RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.582 - MG (2019/0105203-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE	:	ANA PAULA CAMPOS TELES
ADVOGADO	:	MARLOS AUGUSTO DA COSTA NICOLATO - MG066993N
RECORRIDO	:	ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR	:	ARTHUR PEREIRA DE MATTOS PAIXAO FILHO - MG050684N

DECISÃO

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com pedido de antecipação de tutela de urgência, interposto por **Ana Paula Campos Teles** contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais às fls. 1.008/1.039, resumido na seguinte ementa:

> *DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITO ADMINISTRATIVO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA NOMEAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR REJEITADA - CONCURSO PÚBLICO DESTINADO À FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA EM DETERMINADAS COMARCAS - CARGO DE OFICIAL JUDICIÁRIO, DA ESPECIALIDADE OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR - EDITAL N. 01/2013 - CANDIDATO APROVADO - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO - NOMEAÇÃO PRETERIDA DE FORMA ARBITRÁRIA E IMOTIVADA - NÃO CONFIGURAÇÃO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO - INOCORRÊNCIA - SEGURANÇA DENEGADA.*
>
> *- Como a competência é irrenunciável (art. 41 da lei estadual 14.184/02), sua delegação não implica exclusão do poder conferido originalmente à autoridade que delega. Portanto, o Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ainda que tenha delegado a competência para nomeação de servidor ao Juiz Auxiliar da Presidência, é parte legítima para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança, em que o questionamento recai sobre a falta de nomeação do impetrante.*
>
> *- Considerando que o concurso público regido pelo Edital n. 01/2013 se destinava ao provimento de vagas e à formação de cadastro reserva do Quadro de Pessoal da Justiça de Primeira Instância, e que, no momento da impetração, não estava*

> *configurada uma situação de existência de vaga definitiva no cargo e na comarca para os quais o impetrante se inscreveu, não há como falar em direito líquido e certo à nomeação.*
> *V. v. EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA NOMEAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - INOCORRÊNCIA - CONCURSO PÚBLICO - OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR - CADASTRO DE RESERVA - SURGIMENTO DE VAGA DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO - COMPROVADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.*
> *Considerando que o ato de nomear e de dar posse a servidor público pode ser atribuído tanto à Presidência (artigo 28, inciso I, do RITJMG), quanto a um dos Juízes Auxiliares (artigo 1º, inciso IV, da Portaria nˢ 3.384/2016), tal fato não implica em ilegitimidade passiva daquele, pois também detém competência para a prática do ato impugnado e, por conseguinte, poder de corrigi-lo no caso de ser constatada eventual irregularidade. O compromisso de boa-fé da Administração Pública impõe o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto ao preenchimento das vagas oferecidas para o certame, não podendo, no caso de vacância das vagas oferecidas desde a abertura do concurso público, ser preterido aquele candidato incluído na lista de aprovado no "cadastro de reserva". Caso contrário, seria admitir que a Administração esteja realizando despesa e cobrindo por inscrições para fazer um concurso público de mera formação de uma lista de candidatos aprovados somente por tê-la, sem nenhuma utilidade. O candidato aprovado em cadastro de reserva possui expectativa de direito à nomeação, a qual se convola em direito quando comprovada a existência de vaga e a necessidade de seu preenchimento. Segurança concedida.* (fls. 1.010/1.011).

Conforme narrou na peça exordial, fls. 889/908, a recorrente participou do concurso público destinado ao provimento de vagas e formação de cadastro reserva para o cargo de Oficial Judiciário, especialidade Oficial de Justiça Avaliador, do Quadro de Pessoal da Justiça de Primeira Instância do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, regulado pelo Edital n.º 01/2013. Anota haver sido classificada em **2.º lugar** para a Comarca de Ubá e, assim, fora da única vaga inicialmente oferecida no certame para a mencionada localidade.

Nas razões do recurso ordinário, às fls. 1.051/1.061, a recorrente diz ter o direito líquido e certo de ser nomeada para o aludido cargo, em razão do surgimento de

vagas, ainda na validade do concurso. Requer, por isso, o provimento do presente recurso.

O Estado de Minas Gerais apresentou contrarrazões às fls. 1.066/1.071, nas quais defende a manutenção do acórdão recorrido por sua própria fundamentação.

Representação regular (fl. 2).

Benefício da assistência judicial gratuita deferido pelo Tribunal de origem (fl. 1.015).

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).

Ademais, importante esclarecer que a Administração não está obrigada a nomear candidato aprovado em cadastro reserva tão somente em razão do surgimento de nova vaga durante o prazo de validade do certame, ainda que haja, como pondera a recorrente, Portaria do Tribunal de Justiça no sentido de que *"a vaga decorrente de remoção será destinada aos candidatos aprovados em concurso público"*. É que as nomeações para o provimento de vagas surgidas durante a validade do certame sujeitam-se ao exercício do legítimo poder discricionário administrativo.

Nesse sentido:

> *PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. CARGO DE ODONTÓLOGO. CESSÃO DE SERVIDORES. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA DOCUMENTALMENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.*
> *1. O Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral (RE 837.311/PI, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 15/12/2015), e, na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento segundo o qual "o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - 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. No aludido julgado, firmou o Supremo Tribunal Federal o*

entendimento de que "a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como, verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários".*

3. A Primeira Seção desta Corte de Justiça possui posicionamento de que a cooperação entre entes públicos por meio da cessão de servidores não pode ser entendida como preterição.

4. Além disso, a contratação temporária para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados, bem como a existência de cargos efetivos vagos.

5. No caso, não há direito líquido e certo a ser amparado, porquanto o impetrante não comprovou a existência de cargo efetivo vago na região em que foi aprovado em quantidade que lhe beneficie, tampouco que as contratações precárias fossem, de fato, irregulares e em número suficiente para alcançar a sua colocação no concurso.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(**AgInt no RMS 44.496/BA,** Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 17/10/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS E INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO NÃO DEMONSTRADOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si sós, 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. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012).

2. Não se verifica a existência de direito líquido e certo a ser amparado pelo mandado de segurança, porquanto, além de o impetrante-recorrente não ter sido aprovado dentro do número de vagas, a superveniência de lei, mesmo durante a validade do concurso, ou mesmo a suposta desistência de candidatos melhor

> *classificados, não implica o entendimento de que a administração tenha efetivamente interesse em preenchê-los no tempo de validade do concurso público.*
> *3. Agravo interno não provido.*
> (**AgInt no RMS 50.127/DF,** Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 23/09/2016)

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, 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, prejudicada, com essa decisão, a apreciação do pedido de antecipação de tutela de urgência.

Publique-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro **SÉRGIO KUKINA**
Relator