RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 59.548 - MG (2018/0323601-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE	:	ANTONIO CARLOS LÚCIO MACEDO DE CASTRO
RECORRENTE	:	FERNANDA PAULA DINIZ
ADVOGADOS	:	ANTONIO CARLOS LUCIO MACEDO DE CASTRO - MG079869 FERNANDA PAULA DINIZ - MG095343
RECORRIDO	:	ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR	:	MARIO EDUARDO GUIMARAES NEPOMUCENO JUNIOR E OUTRO(S) - MG102604N

DECISÃO

Cuida-se de recurso em mandado de segurança interposto por **Antonio Carlos Lúcio Macedo de Castro** e **Fernanda Paula Diniz** contra acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, às fls. 821/831, resumido pela seguinte ementa:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NUMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO PELOS IMPETRANTES DE PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. SEGURANÇA QUE SE DENEGA* "IN CASU".
> *- Consoante já se manifestou o col. Superior Tribunal de Justiça, "O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital, ao pretender sua nomeação por meio de mandado de segurança fundado em contratações precárias, deve demonstrar de plano a existência de cargo efetivo vago em quantidade suficiente para alcançar sua classificação, bem como que houve contratações precárias irregulares em igual número e para realizar as mesmas funções do cargo disputado, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental." (STJ, Aglnt no RMS 50.429/MG, Rei. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017)* (fl. 823).

Os embargos de declaração restaram rejeitados.

Nas razões do recurso ordinário, às fls. 918/937, os recorrentes sustentam, em síntese, que participaram do concurso público destinado ao provimento de 519 (quinhentos e dezenove) cargos das carreiras de Professor de Educação Superior, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, nos termos do Edital SEPLAG/UEMG n. 08/2014.

Ambos os recorrentes se inscreveram para o cargo de cógido n. 186 da Faculdade de Políticas Públicas da UEMG, no Município de Belo Horizonte/MG, e foram classificados em 2.º e 3.º lugares, portanto, fora da única vaga inicialmente oferecida no certame.

Defendem o direito de serem nomeados para o referido cargo, em razão da existência de vagas para o cargo pleiteado em número suficiente para alcançar as suas classificações no certame, bem como da constatação de servidores temporários contratados de forma precária, o que tornaria a mera expectativa em direito subjetivo à nomeação e posse.

Requerem, por isso, o provimento do presente recurso.

O Estado de Minas Gerais apresentou contrarrazões às fls. 1.776/1.783, pelas quais defende o não provimento do recurso ordinário.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, manifestou-se pelo **não provimento** do recurso, nos termos do Parecer às fls. 1.813/1.816.

Comprovado o recolhimento de custas (fls. 938/1.006).

Representação regular (fls. 1.007/1.009).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Esta Corte, há muito, tem firmado o entendimento de que "*candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância -, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Precedentes do STJ*" (**RMS 47.861/MG**, Rel. Ministro HERMAN

BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 05/08/2015).

No mesmo sentido, confiram-se também:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.*
> *[...]*
> *2. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE 837.311/PI), fixou a orientação 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.*
> *3. No caso, o impetrante não comprovou nenhum desses requisitos, pois, conforme consignado no acórdão de origem, a situação foi corrigida pela revogação dos atos administrativos que caracterizaram o desvio de função de servidores designados para desempenhar a função de Oficial de Justiça Avaliador* ***ad hoc****. Ademais, o impetrante foi classificado na 6ª posição e existem outros candidatos melhor classificados que ainda não foram nomeados. Diante disso, sua nomeação ocasionaria a preterição desses candidatos, os quais não são parte nesses autos.*
> *4. Recurso em mandado de segurança a que se nega provimento.*
> (**RMS 56.532/PA,** Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 20/08/2018)
>
> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE PROCURADOR DO DNER E DEMAIS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. POSSE NO CARGO CONCEDIDA POR LIMINAR EM 1997. DECURSO DE MAIS DE 20 ANOS DESDE A CONCESSÃO DA TUTELA LIMINAR. SITUAÇÃO SOBRE A QUAL O TEMPO ESTENDEU O AMPLO MANTO DA SUA JUSTA IMODIFICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
> *[...]*

2. É certo que a jurisprudência deste STJ é rigorosamente torrencial e uniforme quanto à inexistência de direito dos candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no Edital, compondo o chamado cadastro de reserva, à nomeação em concurso público. Isto porque o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, em sede de repercussão geral, assentou 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 em Edital, salvo nas hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública.
[...]
6. Agravo Regimental do INSS a que se nega provimento.
(**AgRg no REsp 1207490/RJ,** Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/08/2018)

De igual orientação, vejam-se os precedentes do STF, resumidos nas seguintes ementas:

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 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 1072878 AgR**, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 06/03/2018).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Concurso público. Direito à nomeação. Candidato aprovado fora do número de vagas. Surgimento de novas vagas. Preterição comprovada pelo tribunal de origem. Fatos e provas. Legislação local. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.
*1. 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 arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima."*
[...]
3. Agravo regimental não provido.
[...]
(**ARE 1049903 AgR**, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 04/12/2017).

Quanto à paralela contratação de servidores temporários, isto, só por si, não caracteriza preterição na convocação e nomeação dos autores ou autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo 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 de serviço. Cuida-se, pois, de institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem.

Em tempo:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL.CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. VIA MANDAMENTAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO SURGIMENTO DE VAGAS EFETIVAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.*
> *[...]*
> *II - É cediço que o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, convolando-se em direito subjetivo somente na hipótese de comprovação do surgimento de cargos efetivos durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-las. Neste sentido:* ***AgRg no RMS 43.596/PR****, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017,* ***AgInt no RMS 49.983/DF****, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 14/3/2017, DJe 20/3/2017 e* ***AgRg nos EDcl no RMS 45.117/PE****, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 3/2/2017.*
> *III - É cediço que a admissão de temporários, fundada no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende necessidades transitórias da Administração e não concorre com a nomeação de efetivos, estes recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF), para suprir necessidades permanentes do serviço.*
> *IV - São institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem, pelo que também a presença de temporários nos quadros estatais não pode ser tida, só por si, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos. Nesse sentido:* ***AgInt no RMS 51.806/ES****, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017 e* ***AgInt no RMS 51.478/ES****, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/3/2017, DJe 24/3/2017.*
> *V - No caso dos autos, a impetrante foi classificada na 7ª colocação, figurando em posição fora do número de vagas ofertadas pelo certame. Dessa forma, além de necessitar a comprovação do surgimento de vagas bastantes para garantir sua nomeação, deve ser igualmente comprovado o interesse inequívoco da Administração em preenchê-las, não sendo*

suficiente para tanto a mera contratação de temporários ou a abertura de novo concurso. Precedentes: ***AgInt no RMS 46.079/RR****, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017 e* ***RMS 55.667/TO,*** *Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017.*

VI - A inteligência do acórdão guerreado é dissonante da jurisprudência desta Corte, uma vez que a outrora impetrante não foi classificada em posição que lhe conferisse direito subjetivo à nomeação, o que configura apenas expectativa de direito.

VII - Outrossim, contratações de temporários não implicam necessariamente preterição dos candidatos aprovados, pois atendem às necessidades transitórias da Administração. Além disso, o posterior surgimento de novas vagas e abertura de novo concurso não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital.

VIII - Agravo interno improvido.

(**AgInt no AREsp 1172832/PI**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 13/08/2018)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO CLASSIFICADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA. COMISSIONADOS, TERCEIRIZADOS, ESTAGIÁRIOS E CONTRATOS TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/1988. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

1. Os candidatos aprovados em concurso público, no qual se classificam para além das vagas oferecidas no instrumento convocatório, possuem mera expectativa de direito à nomeação. Precedentes.

2. Esta é também a orientação do STF, firmada em repercussão geral (RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, Repercussão Geral - DJe de 18/04/2016).

3. A paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame.

4. Agravo interno não provido.

(**AgInt no RMS 52.353/MS,** Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 03/02/2017)

Por tudo isso, não se vislumbra erro no acórdão recorrido que justifique sua reforma. Deve, portanto, ser integralmente mantido.

Na verdade, é o apelo recursal que se apresenta em confronto com a jurisprudência desta Corte, impondo-se-lhe, também, por isso, o não provimento.

ANTE O EXPOSTO, em harmonia com o parecer ministerial e com fundamento nos arts. 932, VIII, do CPC e 34, XVIII, "b", do RISTJ, bem como na Súmula 568/STJ, **nego provimento** ao presente recurso ordinário.

Publique-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro **SÉRGIO KUKINA**
Relator