

**EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.183 - GO  
(2019/0181993-9)**

**RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**  
**EMBARGANTE : HELLEN LOPES RIBEIRO**  
**ADVOGADO : ELISA MIRANDA ZAFALAO - GO041893**  
**EMBARGADO : ESTADO DE GOIÁS**  
**PROCURADOR : MARCELLO TERTO E SILVA E OUTRO(S) - GO021959**

**DECISÃO**

Trata-se de Embargos de Declaração, opostos por HELLEN LOPES RIBEIRO, a decisão de minha lavra, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por HELLEN LOPES RIBEIRO, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado:

'MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR DE CONTROLE EXTERNO - ÁREA CONTÁBIL DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. CADASTRO DE RESERVA. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES COMISSIONADOS. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA PELAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. I. O Supremo Tribunal Federal fixou, sob o regime de repercussão geral, no julgamento do RE 837.311/PI, a compreensão de que a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero, fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação 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. II. Na espécie, a impetrante foi aprovado na 31 - (trigésima primeira ) colocação, quando o certame previa

apenas 17 (dezessete) vagas para o cargo de Auditor de Controle Externo - Área Contábil. III. *In casu*, a impetrante não comprovou a abertura de vagas necessárias para alcançar a sua colocação, decorrente, por exemplo, de aposentadorias, exonerações, demissões, óbitos ou outros eventos. IV. A Administração Pública detém o poder discricionário de prover as vagas de maneira a assegurar o melhor interesse da coletividade, podendo, inclusive, em virtude de razões orçamentárias, criar cargos para provimento futuro ou até mesmo extinguir os que já existem, caso não sejam mais necessários. V. Noutra quadra, as provas pré-constituídas pela impetrante não comprovaram a existência de servidores comissionados desempenhando as mesmas atividades do cargo de Auditor de Controle Externo - área finalística Contábil, sendo imprescindível a produção de provas nesse sentido. VI. Sobrepujando que os fatos narrados afiguram-se controvertidos, imperativa é a denegação da segurança, na medida em que o *writ* não admite dilação probatória. ORDEM DENEGADA" (fl. 1.486e).

Opostos Embargos de Declaração, foram acolhidos, nos seguintes termos:

'DUPLO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO. 1. Verificado erro material no acórdão recorrido, impõe-se a correção, nos termos dos artigos 494, inciso I, do Código de Processo Civil, e 212 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. 2. Os embargos de declaração não se prestam ao reexame da prova ou rediscussão da matéria ventilada nos autos. Sua função precípua é a de complementar ou aclarar o julgado, quando presente algum dos pressupostos de embargabilidade catalogados na disciplina legal incidente na espécie (art. 1022 do CPC), incorrentes no caso concreto. 3. 1º EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS SEM EFEITO INFRINGENTE, APENAS PARA SANAR ERRO MATERIAL. 2º- EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS' (fl. 1.678e)

Inconformada, nas razões recursais, sustenta a parte recorrente:

'A Recorrente juntamente com os outros aprovados, por diversas vezes, tentaram obter um posicionamento do órgão, seja no sentido de requerer nomeação dos aprovados, seja pelo estabelecimento de cronograma de convocações. Na busca de informações acerca desse atraso desarrazoado, uma comissão formada por candidatos aprovados se reuniu, em 08 de outubro de 2015, com a presidência do TCM/GO (Doe. 16). Tal reunião foi noticiada no site do TCM/GO, conforme se pode constatar da matéria em anexo.

Sob o argumento genérico acerca da malfadada crise pela qual atravessa o país e da necessidade de se respeitar os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Tribunal insiste na impossibilidade de proceder às nomeações.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que, caso o Tribunal entenda que não possui condições de manter a folha salarial dentro dos percentuais estabelecidos em lei, as medidas a serem adotadas, nesta ordem, são: a) Redução, de pelo menos 20%, das despesas com cargos em comissão; b) Exoneração de servidores não estáveis; c) Somente no caso de não suficientes as outras medidas, exoneração de estáveis.

Entretanto, em contrapartida das soluções do suposto problema narrado pelo TCM/GO, este Tribunal vem contratando comissionados; compactuando com o desvio de função de seus servidores; criando novos cargos; certificando a vacância por aposentadorias e preterindo aprovados em concurso público. Assim sendo, suas argumentações não possuem qualquer respaldo fático e/ou legal, motivo pelo qual não devem prosperar.

O desrespeito principalmente ao que prevê nossa Constituição Federal (art. 37, II), apenas coloca em cheque, *data vênia*, a condução do Erário pelo TCM/GO, motivo pelo qual o Ministério Público Estadual já se envolveu na questão analisada, para a tomada das providências legais cabíveis. Resta, desde já, afastada por completa a insubsistente tese de aplicação da reserva do possível.

(...)

Outrossim, não obstante essa informação prestada pela autoridade coatora, verifica-se a existência de servidores comissionados, exercendo as atividades fim (auditoria). Além

dos comissionados, há, ainda, servidores de outros órgãos à disposição do TCM/GO, e ainda analistas administrativos que, também, estão atuando como auditores (Docs. 21, 22 a 22.30; 23 a 25; 42 a 47).

Tanto essa ocupação indevida de cargo é verdade, na já citada Representação (processo nº 15.958/13, Doe. 12) - ainda em trâmite perante o TCM/GO (Does. 12.1 e 12.2)-, o MP determinou a redistribuição dos servidores em comissão, analistas administrativos e demais servidores que estejam exercendo indevidamente a atividade de controle externo.

(...)

Outrossim, não obstante essa informação prestada pela autoridade coatora, verifica-se a existência de servidores comissionados, exercendo as atividades fim (auditoria). Além dos comissionados, há, ainda, servidores de outros órgãos à disposição do TCM/GO, e ainda analistas administrativos que, também, estão atuando como auditores (Does. 21, 22 a 22.30; 23 a 25; 42 a 47).

Tanto essa ocupação indevida de cargo é verdade, na já citada Representação (processo nº 15.958/13, Doe. 12) - ainda em trâmite perante o TCM/GO (Does. 12.1 e 12.2)-, o MP determinou a redistribuição dos servidores em comissão, analistas administrativos e demais servidores que estejam exercendo indevidamente a atividade de controle externo.

Além disso, conforme as Resoluções administrativas do TCM/GO n. 31/2016, 33/2016, 69/2016, 103/2016, 112/2016, 39/2016, 80/2016, 05/2017, 08/2017 e 54/2017 (todas anexas), houve a aposentadoria de 05 (cinco) auxiliares de controle externo e 06 de técnicos de controle externo, ficando estes cargos automaticamente transformados em 11 cargos de Auditor de Controle Externo.

Além de tais aposentadorias, no dia 02/02/2016, a servidora TULIA MEIRELES PINHEIRO ocupante do cargo de AUDITOR DE CONTROLE EXTERNO. ÁREA DE CONTROLE EXTERNO, TAMBÉM SE APOSENTOU. Assim sendo, verifica-se cabalmente a vacância de 12 (DOZE) CARGOS durante o prazo de validade do certame em questão, a serem preenchidos pelos aprovados.

(...)

Diante de todo o exposto, interpõe-se o presente Recurso Ordinário para que seja reformado o Acórdão proferido pelo

Juízo a quo e, por conseguinte, que o Tribunal de Contas do Municípios do Estado de Goiás seja obrigado a proceder à DEVIDA NOMEAÇÃO DA RECORRENTE na vaga em que fora de forma lúdima aprovada: Auditora de Controle Externo - Área de Controle Externo, por se tratar de medida de justiça!

III - DO DIREITO:

III.1) - QUANTO AO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ ACERCA DO DIREITO SUBJETIVO DA RECORRENTE A NOMEAÇÃO

(...)

Ora, Excelência, se junta aos autos provas da criação de novos cargos mediante lei (Docs. 17, 18 e 19), da nomeação de servidores comissionados e servidores que atuam em desvio de função (Docs. 21, 22 a 22.30; 23 a 25; 42 a 47), de aposentadorias que ocorreram durante o prazo de vigência do certame *in casu* (Docs. 21 e 34); bem como- e mais importante- a expressa confirmação do próprio TCM/GO, no dia 02/02/2018, ainda existiam 23 (VINTE E TRÊS) CARGOS DE AUDITOR DE CONTROLE EXTERNO Área de Controle Externo- ou por epítrope, ONZE CARGOS VAGOS (fls. 06 desta peça)! (Doc. 15)- para o qual a Recorrente foi lidimamente aprovada.

Conforme já verificado, observadas as comprovadas nomeações até o presente momento, A RECORRENTE É A TERCEIRA COLOCADA NO CADASTRO DE RESERVA. Assim sendo, somente a quantidade de cargos vagos que foram declarados pelo próprio TCM/GO já seriam suficientes para garantir sua nomeação!

No entanto, além desses cargos vagos, a Recorrente comprovou a existência de VÁRIOS servidores comissionados e de servidores que atuam em desvio de função; de servidores que se aposentaram durante o prazo de vigência do certame em questão; bem como a existência de leis que criaram cargos no TCM/GO.

Assim sendo, conforme o entendimento do STF e do STJ é líquido e certo o direito da Recorrente à nomeação no cargo de Auditor de Controle externo; área de Controle Externo, motivo pelo qual se faz imprescindível a concessão da segurança ora pleiteada.

IMPORTANTE RESSALTAR TAMBÉM QUE A ILUSTRE REPRESENTANTE DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA, DRA. ANA MARIA RODRIGUES DA CUNHA, MANIFESTOU-SE NESSES AUTOS PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA PRETENDIDA, ANTE A EVIDÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA ORA RECORRENTE.

Mas não é só, Excelência! Já existem decisões, com Concessão da Segurança, a candidatos classificados no cadastro de reserva, para o mesmo concurso e cargo da RECORRENTE, como, por exemplo, o caso a Candidata ÉRIKA BARCELOS CORTES, Processo nº 5066029.28.2017.8.09.0000 (TJGO); a Candidata TUANNI TIBÚRCIO BARIANI, Processo ns 5006591.37.2018.8.09.0000 (TJGO); e os candidatos HUGO ALMEIDA MORAIS e JEFERSON BERNARDES ROBERTO Processo 5043617.69.2018.8.09.0000 (TJGO).

É válido esclarecer que a candidata ÉRIKA BARCELOS CORTES concorreu como Candidato com Deficiência, sendo classificada como 2ª PNE. O Edital no 01/14, já anexado aos autos (evento 1, Doc.8), no 'Capítulo XIII. DO PROVIMENTO DO CARGO', em seu item 2, esclarece que '2.1 O primeiro candidato com deficiência classificado no Concurso Público para cada Área Finalística será nomeado para ocupar a 5ª (quinta) vaga aberta'; esclarece ainda que '2.2 Os demais candidatos com deficiência aprovados serão nomeados a cada intervalo de 20 cargos' ou seja, a 25ª (vigésima quinta) posição e sucessivamente.

(...)

Ressalta-se que a Recorrente foi aprovada e classificada na 31ª (trigésima primeira) ordem de classificação; atualmente encontra-se na 22ª (vigésima segunda) posição considerando as desistências e os finais de fila, ou seja, a 3ª (terceira) da fila do Cadastro de Reserva.

Ora Excelência, a IMPETRANTE está atualmente na 22ª (vigésima segunda) posição e a Candidata ÉRIKA BARCELOS CORTES está locada na 25ª (vigésima quinta) posição e já foi nomeada!!! Quer mais preterição do que esta?

Assim, a recorrente busca a reforma do Acórdão ora impugnado, para que seja determinada a concessão da segurança, a fim de que seja nomeada imediatamente para o cargo em que foi aprovada.

III.2) - DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA RECORRENTE

Com efeito, no caso sub examine, o direito líquido e certo da Recorrente, aprovada no cadastro de reserva, consiste na confirmação da nomeação dos precários para ocuparem as vagas surgidas durante o prazo de validade do certame (vagas estas que surgiram em decorrência da transformação dos cargos de técnico de controle externo e auxiliar de controle externo em auditor de controle externo e as provenientes de aposentadorias, desistências e fim de fila), convolou sua expectativa de direito em direito líquido e certo à nomeação, conforme entendimento consolidado dos Tribunais Superiores.

(...)

Demonstrado está, portanto, o direito líquido e certo da ora Recorrente, Sra. Hellen Lopes. Contudo, tal direito está sendo tolhido por ato do Presidente do TCM/GO que, sob argumentos inconsistentes, não a nomeou, a despeito de todo o exposto.

E mais! Não só a autoridade coatora ainda não a nomeou, como também vem permitindo que demais servidores exerçam as funções de auditor de controle externo mesmo não sendo aprovados em concurso para tal, ocupando, destarte, a vaga da Recorrente.

(...)

III.3. DOS SERVIDORES IRREGULARES. DADOS DA REPRESENTAÇÃO Nº 15.958/13 DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DE GOIÁS E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5402098.27.2017.8.09.0051. VALIDADE DAS PROVAS.

Conforme já exposto, a ocupação indevida de outros servidores do TCM/GO em cargos cuja atividade fim é a de auditoria, na área de controle externo, a exemplo dos comissionados, dos servidores de outros órgãos a disposição daquele Tribunal e de analistas administrativos que atuam como auditores, foi alvo de Representação proposta pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás (processo nº 15.958/13), em anexo (Does. 12 a 12.2).

O MP, em 2013, ao constatar essa irregularidade, requereu a redistribuição dos servidores públicos que ocupam exclusivamente cargos em comissão no âmbito das Secretarias de Controle Externo, cuja atribuição prática tem sido o exercício de indevida atividade fim de controle externo.

(...)

Desta forma, pugna-se pela validade da prova ora juntada (cópia do trâmite do processo nº 15.958/13) e da ACP nº 5402098.27.2017.8.09.0051, a fim de provar não só a existência desse processo, como, também, a existência de servidores exercendo indevidamente as atividades de auditores.

Além disso, restou devidamente comprovado que os COMMISSIONADOS fazem exatamente as atividades fins dos Auditores de Controle Externo, conforme demonstrado nos documentos internos do TCM-GO em anexo; eis que realizam a auditoria/análise técnica dos processos dos jurisdicionados do TCM-GO, emitem os Pareceres/Certificados, para posteriormente o processo ser submetido às Câmaras do TCM para o julgamento; porém são proibidos de assinar os referidos documentos, por motivos óbvios.

Por fim, em decorrência do exposto, requer a redistribuição de tais servidores, para que a RECORRENTE, aprovada no concurso público em tela (Edital nº 01/2014) seja nomeada de imediato.

III.4) - DA OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO - DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - DO ABUSO DO PODER DISCRICIONÁRIO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO IMEDIATA

(...)

A opção discricionária de preencher o cargo público vago é exercida no momento em que o poder público divulga a existência de tais vagas e seu intuito de preenchê-las. O edital do certame passa, então, a vincular a conduta da Administração. Não há discricionariedade se as vagas estão ocupadas indevidamente, o que há, neste caso, é preterimento de concursados.

(...)

A ofensa consiste em nomear ou não substituir os que exercem precariamente o cargo, ao invés de nomear quem por de direito deve ocupá-lo, pois foram aprovados em concurso, na forma ordinária que determina a Constitucional Federal, em seu art. 37, II.

(...)

Ora, verifica-se que há pessoas qualificadas, concursadas e aguardando as respectivas nomeações, enquanto há servidores



outros que exercem a função dessas pessoas concursadas- como a Recorrente-, sem concurso público para este fim. Tal situação é ilógica e absurda!

(...)

Excelência, diante de todo o exposto, resta evidente o direito da Recorrente de ser nomeada para o cargo de Auditor de Controle Externo - Área de Controle Externo- para o qual foi devidamente aprovada em concurso público-, motivo pelo qual pugna, desde já, pela reforma do Acórdão proferido e, por conseguinte, pela concessão da segurança ora pleiteada" (fls. 1.702/1.719e).

Com contrarrazões, às fls. 2.938/2.958e

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 2.969/2.973e, pelo 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.

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 pela 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 ou de preterição não é suficiente para caracterizar o direito líquido e certo da impetrante, sendo imperiosa a demonstração de que, no caso concreto, foram realizadas contratações irregulares para o exercício específico das atribuições do cargo almejado, em número suficiente para a nomeação da impetrante, o que não ocorreu, conforme bem decidiu o Tribunal de origem, **verbis**:

"No caso em comento, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás se comprometeu, pelo edital, a nomear 17 (dezessete) candidatos para o cargo de Auditor de Controle Externo - área finalística Contábil, de sorte que, até a data da impetração, foram nomeados 23 (vinte e três) aprovados em razão de desistências e pedidos de fim de fila. (evento 1, doe. 7) Da análise dos autos, tem-se que a impetrante não comprovou a abertura de vagas necessárias para alcançar a sua colocação (31ª), decorrente, por exemplo, de aposentadorias, exonerações, demissões, óbitos ou outros eventos. Depreende-se, assim, que a impetrante não demonstrou, de forma inequívoca, a configuração das hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública.

Outrossim, as provas pré-constituídas pela autora não comprovam a existência de servidores comissionados desempenhando as mesmas atividades do cargo de Auditor de Controle Externo - área finalística Contábil, sendo imprescindível a produção de provas nesse sentido.

(...)

Destarte, se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele pode até existir, mas não será líquido e certo e, por tal razão, não poderá ser tutelado por meio de mandado de segurança.

Saliente-se, ademais, que a ação coletiva (ação civil pública nº 5402098.27.2017.8.09.0051) proposta pelo Ministério Público Goiano discutir justamente a suposta existência de servidores comissionados exercendo indevidamente cargos públicos em detrimento dos candidatos aprovados no certame, foi extinta, sem resolução do mérito, por perda superveniente do objeto, face a nomeação e posse dos concursados, e arquivada no dia 27.09.2018.

Nesse contexto, considerando que os fatos narrados pela

impetrante se mostram controvertidos, imperativa é a denegação da segurança, na medida em que o writ não admite dilação probatória" (fls. 1.477/1.479e)

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)**

**'AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REMOÇÃO DE SERVIDORES DE OUTRA LOCALIDADE. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL.**

**1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é no sentido de não ocorrer preterição na ordem de classificação de aprovados em concurso público na hipótese de remoção de servidores de outras localidades. Isso porque somente pode ser considerada ilegal a inobservância da ordem de classificação interna aos trâmites do certame;**

**ou seja, aquela que ocorrer entre candidatos, e não aquela decorrente da remoção de servidores concursados.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento' (STJ, AgRg no RMS 25.811/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 01/07/2013).

Cabe destacar, ainda, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que 'a convocação de candidato em posição superior na lista de classificação não pode configurar preterição do impetrante, como anotado no acórdão recorrido, quando decorreu do cumprimento de ordem judicial em processo diverso' (STJ, RMS 56.667/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/08/2018).

Outrossim, esta Corte possui entendimento de que a alegada existência de servidor desviado de suas funções, não caracteriza preterição de candidatos aprovados em concurso público, 'tendo em vista que estas pessoas não ocupam cargos efetivos vagos que seriam, em tese, supridos pelos candidatos aprovados no certame. Precedente: AgRg no MS 19.381/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe 01/02/2013' (AgRg no RMS 45.705/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 19/10/2016)

Na mesma linha:

'CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE SERVIDORES NA VIGÊNCIA DO CERTAME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRETERIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A questão em debate cinge-se à existência do direito à nomeação de candidato que logrou aprovação ou não em concurso público, ainda que fora do número de vagas previstas no Edital, ao argumento de estar sendo preterido em virtude da existência de contratações precárias.

2. Conforme assentado pela Corte de origem, o Recorrente não foi aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso, e não demonstrou a existência de cargos efetivos vagos sem o devido preenchimento. Assim, embora aponte a existência de preterição, insurgindo-se contra a contratação temporária de Professores, essa circunstância, por si só, não demonstra a existência do direito almejado.

3. **Para configurar o direito líquido e certo da parte autora seria necessária a demonstração inequívoca da existência de cargos efetivos vagos, restando cabalmente demonstrado que as contratações precárias visaram não a suprir uma situação emergencial e, sim, o provimento precário de cargo efetivo, circunstância que não restou evidenciada de plano.**

4. Agravo Regimental a que se nega provimento' (AgRg no RMS 49.659/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/06/2016)

Encontra amparo na jurisprudência desta Corte, portanto, o julgado do Tribunal de origem que, na espécie, denegou a ordem, fundamentado em que "as provas pré-constituídas pela autora não comprovam a existência de servidores comissionados desempenhando as mesmas atividades do cargo de Auditor de Controle Externo - área finalística Contábil, sendo imprescindível a produção de provas nesse sentido" (fl. 1.477e).

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" (fls. 2.975/2.986e).

Inconformada, sustenta a parte embargante que a decisão padece de omissão, nos seguintes termos:

"(...) conforme o Doc. 07 juntado à exordial no evento nº 01, para o cargo de Auditor de Controle Externo na área de Controle Externo-pleiteado pela ora Embargante- houve 06 (SEIS) pedidos de fim de fila (Portaria nº 151/2016; Portaria nº 155/2016; Portaria nº 020/2018; Portaria nº 020/2018; Portaria nº 020/2018; e Portaria nº 082/2016) e 03 (TRÊS) pedidos de desistência (Portaria nº 962/2017; Portaria nº 070/2016; e Portaria nº 019/2018), fato que comprova que o Acórdão- e, por corolário a Decisão ora Embargada- não se

respaldou, de fato, no cargo pleiteado pela Embargante.

(...)

Verifica-se *in casu*, *data máxima vênia*, a existência de erro de premissa fática no julgamento realizado.

No caso em questão, o *error in iudicando* consistiu na inadequação dos fatos ao plano abstrato da norma; da legislação pertinente, fato que potencialmente enseja a reforma da decisão analisada nesses autos. No mesmo sentido, elucida Moreira:

(...)

E notório que ainda existem irregularidades quanto às contratações de COMISSIONADOS! Nesse sentido, se junta aos autos provas emprestadas dos processos nº 5066029.28.2017.8.09.0000; e 5066029.28.2017.8.09.0000, quais sejam: os Pareceres/Certificados elaborados pelos COMISSIONADOS, documentos estes internos do TCM-GO, que comprovam que os COMISSIONADOS realizam as atividades fins dos Auditores de Controle Externo (Docs. 23 a 26 e 38 a 41).

Excelência, *data máxima vênia*, quais seriam provas aptas a comprovar aposentadorias, exonerações, a existência de servidores comissionados desempenhando as mesmas atividades do cargo de Auditor de Controle Externo - Área finalística Controle Externo senão as apresentadas?

Cumpre evidenciar que as contratações de comissionados e as demissões, exonerações, aposentadorias e outras formas de desligamento do serviço público comprovadas se deram durante o prazo de vigência do concurso em análise, assim sendo, *data vênia*, geram o direito adquirido à nomeação da embargante.

Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça - STJ vem se posicionando de forma mais incisiva em relação à necessidade de provimento das vagas excedentes ao número contido no edital em razão do surgimento de novas vagas.

Segundo o STJ, o surgimento de novas vagas, 'seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento, seja pela realização de novo concurso público dentro do prazo de vigência do certame anterior' (MS 20658/DF; grifos nossos), GERA O DIREITO SUBJETIVO AO CANDIDATO DE SER NOMEADO!

O STJ também entende que, se houver desistência de candidato convocado exige-se a nomeação do candidato subsequente (há o direito à nomeação do candidato que foi aprovado além do número de



vagas (AgRg no ROMS 48.266-TO; AgRg no AREsp 615148 / PB). Ainda, caracteriza-se a necessidade de provimento do cargo quando a Administração se vale da cessão de servidores de outros órgãos públicos (MS 19.396/DF). O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico que os candidatos aprovados fora do número de vagas do edital acabam formando um cadastro de reserva, mesmo que não conste tal expressão no edital. Por isso, nos casos em que conste expressamente no edital que a seleção é destinada à formação de cadastro de reserva a interpretação deve ser a mesma quanto ao surgimento do direito à nomeação de quem consta no mencionado cadastro.

Por fim, é de suma importância destacar o seguinte trecho do Parecer emitido pelo Ministério Público Federal, de relatoria da eminente SubProcuradora- Geral da República Dra. Denise Vinci Túlio, que, com maestria, após atenta análise das provas juntadas a estes autos, pontuou:

(...)

ASSIM SENDO, com respaldo nos fatos e amplo arcabouço probatório juntado a esses autos, *data máxima vênia*, RESTA CABALMENTE DEMONSTRADO O DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEÇÃO DA EMBARGANTE NO CARGO DE AUDITOR DE CONTROLE EXTERNO (ÁREA CONTROLE EXTERNO e não ÁREA CONTÁBIL)!" (fls. 2.990/2.999e).

Impugnação da parte embargada, a fls. 3.009/3.014e, pela rejeição dos Declaratórios.

Não assiste razão à parte embargante.

De início, 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.

Com efeito, seja à luz do art. 535 do CPC/73, ou nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, os Embargos de Declaração são cabíveis para "esclarecer obscuridade ou eliminar contradição", "suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento" e "corrigir erro material".

Na lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "há omissão quando o tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício (...), ou quando deixa de pronunciar-se acerca de algum tópico da matéria submetida à sua cognição, em causa de sua competência originária, ou

obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475), ou ainda mediante recurso, inclusive quanto a ponto acessório, como seria o caso de condenações em despesas processuais e honorários advocatícios (art. 20), ou de sanção que se devesse impor (por exemplo, as previstas no art. 488, nº II, e no art. 529)" (**in** Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V, Forense, 7ª edição, p. 539).

Constata-se a contradição quando, no contexto do acórdão, estão contidas proposições inconciliáveis entre si, dificultando-lhe a compreensão.

Assim, a contradição que rende ensejo à oposição de Embargos de Declaração é aquela interna do julgado, cumprindo trazer à luz o entendimento de PONTES DE MIRANDA acerca do tema, **in verbis**:

"A contradição há de ser entre enunciados do acórdão, mesmo se o enunciado é de fundamento e outro é de conclusão, ou entre a ementa e o acórdão, ou entre o que vitoriosamente se decidira na votação e o teor do acórdão, discordância cuja existência se pode provar com os votos vencedores, ou a ata, ou outros dados" (**in** Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VII, 3ª edição, Forense, 1999, p. 322).

Para ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, "a rigor, há de se entender que o erro material é aquele que consiste em simples *lapsus linguae aut calami*, ou de mera distração do juiz, reconhecível à primeira vista. Sempre que o suposto erro constitui o resultado consciente da aplicação de um critério ou de uma apreciação do juiz, ainda que inócua, não haverá erro material no sentido que a expressão é usada pela disposição em exame, de modo que sua eventual correção deve ser feita por outra forma, notadamente pela via recursal" (**in** Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2003, Volume IV, p. 301). Na mesma linha, o escólio de EDUARDO TALAMINI: "o erro material reside na *expressão* do julgamento, e não no julgamento em si ou em suas premissas. Trata-se de uma inconsistência que pode ser clara e diretamente apurada e que não tem como ser atribuída ao *conteúdo do julgamento* – podendo apenas ser imputada à forma (incorreta) como ele foi exteriorizado" (**in** Coisa Julgada e sua Revisão, RT, 2005, p. 527).

A obscuridade, por sua vez, verifica-se quando há evidente dificuldade na compreensão do julgado. Ocorre quando há a falta de clareza do **decisum**, daí resultando a ininteligibilidade da questão decidida pelo órgão judicial. Em última análise, ocorre a obscuridade quando a decisão, no tocante a alguma questão importante, soluciona-a de modo incompreensível. É o que leciona VICENTE GRECO FILHO:

"A obscuridade é o defeito consistente na difícil compreensão do texto da sentença e pode decorrer de simples defeito redacional ou mesmo

de má formulação de conceitos. Há obscuridade quando a sentença está incompreensível no comando que impõe e na manifestação de conhecimento e vontade do juiz. A obscuridade da sentença como os demais defeitos corrigíveis por meio de embargos de declaração prejudicando a inteligência da sentença prejudicará a sua futura execução.

A dúvida é o estado de incerteza que resulta da obscuridade. A sentença claramente redigida não pode gerar dúvida" (*in* Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 241).

Infere-se, portanto, que, não obstante a orientação acerca da natureza recursal dos Declaratórios, singularmente, não se prestam ao rejugamento da lide, mediante o reexame de matéria já decidida, mas apenas à elucidação ou ao aperfeiçoamento do **decisum**, em casos, justamente, nos quais eivado de obscuridade, contradição, omissão ou erro material; não têm, pois, de regra, caráter substitutivo ou modificativo, mas aclaratório ou integrativo.

**In casu**, ao contrário do que pretende fazer crer a parte embargante, a decisão embargada está suficientemente fundamentada em que não há, nos autos, documentação hábil a demonstrar, de maneira cabal, que houve inobservância da ordem classificatória, tampouco que houve preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública.

Em verdade, não existe qualquer dos vícios que ensejaria a oposição de Declaratórios, de vez que a decisão ora embargada apreciou, fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia.

Com efeito, os Embargos de Declaração não constituem veículo próprio para o exame das razões atinentes ao inconformismo da parte, tampouco meio de revisão, rediscussão e reforma de matéria já decidida.

Ante o exposto, rejeito os Declaratórios.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES  
Relatora