público que deva praticar o ato, ou ordenar a sua prática. Nesse sentido, dentre outros é o seguinte precedente:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA EM MANDADO IMPETRADO CONTRA ATO OMISSIVO. CONCEITO LEGAL DE AUTORIDADE COATORA. COMPETÊNCIA PARA NOMEAR OU ORDENAR A NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CLASSIFICAÇÃO SUPERIOR AO NÚMERO DE VAGAS INICIALMENTE OFERTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DA AGRICULTURA E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DO PLANEJAMENTO. NOVAS VAGAS SURGIDAS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. NOMEAÇÕES POSTERIORES QUE NÃO ALCANÇARAM O IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE A ADMINISTRAÇÃO ABRIR NOVAS VAGAS PARA VIABILIZAR A CONVOCAÇÃO E NOMEAÇÃO DE CANDIDATO PIOR CLASSIFICADO. CARÊNCIA DE PESSOAL QUE, SÓ POR SI, NÃO GERA PARA A ADMINISTRAÇÃO O DEVER DE ABRIR NOVAS VAGAS DENTRO DO MESMO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*
> *1. - Em se tratando de impetração contra ato omissivo, deve ser considerada autoridade coatora aquela que deveria ter praticado o ato buscado ou da qual deveria emanar a ordem para a sua prática.*
> *Inteligência do art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009.*
> *[...]*
> *6. - Segurança denegada.*
> (**MS 18.208/DF,** Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 04/12/2015)

Nestes autos, a impetrante busca a concessão da ordem para, enfim,

"determinar às autoridades coatoras que procedam à imediata convocação para realização do Curso de Formação e, em sendo aprovada, a nomeação da impetrante" (fl. 26) o que, segundo entendimento do STF, não é possível sem a autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, como se extrai, *v. g.*, do seguinte julgado:

> *AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. ARTS. 10 E 11 DO DECRETO Nº 6.944/2009. PRECEDENTES. MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ PARA PROCESSAR E JULGAR O REMÉDIO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*
> *1. Mandado de segurança que tem por objeto a nomeação de candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas.*
> *2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a efetivação do pedido deduzido na impetração depende de prévia autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, nos termos dos arts. 10 e 11 do Decreto n.º 6.944/2009, a legitimar, assim, sua presença no polo passivo do presente mandado de segurança. Precedentes: RMS 34452 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 28.03.2017; RMS 34247 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, publicado em 19.12.2016; e RMS 34075 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 02.12.2016.*
> *3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, por se tratar de recurso interposto em mandado de segurança (art. 25 da Lei 12.016/2009 e Súmula 512/STF).*
> *4. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação, no caso de votação unânime, da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.*
> (**RMS 34457 AgR**, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, Dje 16/10/2018).

Por essas razões, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Quanto à questão de fundo, esta Corte tem, reiteradamente, decidido que

os candidatos aprovados em concurso público para compor cadastro reserva, ou aqueles classificados para além das vagas inicialmente oferecidas no instrumento convocatório não têm direito líquido e certo à nomeação, ainda que novas vagas, por vacância ou criação legal, surjam durante o período de validade do certame. Nessas hipóteses, o provimento dos novos cargos sujeita-se ao legítimo juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

A propósito:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS INICIALMENTE. CADASTRO DE RESERVA. SURGIMENTO DE VAGAS. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO DE PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA.*
> *1. "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" (RE 837.311/PI, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015).*
> *2. Não é dado ao Poder Judiciário reexaminar critérios de oportunidade e conveniência e tomar o lugar da Administração Pública a fim de investigar a existência de dotação orçamentária e de recursos financeiros e de, em caso positivo, decidir quais os setores públicos devem ser contemplados com o acréscimo de servidores, quando isso deve acontecer e em que quantidade.*
> *3. Mandado de segurança denegado.*
> (**MS 22.097/DF,** Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 18/12/2018).
>
> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA CLASSIFICADA PARA ALÉM DAS VAGAS OFERECIDAS*

> *NO CERTAME. SURGIMENTO DE VAGAS NO DECORRER NO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/1988. NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.*
> *1. Os candidatos aprovados, mas classificados para além do número de vagas oferecidas no edital do certame não possuem, em regra, direito líquido e certo à nomeação, mesmo que surjam novas vagas no período de vigência do concurso, caso em que o preenchimento está sujeito ao juízo discricionário de conveniência e oportunidade por parte da Administração. Precedentes do STJ e do STF.*
> *2. A paralela contratação de servidores temporários, só por si, não caracteriza preterição na convocação e na nomeação dos candidatos aos cargos efetivos, nem autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro permanente, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados. É que os temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. Cuidam-se, pois, de institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem. Precedentes.*
> *3. Agravo interno a que se nega provimento.*
> (**AgInt nos EDcl no RMS 57.350/MG**, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/10/2018)

Na hipótese destes autos, a impetrante obteve a 9.ª (nona) colocação entre as pessoas com deficiência (fl. 160), porém o edital de abertura do certame reservou 7 (sete) vagas para a área pretendida.

Assim, classificada para além das vagas inicialmente ofertadas, não tem a impetrante, segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, o direito líquido e certo à nomeação que agora busca.

Por tudo isso, em harmonia com o parecer ministerial e com fundamento nos artigos 10 da Lei n. 12.016/2009 e 34, XIX, do RISTJ, **denego a segurança,** prejudicado, com essa decisão de mérito, o exame da liminar requerida na inicial.

Custas pelo impetrante, já recolhidas (fls. 35 a 37).

Sem condenação em honorários, em conformidade com o disposto no art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e Súmula 105 do STJ.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO **SÉRGIO KUKINA**
Relator