

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.990 - SC (2019/0299909-1)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : **MARIANE SALVAN PASSOLD**
ADVOGADOS : **LUÍS FELIPE ESPINDOLA GOUVÊA - SC034560**
 BERNARDO WILDI LINS - SC034547
RECORRIDO : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADOR : **EZEQUIEL PIRES - SC007526**
RECORRIDO : **LUCAS AMORIM DUTRA**
ADVOGADO : **ALESSANDRO BUNN MACHADO - SC010828**

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por MARIANE SALVAN PASSOLD contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado (e-STJ fl. 360):

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANALISTA ADMINISTRATIVO DA SECRETARIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ALEGADA PRETERIÇÃO EM FACE DA REMOÇÃO, POR INTERESSE DO SERVIÇO JUDICIÁRIO, DE SERVIDOR QUE VEIO COM O PRÓPRIO CARGO PARA A SECRETARIA DO TRIBUNAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA PORQUE NO TRIBUNAL NÃO HAVIA CARGO VAGO A SER PROVIDO POR CANDIDATO APROVADO NO CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. TEMA 784 DO STF INAPLICÁVEL AO CASO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE.

O candidato aprovado fora do número de cargos vagos previstos no edital do concurso tem mera expectativa de direito à nomeação, que se converte em direito subjetivo na hipótese de surgimento de novas vagas, comprovada a necessidade e a oportunidade de seu preenchimento, e de preterição em razão de nomeação de candidato com classificação posterior. Não ocorre preterição na hipótese de remoção, "ex officio", por interesse do serviço público, se o servidor removido não vem para ocupar nenhum cargo vago e sim traz consigo o cargo que ocupava na sua lotação anterior.

"O instituto da remoção é forma de provimento derivado no cargo, pois não enseja investidura em cargo novo, mas apenas deslocamento do servidor no cargo investido originariamente e tem natureza discricionária. Situação diversa ocorre, contudo, na nomeação. Ato administrativo que materializa o provimento originário no cargo efetivo, e requer aprovação prévia em concurso público e, por certo, existência de cargo vago a ser provido", daí por que o ato de remoção de outro servidor, por interesse do serviço judiciário, "não se afigura apto, por si só, a ensejar o surgimento do direito subjetivo à nomeação" (STJ - RMS n.

33.718/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon).

Na origem, a recorrente impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do Diretor-geral Administrativo e do Presidente do Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação, objetivando a sua nomeação para cargo público.

Argumentou que foi aprovada na posição n. 39 para o cargo de Analista Administrativo da Secretaria do Tribunal de Justiça, função para qual o edital do

certame previu a existência de 6 vagas, tendo ponderado ter direito subjetivo ao cargo público em virtude da remoção de servidor de outra unidade para a Secretaria da Corte, fato que representaria sua preterição.

No presente inconformismo, a parte recorrente repisa os argumentos, lançados na inicial, de fazer jus à nomeação para o cargo pretendido.

Contrarrazões às e-STJ fls. 419/431.

O Ministério Público Federal opina pelo improvimento do recurso (e-STJ fls. 439/447).

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.).

Ainda, registre-se que, na linha do preconizado pela jurisprudência desta Corte, a movimentação interna de servidores não configura preterição de candidatos

aprovados em concurso público. A propósito:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que os candidatos aprovados fora dos número de vagas previstas no edital não possuem direito líquido e certo à nomeação, salvo nas hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, o que não ficou demonstrado nos autos.

2. É também entendimento no STJ de que "a remoção ou cessão de um servidor para outra localidade não caracteriza vacância de cargo para fins de provimento pelos aprovados em concurso público" (RMS 41.787/TO, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13/05/2015). Assim, tanto a movimentação interna de servidores, como a nomeação de candidatos aprovados para outras Comarcas, não configura qualquer preterição da impetrante, sendo certo que não houve, no caso dos autos, a comprovação da existência de vaga na comarca da recorrente. Precedentes: AgInt no RMS 44.496/BA, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 17/10/2017; AgInt no REsp 1.421.178/SE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/04/2017; RMS 50.597/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02/02/2017; AgInt no RMS 49.084/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25/06/2018; AgInt no RMS 53.419/MA, Rel. Min.

Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 09/06/2017.

2. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no RMS 55.352/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 1º/10/2018).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATA APROVADA EM CADASTRO RESERVA. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO, POR SURGIMENTO DE VAGAS, POR CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIOS, COM DESVIO DE FUNÇÃO, E PELA CESSÃO DE SERVIDORES DE OUTROS ÓRGÃOS PARA O TJ/RJ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática que julgara Recurso Ordinário interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de mandamus, objetivando a nomeação da impetrante, ora recorrente, para o cargo de Técnico de Atividade Judiciária Sem Especialidade, para o qual fora aprovada na 60ª (sexagésima) posição, figurando no cadastro reserva.

III. Consoante restou 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 de 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.

IV. "De acordo com a pacífica jurisprudência desta Corte, não ocorre preterição na ordem de classificação de aprovados em concurso público na hipótese de remoção de servidores lotados em outras localidades. (...) No momento da remoção, os atingidos pelo ato administrativo já não eram

candidatos aprovados no certame em posição inferior à da embargante, mas servidores devidamente investidos no cargo, não se podendo falar, pois, em preterição" (STJ, EDcl nos EDcl no RMS 31.159/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 01/06/2015). Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.234.880/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/10/2011.

V. De igual modo, 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).

VI. No caso, a candidata obteve a 60ª colocação para o cargo para o qual concorreu, enquanto que o Edital havia oferecido 04 vagas, não havendo, nos autos, elementos suficientes para demonstrar, seja o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, seja a preterição do direito da agravante de ser nomeada, por desvio de função de estagiários ou irregularidade na cessão de servidores para o TJ/RJ. Ausência de comprovação de direito líquido e certo.

VII. Agravo interno improvido. (AgInt no RMS 49.084/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 25/06/2018).

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