

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.832 - PR (2017/0002585-2)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE : **DAVI YUJI HANTANI SOZINHO**
RECORRENTE : **JAMES HIDEKI ABE**
RECORRENTE : **WILSON MENDES**
RECORRENTE : **LISIE TIEKO NAKASONE FUKABORI**
RECORRENTE : **EVERTON LEANDRO NUBIATO**
RECORRENTE : **EMERSON CARLOS DA SILVA**
RECORRENTE : **FERNANDO HUMBERTO ANGULSKI DE LACERDA**
RECORRENTE : **RAFAEL DE OLIVEIRA FADUL**
RECORRENTE : **PAULO SERGIO SALVADOR**
RECORRENTE : **DALTON ISSAO ITO**
ADVOGADO : **FREDERICO RODRIGUES MARTINS - PR043245**
RECORRIDO : **ESTADO DO PARANÁ**
PROCURADOR : **FLÁVIO ROSENDO DOS SANTOS E OUTRO(S) - PR048177**

DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por DAVI YUJI HANTANI SOZINHO e outros, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

"AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL - EDITAL N.º 95/2012 - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - CONCURSO JÁ EXPIRADO - REJEIÇÃO DA PRELIMINAR - IMPETRANTES CLASSIFICADOS ALÉM DAS VAGAS OFERTADAS, AINDA QUE COMPUTADAS AS DESISTÊNCIAS E AS VACÂNCIAS OCORRIDAS DURANTE A VIGÊNCIA DO EDITAL - INOCORRÊNCIA DE DESISTÊNCIA TÁCITA POR PARTE DOS CANDIDATOS MELHORES POSICIONADOS QUE NÃO AJUIZARAM AÇÕES TENDENTES ÀS NOMEAÇÕES - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA" (fl. 637e).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados, em acórdão assim sumariado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONCURSO PÚBLICO PARA AUDITOR FISCAL - RECEITA ESTADUAL - EDITAL N.º 95/2012 - AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU DE

CONTRADIÇÃO - PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIAS JÁ DEBATIDAS - INCABÍVEL - EMBARGOS REJEITADOS.

O aclaratório interposto requer a demonstração de que a decisão recorrida incorreu em uma das hipóteses do art. 1022 do novo Código de Processo Civil (art. 535 do antigo *codex*), o que não se configura no caso.

A pretensão de obter nova discussão do mérito é vedada em embargos declaratórios.

Inexistindo os vícios apontados, os aclaratórios não devem ser acolhidos para o fim específico de prequestionamento.

Embargos rejeitados" (fl. 673e)

Inconformada, nas razões recursais, sustenta a parte recorrente:

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

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 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 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 3ª 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.

Os Recorrentes adquiriram o direito líquido e certo no momento em que foram aprovados e classificados no referido certame e estão dentro do número de vagas ofertadas no Edital Nº 095/2012 -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. 695/706e).

Contrarrazões, a fls. 755/758e.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 769/772e, 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:

"Rejeito, assim, as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido arguidas pela Secretária de Estado da Administração e da Previdência e pelo Governador do Estado do Paraná.

Superado isto, é momento de analisar o mérito da ação, que consiste no pedido de nomeação dos impetrantes nos cargos de Auditor Fiscal 'A', integrantes da carreira de Auditor Fiscal da Coordenação da Receita do Estado - CRE, no concurso regado pelo Edital n.º 95/2012 (fls. 75/84), que previu 85 (oitenta e cinco) vagas para a ampla concorrência (fl. 75).

Os impetrantes alegam terem obtido classificação nas seguintes colocações na concorrência geral: Davi Yuji Hantani Sozinho (239ª); James Hideki Abe (244ª); Wilson Mendes (247ª); Lisie Tieko Nakasone (249ª); Everton Leandro Nubiato (267ª); Emerson Carlos da Silva (272ª), Fernando Humberto Angulski de Lacerda (281ª); Rafael de Oliveira Fadul (284ª); Paulo Sérgio Salvador (286ª); e

Dalton Issao Ito (288^a).

Embora tenham sido demonstradas 26 (vinte e seis) desistências de candidatos aprovados (fls. 137/167) e informadas 105 (cento e cinco) vacâncias de cargos de Auditor Fiscal na Receita Estadual (por aposentadorias, demissões e eventuais falecimentos ocorridos durante o prazo de validade do concurso), não se alcançaria, ainda assim, na mais favorável das hipóteses, a posição do impetrante melhor classificado na ampla concorrência - Davi Yuji Hantani Sozinho (239^a).

O entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido de que não tem direito subjetivo à nomeação o candidato que, ainda que computadas as desistências e as vacâncias, esteja classificado além do número de vagas previstas no edital ou surgidas no decorrer do concurso.

Nesse sentido:

(...)

Por outro lado, a tese de que haveria desistência tácita dos candidatos melhores posicionados e reversão das respectivas vagas aos impetrantes, por não terem (aqueles), após a expiração do edital, impetrado mandado de segurança requerendo a nomeação, por óbvio não pode ser acolhida.

Não existe dispositivo legal que caracterize a desistência tácita em tais casos e o fato de alguém não provocar o Poder Judiciário não significa que tenha renunciado ao direito.

Note-se, ainda, que o Edital n.º 95/2012, em seu item 16.13, apenas previu desistência presumida na hipótese em que, chamado para qualquer etapa do concurso, o candidato deixasse de atender à convocação, o que, definitivamente, não é o caso, haja vista que sequer há comprovação de que tenham existido convocações específicas para suprir as vagas decorrentes das vacâncias.

Ademais, a reversão das pretensas vagas aos candidatos remanescentes da lista violaria a ordem classificatória, gerando preterição. Haveria vulneração, também, aos princípios da legalidade estrita, da vinculação objetiva ao edital e da impessoalidade, porque estar-se-ia presumindo a desistência daqueles que, durante a vigência do edital, não formalizaram manifestação de vontade neste sentido.

Oportuno referir, por reforço, que 'a desistência à nomeação, formalizada após o decurso do prazo de validade do concurso público, não pode favorecer o próximo candidato da ordem classificatória, porque a vaga, para gerar o direito à nomeação, deve surgir enquanto ainda vigente o certame.' (TJPR - Órgão Especial - MSOE - 1273411-1 - Curitiba - Rel.: Campos Marques - Unânime - J.

06.04.2015).

Desta forma, voto no sentido de rejeitar as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e, quanto ao mérito, denegar a segurança, por ausência de direito líquido e certo à nomeação" (fls. 642/647e).

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 dos impetrantes, 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 dos impetrantes, o que não ocorreu, conforme bem decidiu o Tribunal de origem.

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 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)

Por fim, não se olvida que o STJ, na linha da Suprema Corte, firmou o entendimento de que a expectativa de direito se transforma em direito subjetivo à nomeação nas situações em que o candidato, aprovado fora do número de vagas, passe a figurar dentro

do quantitativo ofertado no edital do certame devido a desistência de aprovados classificados em colocação superior. Todavia, no caso, a decisão ora impugnada decidiu, consoante a jurisprudência desta Corte, no sentido de que as desistências devem ocorrer durante a validade do concurso, o que não se verificou no caso.

Ou seja, ausente o direito líquido e certo da parte ora recorrente pois as possíveis vagas – surgidas em decorrência da desistência de candidatos mais bem classificados – ocorreram após transcorrido integralmente o prazo de validade do certame, ainda que as eventuais nomeações tenham ocorrido durante a validade do concurso. Diante disso, "não surge para o impetrante o direito à nomeação, porquanto o concurso já cessou sua eficácia jurídica, não estando mais passível de nomeação, por ausência de previsão legal" (STJ, AgInt RMS 52.660/ES, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/06/2018). No mesmo sentido: STJ, RMS 59.655/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/03/2019; AgRg no RMS 46.535/DF, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/04/2019.

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), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora