

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 62.132 - RS (2019/0316862-9)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : **BIANCA FELL MARQUES**
ADVOGADOS : **LUIZ GUSTAVO CAPITANI E SILVA REIMANN E OUTRO(S) -**
RS067643
DANIELLE RAMOS GARCIA - RS069750
IHANA DOS SANTOS GUERRA - RS108491
MARIA DE LOURDES RODRIGUEZ PEDROZO DE BARROS
LUIZELLI - RS111286
RECORRIDO : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROCURADOR : **PAULO CESAR VELLOSO QUAGLIA FILHO E OUTRO(S) -**
RS069408

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por BIANCA FELL MARQUES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado (e-STJ fl. 453):

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE OFICIAL DE JUSTIÇA PJ-H. EDITAL Nº 17/2014-DRH-SELAP-RECEL. PREVISÃO DE PROVIMENTO DOS CARGOS QUE VAGASSEM DURANTE O PERÍODO DE VALIDADE DO CERTAME. NOTÍCIA DA EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS NÃO PROVIDOS. JUÍZO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Edital que previa o provimento de 116 vagas, “mais as que vagarem e estiverem aptas a provimento por nomeação, no período de validade do certame” . Ante a notícia de existência de 24 cargos ainda vagos quando da expiração da validade do concurso, impetrante considera-se inserida no número de vagas constante do edital, com o que teria direito subjetivo de ver-se nomeada.

2. As nomeações para vagas excedentes àquelas estabelecidas no edital são ato discricionário da Administração Pública, que deve exercer seu juízo de conveniência e oportunidade, cuja bússola será a realidade administrativa e financeira da instituição, o que não cabe ao Judiciário avaliar, sob pena de ofensa ao princípio da Separação de Poderes.

3. As vagas que abarcariam a impetrante não foram especificamente ofertadas, limitando-se o edital a referir abstratamente a possibilidade de provimento de cargos que vagassem durante o período de validade do concurso que se pretendia realizar. Não se pode supor que tal manifestação da intenção futura da Administração Pública venha a vinculá-la de forma absoluta, forçando-a a prover toda e qualquer vaga que viesse a surgir, sob pena de acarretar, inclusive, desequilíbrio orçamentário, potencialmente ferindo o disposto na Lei de Responsabilidade fiscal e sujeitando a responsabilização o gestor da coisa pública.

DENEGARAM A SEGURANÇA. UNÂNIME.

Rejeitados os aclaratórios (e-STJ fls. 496/505).

Na origem, a recorrente impetrou mandado de segurança com

pedido de liminar contra ato do do Presidente do Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação, objetivando a sua nomeação para cargo público.

Argumentou que foi aprovada na posição 263 para o cargo de Oficial de Justiça, função para qual o edital do certame previu a existência de 116 vagas, tendo ponderado ter direito subjetivo ao cargo público em virtude da existência de postos não ocupados e do lançamento de novo certame.

No presente inconformismo, a parte recorrente repisa os argumentos, lançados na inicial, de fazer jus à nomeação para o cargo pretendido, ponderando, ainda, haver a necessidade de o serviço público preencher as vagas não ocupadas

Contrarrazões às e-STJ fls. 553/562.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso (e-STJ fls. 569/576).

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

Superior Tribunal de Justiça

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, à luz da orientação jurisprudencial aludida, não permitem o reconhecimento do alegado direito pleiteado por meio do *mandamus*.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator