

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.851 - PR (2019/0140928-9)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
RECORRENTE : EDUARDO MARINS DO CARMO
ADVOGADO : FREDERICO RODRIGUES MARTINS - PR043245
RECORRIDO : ESTADO DO PARANÁ
PROCURADOR : CLIFFORD GUILHERME DAL POZZO YUGUE E OUTRO(S) - PR056836

DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por EDUARDO MARINS DO CARMO, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE AUDITOR FISCAL DO PARANÁ (EDITAL Nº 095/2012). 1. ILEGITIMIDADE DA DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE RECURSOS HUMANOS CONFIGURADA. 2. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADAS. 3. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO CERTAME. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS CLASSIFICADOS EM COLOCAÇÃO SUPERIOR QUE, NO CASO, NÃO GEROU DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA" (fl. 689e).

Inconformada, nas razões recursais, sustenta a parte recorrente:

"V - RAZÕES PARA REFORMA: MÉRITO - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. REITERADAS DECISÕES.

Excelências, a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná merece reforma, vez que em total desarmonia com a Lei que regulamenta a matéria e com o atual entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou tese de repercussão geral em recurso sobre nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital. Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a tese de repercussão geral no

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Extraordinário (RE) 837311, julgado em outubro, que discutiu a nomeação de candidatos classificados dentro das vagas previstas em edital, antes da convocação dos aprovados em concurso posterior. A tese estabelece 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 motivada 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:

- 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.
- (...)

No presente caso em tela, Excelências, os direitos dos recorrentes se enquadram nos itens 01 e 03, da tese de repercussão geral, que obviamente têm o candidato direito à nomeação quando for APROVADO DENTRO DAS VAGAS DO EDITAL e QUANDO SURGIREM NOVAS VAGAS no decorrer do certame, exatamente o que ocorreu nestes Autos.

(...)

A comprovação da ocupação irregular dos cargos é fato que se prova pela simples análise do quadro de servidores do Estado, onde depreende-se que apenas os nomeados do último certame prestaram concurso de nível superior, pois foi o primeiro e único concurso realizado pelo Estado com essa exigência, todos os demais foram reenquadrados de forma irregular, temos que conforme editais e decretos em anexo, foram convocados, nomeados e tomaram posse efetivamente somente 80 (oitenta) candidatos, sendo 67 (sessenta e sete) candidatos de ampla concorrência, 09 (nove) afrodescendentes e

Superior Tribunal de Justiça

04 (quatro) portadores de necessidades especiais (PNE), portanto até o presente momento são computadas 20 (vinte) desistências, segundo resposta da Procuradoria Geral do Estado na intimação feita no processo em trâmite na Vara da Fazenda Pública sob nº 0005149-90.2013.8.16.0004, anexado no presente Recurso, sendo que apenas estes têm a ocupação regular de seus cargos.

O Recorrente adquiriu o direito líquido e certo no momento em que foi aprovado e classificado no referido certame e está dentro do número de vagas ofertadas no Edital Nº095/2012 -SEAP/SEFAZ, ou dentro das que surgiram por vacâncias (aposentadorias, demissões, falecimentos, etc..) no decorrer do prazo de validade do certame, para provimento de cargos de 'AUDITOR FISCAL A' da Receita Estadual do Estado do Paraná, sendo ainda precária a ocupação atual da maioria dos cargos do referido órgão, portanto restando cristalino seu direito a nomeação e posse.

(...)

Assim, havendo disponibilidade de cargos e a necessidade do seu preenchimento (o que se comprovou com a existência de desistências de aprovados). E o que antes era considerado mera expectativa se convola em direito subjetivo à nomeação e posse.

Destarte, por qualquer ângulo que se analise a questão verifica-se que o Acórdão recorrido merece reforma, uma vez que houve infringência a dispositivo de Lei Federal e disposições jurisprudenciais" (fls. 734/743e).

Contrarrazões, a fls. 754/758e.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 774/776e, pelo não provimento do recurso.

Sem razão a parte recorrente.

Com efeito, consoante decidido pelo STF – no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do RE 873.311/PI (Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 15/04/2016) –, como regra, o candidato aprovado em concurso público, como excedente ao número de vagas ofertadas inicialmente (cadastro reserva), não tem o direito público subjetivo à nomeação, salvo na hipótese de surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso, durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição, de forma arbitrária e imotivada, pela Administração, cumprindo ao interessado, portanto, o dever de comprovar, de forma cabal, esses elementos. No mesmo sentido: STJ, AgInt no RMS 47.879/PI, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/04/2017.

In casu, o Tribunal de origem denegou a ordem, sob os seguintes fundamentos:

Superior Tribunal de Justiça

"O Edital nº 095/2012 da SEAP, que regia o concurso público para o provimento do cargo de Auditor Fiscal 'A', integrante da Carreira de Auditor Fiscal da Coordenação da Receita do Estado - CRE, previa a existência de 85 (oitenta e cinco) vagas para a ampla concorrência, de 5 (cinco) vagas reservadas para pessoas com deficiência e de 10 (dez) vagas reservadas para afrodescendentes.

O Impetrante logrou classificar-se em 10º lugar na lista de pessoas com deficiência e em 567º lugar na lista de ampla concorrência.

Dessa forma, não alcançou classificação dentro do número de vagas ofertadas no concurso, estando escorreta sua não convocação para se submeter à avaliação médica e participar do Curso de Formação.

Ocorre que, vários dos candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas desistiram ou tiveram sua nomeação declarada sem efeito (f. 627/629), circunstância que poderia conduzir ao direito subjetivo à nomeação do Impetrante, desde que as desistências se dessem em número suficiente para que este passasse a estar dentro do número de vagas previstas no edital do certame.

Nesse sentido, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça reconhecem que a desistência de candidatos melhor classificados faz surgir o direito à nomeação daqueles que, em virtude destas desistências, passaram a figurar dentro das vagas previstas:

(...)

Todavia, no caso em apreço, as desistências não se deram em número suficiente para que o Autor passasse a ficar dentro do número de vagas previstas no edital.

Veja que, a Constituição Federal, em seu art. 37, VIII, assegura, para provimento de cargo ou emprego público, reserva de percentual de vagas aos candidatos portadores de deficiência. Os percentuais mínimo e máximo devem ser de 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas, conforme a Lei 8.112/90 e o Decreto 3.298/99.

Tal percentual foi respeitado pelo Edital que regula o certame, eis que foram reservadas 5 vagas para pessoas com deficiência, o que corresponde a 5% das 100 vagas previstas, sendo que foram preenchidas 04 vagas pelos ocupantes das posições 1ª, 2ª, 4ª, 5ª (desistência de 1 candidato), bem como foram nomeados por força de decisões judiciais os candidatos da 6ª e 7ª (f. 629).

(...)

Nesse contexto, na quinta vaga a ser preenchida, verifica-se que 5% é 0,25 vaga, o que, arredondada para o primeiro número inteiro (art. 37,

Superior Tribunal de Justiça

§ 2º, do Decreto 3.298/99), dá 1, o que equivale a 20 % de cinco vagas. Assim, a mesma sistemática deve ser utilizada para as demais vagas que serão preenchidas no decorrer do certame, de modo que na vigésima primeira vaga será atingindo o mínimo de 5%, ou seja, a referida posição também deverá ser ocupada pelo segundo colocado da lista de pessoas com deficiência.

Com base no explanado, o 1º lugar da lista dos candidatos com deficiência seria chamado na 5ª posição, o 2º classificado seria chamado na 21ª, o 3º colocado na 41ª vaga, o 4º na 61ª vaga, o 5º na 81ª vaga e assim sucessivamente.

O mencionado cálculo foi realizado pelo Ministro Dias Toffoli no bojo do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27710, que levou em consideração o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal nos autos do MS nº 30.861/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes: 'o Supremo Tribunal Federal, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.298/99, entendeu que o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/90. Assim, as frações, mencionadas no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99, deverão ser arredondadas para o primeiro número subsequente, desde que respeitado limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame (art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90)'.

Logo, como o Impetrante classificou-se em 10º lugar, considerando a desistência de 01 candidato, só teria direito de ser convocado na 161ª posição da lista geral, observando-se os critérios de proporcionalidade e alternância, e bem assim as determinações legais e constantes dos decretos regedores da matéria.

O que se denota é que o direito à nomeação alegado pelo Impetrante dependia do direito à nomeação daqueles que passaram a estar dentro do número de vagas previstas no edital em virtude das desistências e declarações de nomeação sem efeito efetivamente ocorridas e, além disso, dependia de uma desistência futura e eventual de candidatos em número suficiente.

Em outras palavras, o Impetrante não possui direito à nomeação, mas sim mera expectativa de direito à convocação para a avaliação médica e demais etapas do certame, caso ocorressem desistências em número suficiente ou o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame.

Em se tratando de mera expectativa de direito, ou seja, direito que está na iminência de se perfectibilizar, mas ainda faltam requisitos para tanto, não se pode exigir pela via estreita da ação mandamental que o Estado proceda à nomeação do Impetrante.

Superior Tribunal de Justiça

(...)

Posto isso, inexistindo nos autos prova concreta de que o direito líquido e certo da parte Impetrante tenha sido violado, não há como conceder a segurança pleiteada" (fls. 697/706e).

Ora, o que se exige para adequação da via estreita do Mandado de Segurança ao amparo da pretensão deduzida em juízo, é que a matéria não requeira aprofundamento probatório, ou seja, quando nos autos repousem elementos suficientes de modo a possibilitar o seu deslinde.

Assim, quando se diz que o **mandamus** exige a comprovação de direito líquido e certo, está-se a reclamar que os fatos alegados pelo impetrante estejam, desde já, comprovados, devendo a petição inicial vir acompanhada dos documentos indispensáveis a essa comprovação, o que não ocorreu no presente caso.

Compulsando os autos, verifica-se que a documentação trazida pelo recorrente junto com a inicial não é suficiente para demonstrar, de maneira cabal, que houve inobservância da ordem classificatória, tampouco que houve preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública.

Desse modo, a mera alegação quanto à existência de vaga não é suficiente para caracterizar o direito líquido e certo da impetrante, sendo imperiosa a demonstração de que, no caso concreto, ocorreram desistências ou foram realizadas contratações irregulares para o exercício específico das atribuições do cargo almejado, em número suficiente para a nomeação do impetrante, o que não ocorreu, conforme bem decidiu o Tribunal de origem, **verbis**:

"Pois bem. **O Edital nº 095/2012 da SEAP**, que regia o concurso público para o provimento do cargo de Auditor Fiscal 'A', integrante da Carreira de Auditor Fiscal da Coordenação da Receita do Estado - CRE, **previa a existência de 85** (oitenta e cinco) vagas para a ampla concorrência, de **5 (cinco) vagas reservadas para pessoas com deficiência** e de 10 (dez) vagas reservadas para afrodescendentes.

O Impetrante logrou classificar-se em 10º lugar na lista de pessoas com deficiência e em 567º lugar na lista de ampla concorrência.

Dessa forma, não alcançou classificação dentro do número de vagas ofertadas no concurso, estando incorreta sua não convocação para se submeter à avaliação médica e participar do Curso de Formação.

Ocorre que, vários dos candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas desistiram ou tiveram sua nomeação declarada sem efeito (f. 627/629), circunstância que poderia conduzir ao direito subjetivo à nomeação do Impetrante, desde que as desistências se

dessem em número suficiente para que este passasse a estar dentro do número de vagas previstas no edital do certame.

(...)

Todavia, **no caso em apreço, as desistências não se deram em número suficiente para que o Autor passasse a ficar dentro do número de vagas previstas no edital.**

(...)

Em outras palavras, o Impetrante não possui direito à nomeação, mas sim mera expectativa de direito à convocação para a avaliação médica e demais etapas do certame, caso ocorressem desistências em número suficiente ou o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame" (fls. 697/704e).

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ALEGADA.

1. Discute-se, em suma, a existência ou não de direito líquido e certo à nomeação de candidato aprovado em certame público fora do número de vagas previsto no edital (cadastro de reserva).

2. O STJ entende que os candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedente: AgRg no REsp 1.233.644/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 13.4.2011.

3. **A Corte Especial do STJ passou a seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, segundo a qual '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' (Tema 784/STF) (AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RMS 48.056/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 15.9.2017). No mesmo sentido: AgInt no RMS 52.114/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.8.2017.

4. 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' (STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 03/02/2017).

5. Sendo assim, não há, nos autos, elementos suficientes para demonstrar o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, ou a preterição do direito do insurgente de ser nomeado, por contratação irregular de servidores comissionados, para o mesmo cargo em que aprovado. Ausência, portanto, de comprovação de direito líquido e certo.

6. Recurso Ordinário não provido" (STJ, RMS 60.820/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/06/2019).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 283/STF. 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.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim

Superior Tribunal de Justiça

sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A falta de combate a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido justifica a aplicação, por analogia, da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal.

III - **O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, em razão de possuir mera expectativa de direito à nomeação, deve demonstrar a existência de cargo efetivo vago e que a quantidade de contratações precárias irregulares foi suficiente para alcançar a classificação obtida pela recorrente, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental.**

IV - 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.

V - **In casu, não há direito líquido e certo a ser amparado, haja vista a ausência de demonstração de cargos efetivos vagos, bem como da alegada preterição da parte recorrente, sendo a dilação probatória providência vedada no mandado de segurança.**

VI - As Agravantes não apresentam, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VII - Agravo Interno improvido" (STJ, AgInt no RMS 50.060/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/08/2016)

Assim, inafastável a conclusão de que ausente direito líquido e certo a ser amparado mediante a presente ação mandamental.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, **b**, do RISTJ, nego provimento ao Recurso Ordinário.

I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
Relatora