RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 59.498 - RS (2018/0315838-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : CERES BASTOS BAPTISTA
ADVOGADOS : ORESTE LUZA - RS022075
MARCOS ANDRE LUZA - RS059397
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MAURICIO PANDOLFO BORTOLOZZO E OUTRO(S) - RS054254

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CONVOCADO PARA PREENCHIMENTO DE VAGA PREVISTA NO EDITAL APÓS ENCERRAMENTO DO CONCURSO. AUSÊNCIA DE DIREITO. RECURSO ORDINÁRIO DO PARTICULAR DESPROVIDO.

1. Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por CERES BASTOS BAPTISTA, com fundamento no art. 105, II, *b* da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio TJRS, assim ementado:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ESPECIALISTA EM SAÚDE - ENFERMEIRA. SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EDITAL 01/2013. APROVAÇÃO QUE NÃO CONFERE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E POSSE. DESISTÊNCIA DOS CANDIDATOS FORA DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRECEDENTES DO STJ.*
>
> *Não há como reconhecer direito líquido e certo à nomeação de quem, por desistências de outros candidatos melhor classificados, somente alcançou classificação correspondente ao número de vagas previstas no concurso público quase três meses após a expiração do prazo de validade do certame.*
>
> *DENEGARAM A SEGURANÇA. UNÂNIME* (fls. 420).

2. Nas razões recursais apresentadas, a parte recorrente pugna pela concessão da ordem para que seja nomeada no cargo de Enfermeira, no Município de Cruz Alta/RS. Aduz que obteve a 10a. colocação para o concurso de 7 vagas. Todavia, após a expiração do certame (19.3.2018) e dentro do prazo decadencial,

o quarto, sexto e nono colocados protocolaram termos de desistência de nomeação.

3. É o relatório.

4. Trata-se de Mandado de Segurança para que seja determinada a nomeação e posse da parte recorrente no cargo de Enfermeira, no Município de Cruz Alta/RS, para o qual foi aprovada em 10o. lugar no concurso para 7 vagas.

5. No caso dos autos, o quarto, o sexto e o nono colocados desistiram do cargo e consequentemente a parte recorrente passou a figurar dentro do número de vagas.

6. O entendimento dessa Corte é de que o candidato inicialmente aprovado em colocação além do número de vagas previstas no edital tem direito subjetivo à nomeação ante a desistência de candidato classificado dentro do número de vagas previsto, que permita a inclusão do candidato excedente seguinte nesse rol. Nesse sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROCON/DF. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS, PASSANDO A IMPETRANTE A FIGURAR DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPEDIMENTO DECORRENTE DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.*
>
> *I. Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.*
>
> *II. Caso em que a Impetrante logrou aprovação, na 13a. classificação, no concurso público para o cargo de Técnico de Atividade de Defesa do Consumidor - Técnico de Contabilidade do PROCON/DF, no qual havia previsão de 08 (oito) vagas, sendo que 5 (cinco) candidatos melhor classificados desistiram do certame.*

III. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE 837.311/PI), fixou orientação no sentido 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.

IV. Por outro lado, em relação àqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 598.099/MS, também submetido à sistemática da Repercussão Geral, fixou orientação no sentido haver direito à nomeação, salvo exceções pontuais. A partir dessa tese, evoluiu para compreender que, havendo desistência de candidatos melhor classificados, fazendo com que os seguintes passem a constar dentro do número de vagas, a expectativa de direito se convola em direito líquido e certo, garantindo o direito a vaga disputada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

V. Afasta-se o impedimento para nomeação suscitado pelo ente público, decorrente de suposto atingimento do limite prudencial previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo em vista a ausência de comprovação.

VI. Recurso Ordinário provido, para reformar o acórdão recorrido e determinar a imediata nomeação da Impetrante para o cargo postulado (RMS 53.506/DF, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 29.9.2017).

2 2 2

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CONVOCADO PARA PREENCHIMENTO DE VAGA PREVISTA NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO DO CANDIDATO CLASSIFICADO IMEDIATAMENTE APÓS. EXISTÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE E DO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO.

1. A desistência de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital do certame resulta em direito do próximo classificado à convocação para a posse ou para a próxima fase do concurso, conforme o caso.

> *2. É que a necessidade e o interesse da administração no preenchimento dos cargos ofertados está estabelecida no edital de abertura do concurso e a convocação do candidato que, logo após desiste, comprova a necessidade de convocação do próximo candidato na ordem de classificação. A repeito: RE 643674 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe-168; ARE 675202 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe-164.*
>
> *3. Agravo regimental não provido* (AgRg no RMS 48.266/TO, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 27.8.2015).

7. Todavia, o termo de desistência do quarto, sexto e nono colocados e o requerimento do impetrante foram posteriores ao término do prazo de validade do concurso, o que afasta o direito líquido e certo do impetrante. Essa é a compreensão firmada nesta Corte:

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXPECTATIVA DE DIREITO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS MAIS BEM POSICIONADOS APÓS A EXPIRAÇÃO DO CONCURSO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.*
>
> *1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-la.*
>
> *2.* ***No caso dos autos, as alegadas desistências dos candidatos melhor posicionados somente ocorreram quando o concurso já havia expirado, o que afasta o direito à nomeação pretendido pelo impetrante.***
>
> *Precedentes: MS 16.639/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 20.4.2012; RMS 33.865/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.9.2011; RMS 34.819/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.2.2012; RMS 23.673/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 3.8.2009.*
>
> *3. Agravo regimental não provido* (AgRg no RMS 36.271/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 2.8.2012).

8. Com essas considerações, nega-se provimento ao Recurso Ordinário do Particular.

9. Publique-se.

10. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR