RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.277 - BA (2019/0066206-7)

RECORRENTE : UELBER SANTOS SANTANA
ADVOGADO : IVÃ MAGALI DA SILVA NETO - BA030801
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SALVADOR
PROCURADOR : LUCIANA BARRETO NEVES E OUTRO(S) - BA014160

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por UELBER SANTOS SANTANA, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, assim ementado:

> MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SALVADOR. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DO PREFEITO E INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REJEITADAS. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO E CONTRATAÇÕES PRECÁRIAS EM NÚMERO SUFICIENTE PARA ALCANÇAR A CLASSIFICAÇÃO DA IMPETRANTE.
>
> 1. A Jurisprudência do STJ alinhada ao entendimento firmado pelo Supremo, em sede de Repercussão Geral, consolidou a orientação de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital (ou inseridos em cadastro de reservas) possuem mera expectativa de direito à nomeação, inclusive em relação a eventuais novas vagas que 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.
>
> 2. No caso em comento, foram oferecidas 365 vagas para a função desejada pelo Impetrante, sendo que após o provimento das vagas oferecidas houve 29 desclassificações, gerando para os candidatos subsequentes o direito subjetivo à nomeação. Não houve desclassificações em número suficiente, pois, para alcançar a classificação da Impetrante, alcançando-se, tão somente, a 394ª colocação.
>
> 3. A Impetrante assevera, então, a existência de contratações precárias de técnicos de enfermagem acostando o documento, na qual encontram-se listadas as supostas contratações temporárias que serviriam para convolar a expectativa de direito de candidata aprovada em cadastro de reserva, em direito líquido e certo à nomeação ao cargo pretendido.
>
> 4. Na Esteira do Parecer Ministerial é necessário ponderar que essa lista de contratações não traz em si qualquer identificação de que tenha sido obtida diretamente do site do Ministério da Saúde, sem qualquer indicativo de impressão, ou logomarca que o identifique como documento oficial,para que se verifique, de modo inequívoco, a veracidade das informações contidas nele.
>
> 5. No caso dos Autos a Impetrante não se desincumbiu de comprovar a existência de preterição à sua convocação, porquanto não provou a desclassificação de candidatos, ou mesmo a contratação precária de enfermeiros em número suficiente para alcançar sua classificação na 822ª

> colocação.
>
> SEGURANÇA DENEGADA.

Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por Uelber Santos Santana, em que objetiva sua nomeação e posse no cargo de Técnico em Serviços de Saúde – Técnico de Enfermagem – Administração Direta – 30h, da Prefeitura Municipal de Salvador, para o qual fora aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital.

No presente recurso ordinário, o recorrente sustenta que a informação constante do CNES comprova a existência de pelo menos 681 técnicos em enfermagem terceirizados, o que comprova sua preterição.

No mais, reiterou os fundamentos da inicial do mandado de segurança no tocante à existência de vagas decorrentes da desclassificação de candidatos que alcançariam sua posição e à afronta ao art. 37, II, da Constituição Federal, em razão do ingresso de profissionais em cargo público sem a realização prévia de concurso.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido.

O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso, nos seguinte termos:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. Mandado de Segurança. Concurso Público. Pleito de nomeação e posse no cargo de Técnico em Serviços de Saúde – Técnico de Enfermagem, da Prefeitura de Salvador/BA. Candidato que obteve a 682ª colocação. Edital que ofereceu 365 vagas para o cargo. Alegada preterição em razão de contratação irregular de terceirizados. Segurança denegada. Recurso ordinário. Razões de recurso que não lograram impugnar os fundamentos do Acórdão atacado no sentido 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. Quebra da ordem classificatória não demonstrada nos autos. Entendimento do STJ no sentido de que a contratação temporária, ainda que para o exercício da mesma função referente ao cargo concorrido, por si só, não gera o direito líquido e certo à nomeação, porque não demonstrada, no caso dos autos, a existência de vagas ou a irregularidade das contratações. Julgados do STJ. Ausência de direito líquido e certo. Recurso ordinário que não deve ser provido.

É o relatório. Decido.

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.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. 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 - 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 (v.g. AgRg no RMS 37.982/RO, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJe de 20.08.2013; REsp 1.359.516/SP, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell, DJe de 22.05.2013).
>
> [...]
>
> VI - Agravo Regimental improvido.
>
> (AgRg no RMS 43.596/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017).
>
> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVADO FORA DAS VAGAS. COMPROVADO SURGIMENTO DE VAGA. AUSÊNCIA DE PROVA DE DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTE DO STJ. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. TEMA FIXADO EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 837.311/PI. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
>
> I - Os 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 (seja por criação em lei, seja por força de vacância), uma vez que tal preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da administração pública.
>
> II - O mero surgimento de vagas não enseja a caracterização da preterição se não houver a nomeação do candidato, nisso estando incluso o advento de lei que prevê a criação de mais vagas para o cargo pleiteado, sobretudo quando a própria legislação condiciona a implementação dos novos postos à prática de ato administrativo do Tribunal de Justiça, que considerará ainda a existência de previsão orçamentária, de recursos financeiros e os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.
>
> III - Agravo interno improvido.
>
> (AgInt no RMS 49.983/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/3/2017, DJe 20/3/2017).
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E STF.

> SURGIMENTO DE VAGAS NÃO COMPROVADO. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/88. NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.
>
> [...]
>
> 2. A atual jurisprudência desta Corte é firme no sentido 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, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015).
>
> 3. Esta é também a orientação do STF, como se pode aferir, dentre outros, dos seguintes precedentes: RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, Repercussão Geral - DJe de 18/04/2016 e AI 804.705 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/11/2014.
>
> [...]
>
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg nos EDcl no RMS 45.117/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 3/2/2017).

Ademais, 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, recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF), para suprir necessidades permanentes do serviço.

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:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDO NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRECEDENTES DO STJ E STF. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/88. NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO. PRORROGAÇÃO ILEGAL DO CONTRATO. IMUTABILIDADE DA NATUREZA PRECÁRIA. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.
>
> 1. Candidatos aprovados em concurso público, no qual se classificam para além das vagas oferecidas no edital do certame, não têm o direito líquido e certo à nomeação, mas tão somente, expectativa de direito. Precedentes do STJ e do STF.
>
> 2. 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. 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.

3. A prorrogação dos contratos temporários para além dos limites temporais legalmente fixados não modifica sua natureza transitória, para transformá-los em vínculos efetivos.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS 51.806/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ENFERMEIRO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARALELA AO PERÍODO DE VALIDADE DO CONCURSO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.

I - A impetrante não está classificada dentro do número de vagas previstas no instrumento convocatório. A atual jurisprudência desta Corte é firme no sentido 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, julgado em 2/6/2015, DJe 5/8/2015).

II - A mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

III - A paralela contratação de servidores temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende necessidades transitórias da Administração e não caracteriza, só por si, preterição dos candidatos aprovados em concurso público para provimento de cargos efetivos.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS 51.478/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 24/3/2017).

Na hipótese em tela, apesar das contratações precárias, não há, nos autos, comprovação da existência de cargos efetivos vagos e de inequívoco interesse da administração, de modo a amparar o pretendido direito da recorrente à nomeação, não havendo que se falar em direito líquido e certo a ser amparado nesta via.

É importante ressaltar que, apesar da documentação acostada aos autos fazer referência a eventuais contratações precárias, não há como atestar, de plano, a veracidade das informações ali contidas, de modo que seria necessária dilação probatória para tanto, o que é inviável em mandado de segurança.

Ademais, tal verificação, quanto à existência de cargos vagos, demandaria necessária dilação probatória e o inequívoco interesse, o que não se admite nesta via mandamental.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CADASTRO DE RESERVA. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE DEMOSTRAÇÃO DE CARGOS VAGOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA VEDADA VIA MANDADO DE SEGURANÇA.
>
> [...]
>
> II - 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 (v.g. AgRg no RMS 37.982/RO, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJe de 20.08.2013; REsp 1.359.516/SP, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell, DJe de 22.05.2013) .
>
> III - Não há direito líquido e certo a ser amparado, haja vista a ausência de demonstração da existência de cargos efetivos vagos, bem como da alegada preterição da parte recorrente, sendo a dilação probatória providência vedada na via mandamental .
>
> IV - Agravo Regimental improvido.
>
> (AgRg no RMS 35.906/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, *b*, do RISTJ, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator