RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.226 - RJ (2019/0060980-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE	:	HENRY WAISSMANN
ADVOGADO	:	LEONARDO RODRIGUES - RJ156032
RECORRIDO	:	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR	:	RODRIGO BORGES VALADÃO E OUTRO(S) - RJ108718

DECISÃO

Cuida-se de recurso em mandado de segurança interposto por **Henry Waissmann**, contra acórdão às fls. 73/80, proferido à unanimidade da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, resumido pela seguinte ementa:

> *AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU A INICIAL DO MANDAMUS IMPETRADO, DENEGANDO A SEGURANÇA SEM EXAME DO MÉRITO, ASSIM EMENTADA: "Mandado de Segurança. Concurso para o cargo de Inspetor de Segurança e Administração Penitenciária - Classe III (2006). Alegação de preterição do Impetrante na Convocação para Curso de Formação Profissional, em cujo edital constou candidato da mesma seleção em colocação inferior. Manejo da Ação Mandamental que pressupõe a existência de prova pré-constituída acerca do direito líquido e certo invocado. Dilação probatória inadmissível na via estreita do mandamus, diante de sua natureza célere. Ausência de juntada de documentos contendo a ordem de classificação final do certame e a indicação de que o Postulante seria o próximo aprovado a ingressar na etapa de instrução, fundamentais para a análise da pretensão em foco. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Estadual. Indeferimento da inicial, com fulcro no art. 10 da Lei nº 12.016/2009, e consequente denegação da segurança sem exame do mérito, na forma do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009 c/c art. 485, I, do CPC.". INEXISTÊNCIA DE NOVO ARGUMENTO CAPAZ DE ALTERAR O JULGADO RELATORIAL. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.* (fl. 73).

Nas razões recursais (fls. 95/103), o recorrente alega haver sido preterido

no concurso público pois, a despeito de classificado na posição 2.746ª, não foi convocado, enquanto o candidato Wagner Lima Rangel, aprovado em 2.866º lugar, foi convocado para prosseguir no certame.

Aduz, ainda, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não há preterição quando a nomeação de candidato for decorrente de ordem judicial não se aplica ao caso dos autos, uma vez que *"a sentença do processo proposto pelo candidato paradigma determinou que fosse respeitada a ordem de classificação, no entanto, por absoluta discricionariedade, houve a convocação do candidato Wagner Lima Rangel"* (fl. 100).

Requer, por fim, o provimento do presente recurso, para que seja determinada *"à autoridade coatora a inclusão do impetrante no próximo estágio experimental a ser iniciado"* (fl. 103).

Não há contrarrazões.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República José Bonifácio Borges de Andrada, manifestou-se pelo não provimento do presente recurso, consoante o parecer às fls. 295/298, assim ementado:

> *DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.*
> *- O mandado de segurança tem como requisito inarredável a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída. O que não é a hipótese dos autos.*
> *- Parecer pela negativa de provimento ao recurso em mandado de segurança.* (fl. 295).

Benefício da assistência judicial gratuita deferido pelo Tribunal de origem (fls. 32 e 105).

Representação regular (fls. 112).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Esta Corte, há muito, tem firmado o entendimento de que "*a convocação*

de candidato em posição superior na lista de classificação não pode configurar preterição do impetrante, como anotado no acórdão recorrido, quando decorreu do cumprimento de ordem judicial em processo diverso. Nesse sentido: RMS 44.672/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 17/3/2014; STJ, AgRg no REsp 1.456.915/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 2/9/2015" (**RMS 56.667/PE**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 02/08/2018)

No mesmo sentido, confiram-se também:

> *ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.*
> *I - A aludida convocação de candidato em posição superior na lista de classificação não pode configurar preterição do impetrante, como anotado no acórdão recorrido, quando decorreu do cumprimento de ordem judicial em processo diverso. Nesse sentido: RMS 44.672/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 17/3/2014; STJ, AgRg no REsp 1.456.915/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 2/9/2015).*
> *II - Ambas as Turmas da Primeira Seção desta Corte têm manifestado o entendimento de que "o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação [...] compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições". (RMS 33.875/MT, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 22/6/2012). No mesmo sentido, ainda: STJ, AgRg no RMS 45.464/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 29/10/2014; AgRg no RMS 49.219/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 5/2/2016).*
> *III - Eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, "geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública". (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1.398.319/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 9/3/2012).*
> *IV - O candidato incluído em cadastro de reserva, no prazo de*

validade do certame, "tem mera expectativa de direito, salvo comprovação de que, de alguma forma, esteja sendo preterido, como, por exemplo, a contratação temporária ilícita". (RMS 33.875/MT, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 22/6/2012; REsp 1.224.645/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 22/5/2012; AgRg no RMS 29.283/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 21/11/2011; AgRg no REsp 1.233.644/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe de 13/4/2011; AgRg no RMS 32.094/TO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 14/2/2011).
V - Na hipótese dos autos, o TJRJ não identificou violação de direito líquido e certo do impetrante, asseverando, ainda, que não foram comprovados os mencionados desvios de função por funcionários já integrantes do quadro, como se dessume do voto condutor (fl. 74).
VI - Agravo interno improvido.
(**AgInt no RMS 50.392/RJ**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 12/03/2018)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. REGRA DE LIMITAÇÃO DE CANDIDATOS CLASSIFICADOS E APROVADOS. CLÁUSULA DE BARREIRA. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. RE 635.739/AL.
REPERCUSSÃO GERAL.
1. Havendo no edital do concurso público cláusula de barreira estipulando explicitamente a eliminação do candidato caso ultrapassada determinada classificação, não há invocar qualquer direito referente ao certame em razão da ocorrência de fato superveniente.
2. No caso concreto, a suposta ocorrência de preterição decorrente da convocação e nomeação de candidato classificado em patamar inferior, em vista de ordem judicial nesse sentido, não confere aos impetrantes o direito de pleitear providência semelhante visto que mantida a situação de eliminação do certame ante a incidência da cláusula de barreira.
3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.
(**RMS 54.191/DF**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 30/06/2017)

Ressalto ainda que, diversamente do alegado pelo recorrente, o simples fato de a sentença que determinou a convocação de outro candidato estabelecer que seja

respeitada a ordem de classificação não caracteriza por si só preterição, tampouco torna líquido e certo o direito à convocação dos demais candidatos.

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), 08 de abril de 2019.

Ministro **SÉRGIO KUKINA**
Relator