

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.514 - MG (2019/0097294-8)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
RECORRENTE : ROSANGELA AUGUSTA DO NASCIMENTO COELHO
ADVOGADO : FLAVIANO DUELI DE SOUZA - MG173385N
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ARTHUR PEREIRA DE MATTOS PAIXAO FILHO - MG050684N

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança com pedido liminar interposto por ROSANGELA AUGUSTA DO NASCIMENTO COELHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (e-STJ fl. 80):

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. NOMEAÇÃO. - Eventual direito do candidato aprovado fora do número de vagas é excepcionalíssimo, não bastando a simples existência de cargo vago para que a Administração Pública seja obrigada a nomear os candidatos aprovados em concurso que ainda encontra-se vigente. - O Supremo Tribunal Federal já firmou tese, em repercussão geral (RE 837311), 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 - A decisão em repercussão geral enfatiza que a ordem judicial de nomeação somente se justificaria em situações extraordinárias, em que há preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública.

Narra a recorrente que: (a) ficou classificada em 13º lugar para o cargo de Professor da Educação Básica – PEB – Nível I, Grau A, Língua Portuguesa – cidade de Antônio Dias/MG; (b) o edital do certame ofertou 3 vagas para o referido cargo; (c) a administração nomeou os 10 primeiros candidatos.

Sustenta que, com a designação – no início do ano letivo de 2018 – de 3 servidores temporários, resta comprovada a manifesta ilegalidade da autoridade coatora.

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

Contrarrazões às e-STJ fls. 122/131.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 140/141).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 144/146).

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 expresse 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, confirmaram-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.).

Note-se, ainda, que a contratação temporária para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, nos moldes do art. 37, IX, da Constituição da República, não comprova, isoladamente, a preterição dos candidatos regularmente aprovados, nem a existência de cargos efetivos vagos. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA OFICIAL DE APOIO JUDICIAL DO TJMG. FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TEMPORÁRIOS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que "*candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso - por criação de lei ou*

por força de vacância -, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Precedentes do STJ" (RMS 47.861/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015).

2. A paralela contratação de servidores temporários, só por si, não caracteriza preterição na convocação e nomeação de candidatos, ou autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento dos aprovados em cadastro de reserva. É que os temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. Cuida-se, pois, de institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 49.610/MG, Relator, Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/04/2016).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO ESTADUAL. CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO. INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE CARGOS EFETIVOS A SEREM PROVIDOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A simples contratação de servidores a título precário, por prazo determinado, não induz, por si só, à configuração de quebra da ordem classificatória do concurso público, por se tratar de medida autorizada pelo art. 37, IX, da Constituição Federal.

2. Incumbe à parte interessada a demonstração de contratação temporária realizada em desacordo com a regra constitucional, bem como a existência de cargos de provimento efetivo a serem providos para tanto.

3. Agravo Regimental de MARIA APARECIDA CARVALHO FLORES a que se nega provimento. (AgRg no RMS 32.153/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 05/10/2015).

No caso dos autos, as sustentações da parte recorrente – aprovada na posição 13 para o cargo de Professor da Educação Básica – PEB – Nível I, Grau A, Língua Portuguesa – cidade de Antônio Dias/MG, função para qual o edital do certame previu a existência de 3 vagas –, 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.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator