

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.438 - TO (2019/0085142-0)**

**RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**RECORRENTE : DELUBIO PEREIRA GONCALVES**  
**ADVOGADO : PABLO ARAUJO MACEDO E OUTRO(S) - TO005849**  
**RECORRIDO : ESTADO DO TOCANTINS**  
**PROCURADOR : DRAENE PEREIRA DE ARAÚJO SANTOS E OUTRO(S) - TO004122**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança com pedido liminar interposto por DELUBIO PEREIRA GONÇALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins assim ementado (e-STJ fls. 731/732):

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM OBRIGAÇÃO DE NOMEAR TODOS OS CANDIDATOS CONSTANTES NO EDITAL PARA POSSE IMEDIATA. EXCEPCIONALMENTE DEVERÁ NOMEAR OS CANDIDATOS CLASSIFICADOS NO CADASTRO DE RESERVA NOS TERMOS DO RE nº 837.311/PI COM REPERCUSSÃO GERAL. CANDIDATOS NÃO CLASSIFICADOS PARA AS VAGAS DE POSSE IMEDIATA E NÃO CLASSIFICADOS PARA AS VAGAS DESTINADAS AO CADASTRO DE RESERVA NÃO PODERÃO SER CONVOCADOS POSTO QUE ELIMINADOS DO CERTAME.

1. Candidato não classificado dentro das vagas destinadas para posse imediata ou dentro das vagas destinadas ao cadastro de reserva está eliminada do certame, não tendo direito subjetivo à convocação e nomeação. A Súmula nº 15 do E. STF e o artigo 37, IV, da Constituição Federal, garantem a prioridade dos candidatos não eliminados enquanto perdurar a vigência do concurso público.

2. O Poder Público possui uma margem de discricionariedade para decidir acerca do provimento dos postos na respectiva estrutura, mas até o limite daqueles aprovados dentro do “cadastro de reserva”, evitando-se, assim que o gestor nomeie até onde queira, ou até “quem” queira.

3. Se a Administração Pública convoca os candidatos para posse imediata, e mais os do cadastro de reserva, e ainda assim permanecerem vagas a serem preenchidas, estas somente poderão ser completadas a partir de novo concurso público, uma vez que o Edital para o concurso público traz sua moldura perfeitamente delimitada e sequer pode ser alterado, mesmo que por outro edital que venha a modificar o número de vagas do cadastro de reserva, pois tal ato será inválido, nulo, com efeitos ex tunc.

4. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, em sua composição Plenária, no julgamento do RE nº 837.311/PI, permite a nomeação de candidatos fora do número de vagas previstas no edital, mas que foram “aprovados”. Leia-se, não eliminados, de forma a resguardar o direito dos candidatos aprovados e eventualmente preteridos arbitrariamente e imotivadamente pela Administração Pública.

5. Mandado de segurança conhecido. Segurança denegada.

Narra o recorrente que: (I) participou do concurso público do Quadro Geral do Estado do Tocantins, regido pelo Edital 001/2012, para o cargo de Engenheiro Agrônomo, com lotação no município de Natividade – TO, no qual obteve a 7ª colocação; (II) foram disponibilizadas 4 vagas para o provimento e duas para a formação de

cadastro de reserva; (III) a Administração nomeou os 6 primeiros candidatos, sendo que o 6º colocado não tomou posse.

Por fim, discorre que (e-STJ fls. 799/800):

[...] foi considerado eliminado do certame, por não ter figurado dentre os 6 (seis) primeiros colocados. Apenas atingiu o status de aprovado e classificado, na 7ª colocação no certame, em decorrência do Edital n. 019 QUADRO-GERAL/2014, publicado no Diário Oficial n. 4.269, de 2/12/2014 (retificado DOE 4.270, de 3/12/2014), o qual revogou o item 15.1.5 do Edital no 001, de 2012, que previa a eliminação do candidato que não figurasse até o limite de vagas definido no edital de abertura do concurso.

Em 15/4/2015 o Secretário de Estado da Administração, por meio do Edital no 021/QUADRO-GERAL/2015, publicado no Diário Oficial no 4.360, de 23/4/2015, anulou, com efeito *ex nunc*, o Edital n. 019, de 28/11/2014 e o Edital n. 020, de 10/12/2014, ao argumento de estarem eivados de ilegalidade.

Acontece que, embora o Edital n. 021, de 2015 tenha anulado os Editais ns. 19 e 20, de 2014 (que excluíram o item 15.1.5 do Edital no 001/QUADROGERAL/2012 e ampliaram o número de candidatos classificados dentro do cadastro de reserva), ressaltou o direito de terceiros de boa fé que foram empossados pelas nomeações contidas no Ato n. 2.201-NM, publicado no Diário Oficial no 4.285, de 23 de dezembro de 2014 e no Ato n. 2.117-NM, publicado no Diário Oficial n. 4.285, de 23 de dezembro de 2014.

[...] apesar de o impetrante não ter sido nomeado pelos atos supracitados, quando da publicação Edital n. 021, de 2015 já tinha adquirido o direito à nomeação em razão da decadência do direito de posse da candidata FERNANDA MOREIRA PALHANO, aprovada na 6ª (sexta) colocação (nomeada pelo Ato n. 2.084- NM, de 8/12/2014, publicado no Diário Oficial no 4.277, de 12/12/2014).

Nesse contexto, defende, em síntese, que, "diante da existência de 1 (um) cargo vago e do interesse da Administração Pública no preenchimento de 6 (seis) vagas, a referida situação ampara seu direito líquido e certo à nomeação, pois foi classificado na 7ª colocação" (e-STJ fl. 799).

Diante disso, estaria sendo preterido, em patente ofensa ao seu direito de ser nomeado.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 829/831).

O Ministério Público Federal deixou de se manifestar acerca do mérito do processo (e-STJ fls. 834/837).

Passo a decidir.

A irresignação recursal não merece prosperar.

Com efeito, a tese sufragada no acórdão impugnado espelha a orientação firmada no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, nos autos do RE 837.311/PI, Relator o em. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015, nos seguintes termos:

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: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e c) 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. Essa a tese que, por maioria, o Plenário fixou para efeito de repercussão geral. Na espécie, discutia-se a existência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público, no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. RE 837311/PI, rel. Min. Luiz Fux, 9.12.2015. (RE-837311)

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 previsto no edital ou para cadastro de reserva, sendo que, somente se consuma ofensa ao direito desses candidatos, se demonstrado que as contratações precárias foram celebradas para suprir as vagas existentes, o que, no caso presente, não ocorreu. Na mesma linha desse entendimento, confirmam-se os precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO. TEMA DECIDIDO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA. MULTA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Supremo Tribunal Federal oriunda de julgamento realizado sob a sistemática da repercussão geral, consolidou o entendimento de que o candidato classificado em concurso público, fora do número de vagas previstas no edital, tem mera expectativa de direito à nomeação, sendo certo 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, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.

2. Hipótese em que o candidato foi aprovado em classificação além do número de vagas para o cargo disputado, não havendo a configuração de nenhuma situação de preterição a ensejar o direito à nomeação.

3. "Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa" (art. 1.021, § 4º, do CPC/2015).

4. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa. (AgInt no RMS 47.521/DF, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/09/2016).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Discute-se no *mandamus* o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em enfermagem do Estado do Tocantins.

2. A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie.

3. No caso, a candidata obteve a 18ª colocação no concurso para o preenchimento de 10 vagas e formação de cadastro de reserva, não havendo nos autos elementos que comprovem a preterição do direito à nomeação, pois não se demonstrou o real surgimento de vagas efetivas para o cargo pretendido, no período de validade do concurso, para a localidade específica.

4. A remoção ou cessão de um servidor para outra localidade não caracteriza "vacância de cargo" para fins de provimento pelos aprovados em concurso público.

5. Da mesma forma, inexistem documentos suficientes para caracterizar a ilegalidade das contratações temporárias, sendo necessária dilação probatória para que se realize juízo de valor a respeito dos pressupostos autorizadores da celebração de contratos com fundamento no art. 37, IX, da Constituição da República.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento." (RMS 41.787/TO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13.5.2015.).

No caso dos autos, as sustentações da parte recorrente – aprovado na posição 7 para o cargo de Engenheiro Agrônomo, com lotação no município de Natividade – TO, função para qual o edital do certame previu a existência de 4 vagas imediatas –, à luz da orientação jurisprudencial aludida, não permitem o reconhecimento do alegado direito pleiteado por meio do *mandamus*.

Por oportuno, registre-se 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 para provimento – em razão da desistência de classificados em colocação superior –, passe a figurar dentro do quantitativo ofertado no edital do certame. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE PRUDENCIAL DE GASTOS COM PESSOAL. INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CONVOCADO PARA PREENCHIMENTO DE VAGA PREVISTA NO EDITAL. EXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO CANDIDATO CLASSIFICADO IMEDIATAMENTE APÓS, QUE PASSA A SER CONSIDERADO COMO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS ABERTO. AGRAVO INTERNO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte de que a discussão acerca da existência ou não de direito líquido e certo, nos termos da Lei 12.016/09, demanda

análise do conjunto fático-probatório, providência sabidamente incompatível com a via estreita do Apelo Especial.

2. Ademais, o entendimento dessa Corte é de que o candidato inicialmente aprovado em colocação além do número de vagas previstas no edital, tem direito subjetivo a nomeação ante a desistência de candidato classificado dentro do número de vagas previsto, que permita a inclusão do candidato excedente seguinte nesse rol. Precedentes: RMS 53.506/DF, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 29.9.2017 e AgRg no RMS 48.266/TO, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 27.8.2015.

3. Agravo Interno do Distrito Federal desprovido. (STJ - AgInt no REsp 1.576.096/DF, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/03/2018).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO FORA DAS VAGAS OFERECIDAS. INAPTIDÃO DE CANDIDATOS MAIS BEM CLASSIFICADOS. MANIFESTAÇÃO DE DESISTÊNCIA. RECLASSIFICAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO COMO EXCEDENTE. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Apenas o candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital do certame tem, em regra, direito público subjetivo à nomeação, conforme decidido no RE 598.099/MS, relator o Em. Ministro Gilmar Mendes, em julgamento com repercussão geral.

2. No entanto, o candidato originalmente excedente que, em razão da inaptidão de outros concorrentes mais bem classificados, ou de eventuais desistências, reclassifica-se e passa a figura nesse rol de vagas ofertadas, ostenta igualmente o direito à nomeação. Precedentes.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (STJ – RMS 52.251/PR, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 07/12/2017).

No caso em tela, contudo, a desistência de candidato (6º colocado) que figurava no cadastro de reserva não tem o condão de convolar a expectativa de direito em direito subjetivo à posse no cargo objetivado, já que o ora recorrente não passou a figurar dentro do quantitativo ofertado no edital do certame (quatro vagas).

Ante o exposto, com base no art. 34, XVIII, "b", do RISTJ ,  
NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator