

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22.179 - DF (2015/0271520-9)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : SANDRO ALAN TOFOLI DOS SANTOS
ADVOGADO : RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(S) - DF022256
IMPETRADO : CHEFE DO DEPARTAMENTO DE GESTÃO DE PESSOAS DO
BANCO CENTRAL DO BRASIL
INTERES. : UNIÃO
INTERES. : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por SANDRO ALAN TOFOLI DOS SANTOS, com pedido liminar, contra ato omissivo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Chefe do Departamento de Gestão de Pessoas do Banco Central do Brasil.

O impetrante sustenta, em síntese, que foi aprovado em concurso público destinado ao provimento de cargos de analista do Banco Central do Brasil (Área 5 – São Paulo/SP), cujas normas são regidas pelo Edital 1º/2013 BCB/DEPES, de 15/08/2013, e classificado na 11ª (décima primeira) posição.

Afirma que, para o referido concurso (e apenas para o concurso, porque internamente o Banco Central não adota tal critério), o cargo de Analista foi dividido em seis (6) áreas de conhecimento: análise e desenvolvimento de sistemas (área 1); suporte à infraestrutura de tecnologia da informação (área 2); política econômica e monetária (área 3); contabilidade e finanças (área 4); infraestrutura e logística (área 5) e gestão e análise processual (área 6).

Nesse contexto, o edital previa, inicialmente, o provimento de quatrocentas (400) vagas de Analista, distribuídas em diferentes quantidades pelas sobreditas áreas e praças previamente indicadas, conforme o item 4.1.1 do Edital em comento, sendo certo que, para a Área 5 – São Paulo (para a qual concorreu), foram oferecidas 5 vagas em ampla concorrência e 1 vaga para candidatos com deficiência.

Destaca que – e nesse ponto residiria a ilegalidade e abusividade que o *writ* procura corrigir –, a despeito de o Presidente do Banco Central do Brasil (BACEN) haver solicitado por diversas vezes autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão para o provimento das 394 (trezentas e noventa e quatro) vacâncias supervenientes, essa autoridade, em nenhum momento, anuiu ao pleito, em violação do direito subjetivo do impetrante ao provimento do cargo.

Registra que, apesar das vacâncias ocorridas, foram nomeados apenas 50 excedentes, ou seja, 12,5% além dos 400 cargos inicialmente ofertados, sendo certo que há a confessada necessidade da Administração, bem como orçamento.

Por fim, pleiteia a concessão da ordem, alegando que tem direito líquido e certo à nomeação.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 532/534.

Informações às e-STJ fls. 544/559 e 564/584.

O Ministério Público Federal opinou pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a declaração de incompetência do STJ para análise do *mandamus* (e-STJ fls. 588/591).

Às e-STJ fls. 597/600 e 604/623, os impetrantes trazem informações acerca de fatos novos, alegando que são relevantes ao julgamento do *writ*.

O STJ entendeu pela ilegitimidade passiva do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão (e-STJ fls. 627/630 e 705/711), sendo, entretanto, referido julgado reformado pelo STF (e-STJ fls. 837/848), razão pela qual os autos retornaram para o prosseguimento do exame do *writ*.

Passo a decidir.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, realizado sob a sistemática da repercussão geral, entendeu 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 geram automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvada a hipótese 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. A ementa sintetizou o julgado com o seguinte teor:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA

PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Consectariamente, é cediço 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.

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a 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. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); 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.

8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837.311/PI, Relato Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 18/04/2016).

O Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado esse posicionamento, reconhecendo que, em regra, existe mera expectativa de direito à nomeação quando o candidato é classificado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital, como ocorreu na hipótese. Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO ALÉM DAS VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO PODER ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. A teor do disposto no art. 1º da Lei n. 12.016/2009, a concessão do mandado de segurança pressupõe ilegalidade ou abuso de poder, a violar direito líquido e certo.

2. Em princípio, não se revela abusiva ou ilegal a não nomeação de candidatos cuja classificação nos certames públicos se dê para além das vagas inicialmente oferecidas no instrumento convocatório, hipótese em que a decisão pelo provimento dos cargos excedentes se sujeita ao legítimo juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Precedentes do STJ e do STF.

3. A prova pré-constituída existente nos autos não indica ilegalidade ou abuso de poder por parte das apontadas autoridades coatoras, não havendo, portanto, falar em violação de direito líquido e certo da parte impetrante, capaz de legitimar a concessão do pretendido writ.

4. Ordem denegada. (MS 19.958/DF, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 05/08/2016).

In casu, o impetrante foi aprovado em classificação (11ª) além do número de vagas (5) lançadas no edital para o cargo/área/praça disputado, não havendo que falar em direito à nomeação, já que não há a configuração de nenhuma situação de preterição.

Nesse sentido, os seguintes precedentes proferidos em julgamentos de mandados de seguranças em que se discutia o mesmo concurso ora em análise:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ANALISTA DO BANCO CENTRAL - ÁREA 5. REGIDO PELO EDITAL 1/2013 BCB/DEPES, DE 15.8.2013. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. ORDEM POSTULADA PELO PARTICULAR DENEGADA.

1. É firme o entendimento do STJ de que os candidatos classificados além das vagas inicialmente oferecidas pelo Edital não têm direito líquido e certo à nomeação, não sendo a criação de vagas por lei e tampouco o reconhecimento da necessidade de preenchimento dos cargos pela Administração Pública motivo suficiente para convolar a mera expectativa de direito em direito líquido e certo. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no RMS

37.559/DF, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 26.8.2016.

2. Esta orientação acompanha a tese firmada pelo STF, em Repercussão Geral, 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. (...) a publicação de novo Edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo Edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame (RE 837.311-RG/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 18.4.2016).

3. Logo, o surgimento de novas vagas durante a validade do certame não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos excedentes ao número de vagas original. Para tanto, além das vagas, há que restar demonstrada a preterição arbitrária e imotivada pela Administração, o que não ocorreu na hipótese. Cita-se precedente sobre o mesmo caso: AgInt no MS 22.089/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 25.10.2018.

4. Ordem postulada pelo Particular denegada. (MS 22.092/DF, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 06/09/2019).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ANALISTA DO BANCO CENTRAL - ÁREA 6. REGIDO PELO EDITAL 1/2013 BCB/DEPES, DE 15.8.2013. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. ORDEM POSTULADA PELOS PARTICULARES DENEGADA.

1. É firme o entendimento do STJ de que os candidatos classificados além das vagas inicialmente oferecidas pelo Edital não têm direito líquido e certo à nomeação, não sendo a criação de vagas por lei e tampouco o reconhecimento da necessidade de preenchimento dos cargos pela Administração Pública motivo suficiente para convolar a mera expectativa de direito em direito líquido e certo. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no RMS 37.559/DF, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 26.8.2016.

2. Esta orientação acompanha a tese firmada pelo STF, em Repercussão Geral, 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. (...) a publicação de novo Edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo Edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame (RE 837.311-RG/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 18.4.2016).

3. Logo, o surgimento de novas vagas durante a validade do certame não

gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos excedentes ao número de vagas original. Para tanto, além das vagas, há que restar demonstrada a preterição arbitrária e imotivada pela Administração, o que não ocorreu na hipótese. Cita-se precedente sobre o mesmo caso: AgInt no MS 22.089/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 25.10.2018.

4. Ordem postulada pelos Particulares denegada. (MS 22.107/DF, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 06/09/2019).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. CANDIDATO APROVADO, MAS CLASSIFICADO PARA ALÉM DAS VAGAS INICIALMENTE OFERECIDAS NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. INEQUÍVOCA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Os candidatos aprovados em concurso público, mas classificados para além das vagas inicialmente ofertadas no edital, não têm, em princípio, direito líquido e certo à nomeação. Precedentes do STJ e do STF.

2. A necessidade de contratação alegada pelo impetrante foi expressamente afastada pelas autoridades impetradas, nas informações que prestaram. Logo, se necessidade existe, não foi cabalmente demonstrada pelo impetrante.

3. Em hipótese análoga, fundada no mesmo certame e na qual as mesmas teses foram examinadas, esta Corte denegou a ordem, (AgInt no MS 22.089/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 25/10/2018), não subsistindo razão para dar solução diversa à presente hipótese.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no MS 22.087/DF, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 19/08/2019).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO REGIDO PELO EDITAL N.º 1/2013 BCB/DEPES, DE 15/8/2013. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. VACÂNCIA DE CARGOS. FIM DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. PEDIDO DE NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MPOG. LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. AUTORIZAÇÃO DO MPOG PARA NOMEAÇÃO APENAS DE 50 DOS CANDIDATOS APROVADOS EM CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADE.

1. Hipótese em que foi monocraticamente denegada a ordem pretendida pelos impetrantes, de que fossem nomeados para os cargos para os quais foram aprovados em concurso público apenas em cadastro de reserva, sob os fundamentos de que: (a) para a caracterização de direito subjetivo à nomeação seria necessário que os impetrantes comprovassem que a Administração Pública, ao deixar de nomeá-los, agiu arbitrária e imotivadamente; (b) os impetrantes não efetuaram tal prova; (c) ao contrário, a autoridade impetrada apresentou plausíveis justificativas no sentido de que a nomeação dos candidatos aprovados apenas em cadastro de reserva não ocorreu em virtude de limitações orçamentárias ao longo do prazo de validade do concurso; (d) a necessidade do Banco Central em ter mais servidores não autoriza por si só a conclusão de que a falta de autorização para a contratação pelo MPOG fosse arbitrária e imotivada, afinal ao MPOG incumbia precisamente a eleição de prioridades na destinação dos limitados recursos federais; (e) também a convocação dos candidatos aprovados em cadastro de reserva para a realização de curso de formação não implica o advento de direito subjetivo à nomeação. 2. No agravo interno os agravantes sustentam que (i) o Banco Central tinha necessidade de contratação de servidores, (ii) havia dotação orçamentária para suportar a contratação dos impetrantes e (iii) a realização do curso de formação sem que os impetrantes viessem a ser

contratados não se coaduna com o princípio da eficiência.

3. Não obstante, a suposta existência de dotação orçamentária para a contratação de até 22.463 cargos vagos em todo o Executivo federal, com o limite financeiro total de R\$ 1.413.715,10, não autoriza a conclusão de que os impetrantes tivessem direito subjetivo à nomeação. Ao Ministério do Planejamento incumbia escolher de que forma haveriam de ser distribuídos os até 22.463 cargos e funções em todo o funcionalismo público federal, não apenas no Banco Central.

4. O Ministro do Planejamento atendeu parcialmente o pleito de nomeação feito pelo Banco Central, autorizando apenas a nomeação de 50 analistas e de 50 técnicos (em todo o país) dentre aqueles aprovados no cadastro de reserva, sob a motivação de que a análise "leva em conta, dentre outros aspectos, a situação atual e projetada da força de trabalho de todos os órgãos e entidades demandantes em face das prioridades do serviço público federal e o limite orçamentário-financeiro estabelecido".

5. O juízo legal, motivado e não arbitrário de discricionariedade administrativa não está sujeito a reforma em sede judicial.

6. O fato de a Administração Pública haver promovido curso de formação para candidatos aprovados em cadastro de reserva, ainda que contrarie a eficiência administrativa, não é capaz de convolar a mera expectativa em direito subjetivo à nomeação.

7. Agravo interno não provido. Ordem denegada. (AgInt no MS 22.089/DF, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 25/10/2018).

Assim, não há nenhum direito a ser resguardado na presente via.

Ante o exposto, nos termos do art. 34, XIX, do RISTJ, DENEGO a ordem.

Sem honorários advocatícios, nos moldes do art. 25 da Lei 12.016/2009 e da Súmula 105 do STJ.

Intimem-se. Publique-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator