

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.900 - MG (2019/0287676-7)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
RECORRENTE : ANDREZA SALES RICHARD
ADVOGADO : TIAGO COSTA CAMILO - MG102732
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JASON SOARES DE ALBERGARIA NETO - MG046631

DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por ANDREZA SALES RICHARD, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE NOMEAÇÃO - OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - COMPETÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 254, DA LEI DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIAS, E NO ART. 28, I, DO RITJMG - ILEGITIMIDADE PASSIVA - REJEIÇÃO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 510, DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ATO OMISSIVO - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATA APROVADA PARA CADASTRO DE RESERVA - INOCORRÊNCIA DE PROVA PARA A ABERTURA DE VAGA PARA PROVIMENTO DO CARGO ALMEJADO PELA IMPETRANTE NA COMARCA - AUSÊNCIA DE PROVAS DA NECESSIDADE DE PROVIMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO, E DA PRETERIÇÃO DA CANDIDATA - JURISPRUDÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA - VOTOS VENCIDOS.

1 - Nos termos do art. 254 da Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais, o artigo 28, I, do RITJMG, o ato de nomear servidores de Primeira e de Segunda instâncias é atribuição do eminente Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça.

2- Ainda que se verifique a delegação da competência, para a nomeação, ao Juiz Auxiliar da Presidência, na forma da Portaria nº 4.158/PR/2018, não implica na exclusão do poder conferido à autoridade que delega, uma vez que a competência é irrenunciável, nos termos do artigo 41, da Lei Estadual 14.184/02.

3- A Súmula 510, do col. Supremo Tribunal Federal não se aplica à

hipótese em que a conduta impugnada é omissiva, porque o referido verbete contempla situação em que o ato já foi praticado pela autoridade delegada.

4- De acordo com o entendimento dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado em concurso público para formação de cadastro de reserva possui mera expectativa de direito à nomeação, que somente se convola em direito líquido e certo com a demonstração da necessidade da Administração, e a preterição do candidato.

5- Não tendo havido o surgimento de vaga para o provimento do cargo para o qual a impetrante foi classificada, em cadastro de reserva, não há que se falar em necessidade da Administração Pública e preterição da candidata, razão pela qual não se verifica qualquer ilegalidade ou abusividade na ausência de nomeação da impetrante, que não demonstrou seu direito líquido e certo para tanto.

6- Segurança denegada.

V.V.: Considerando que o ato de nomear e de dar posse a servidor público pode ser atribuído tanto à Presidência (artigo 28, inciso I, do RITJMG), quanto a um dos Juizes Auxiliares (artigo 1º, inciso IV, da Portaria nº 3.384/2016), tal fato não implica em ilegitimidade passiva daquele, pois também detém competência para a prática do ato impugnado e, por conseguinte, poder de corrigi-lo no caso de ser constatada eventual irregularidade. O compromisso de boa-fé da Administração Pública impõe o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto ao preenchimento das vagas oferecidas para o certame, não podendo, no caso de vacância das vagas oferecidas desde a abertura do concurso público, ser preterido aquele candidato incluído na lista de aprovado no 'cadastro de reserva'. Caso contrário, seria admitir que a Administração esteja realizando despesa e cobrindo por inscrições para fazer um concurso público de mera formação de uma lista de candidatos aprovados somente por tê-la, sem nenhuma utilidade. O candidato aprovado em cadastro de reserva possui expectativa de direito à nomeação, a qual se convola em direito quando comprovada a existência de vaga e a necessidade de seu preenchimento. Segurança concedida" (fl. 299/300e).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 370/378e).

Inconformada, nas razões recursais, sustenta a parte recorrente:

"3. DA IMPUGNAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO

O voto condutor do acórdão recorrido reproduz equivocadamente entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto aos conceitos pacificados de expectativa de direito e direito subjetivo à nomeação. Todavia, quanto a elementos imprescindíveis ao deslinde da controvérsia, destacadamente a preterição arbitrária e imotivada da recorrente por não provimento de cargo vago e necessário, o acórdão é silente em alguns pontos e contraditório noutros.

(...)

A recorrente nunca ignorou que gozava, a princípio, de uma expectativa de direito. Todavia, sua irresignação advém do fato de que, embora reste comprovado nos autos que surgiu uma vaga, que o seu provimento é necessário - conforme solicitação do juízo da Comarca, fato não negado pela autoridade Coatora -, e que, portanto, sua expectativa de direito convolou-se em direito subjetivo à nomeação, cumprindo-se os requisitos de liquidez e certeza para a concessão da segurança, o provimento foi no sentido de negá-la.

Como se nota, dois são os fundamentos do seu voto para a denegação da segurança, o que entende ser a não demonstração da necessidade da Administração quanto ao provimento do cargo e o que entende ser a não configuração de preterição da recorrente.

Quanto ao primeiro fundamento, restaram demonstrados nos autos não apenas o surgimento de uma vaga dentro da validade do concurso público, como também a necessidade de seu provimento. Inclusive, a vacância superveniente de cargo na comarca de Abaeté não foi preenchida por ato de remoção ou reversão, tendo o juízo da comarca requerido a nomeação de candidato aprovado no concurso público para o seu provimento. Em resumo: foi cabalmente demonstrada a necessidade de provimento do cargo.

Quanto ao segundo fundamento, é nele que se encontra a questão de direito sobre a qual é imprescindível o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, que pode ser sintetizada em uma única pergunta: o que é preterição? Mais especificamente; o que é preterição arbitrária e imotivada?

Ora, a tese recursal é clara:

a não nomeação do candidato aprovado no primeiro lugar para cadastro de reservas quando é incontroverso o surgimento de vaga no ínterim de validade do certame, e não justificado o não provimento do cargo em fundamento juridicamente idôneo, é clara situação de preterição arbitrária e imotivada, acarretando o direito público subjetivo à nomeação em favor do candidato preterido.

(...)

A recorrente sustenta que a expectativa de Direito, decorrente da aprovação em cadastro de reserva, convolou-se em direito à nomeação a partir do instante em que não só uma, mas as duas hipóteses previstas no Edital se aperfeiçoaram, quais sejam a criação de novos cargos por lei e a vacância de cargo na Comarca de Abaeté. Além disso, a necessidade de provimento do cargo vago pela Administração foi manifestada pelo juízo da Comarca, que solicitou a mão de obra e viu seu pedido negado, conforme documento que instruiu a exordial e sequer foi impugnado.

(...)

No entendimento presente nos votos divergentes, restou claro que inquestionavelmente se trata, no caso concreto, de uma das hipóteses de preterição arbitrária e imotivada nos moldes como delineados pelo STF, ensejando, portanto, a nomeação judicial da recorrente.

Ademais, o interesse na pacificação dessa questão de direito transcende as partes. É também útil à uniformização da jurisprudência dessa Corte no que diz respeito a questão de direito que, pode-se conjecturar, tende a se tornar cada vez mais comum, haja vista os concursos que tenham vagas para cadastro de reserva, ou se destinam unicamente à formação desse cadastro, serem cada vez mais comuns.

5. LESÃO AO ARTIGO 37, *CAPUT*, (PRINCÍPIO DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE) E ARTIGO 2 DA LEI 9784.

Todas as circunstâncias abaixo analisadas são colhidas das informações da autoridade coatora, donde se conclui pela desnecessidade de reexame de fatos. Basta proceder ao enquadramento jurídico do quadro fático narrado pela própria administração pública.

As informações prestadas deixam claro que se pretende afastar o direito à nomeação mediante incoerentes considerações orçamentárias e superficial interpretação do acórdão emanado do STF no Recurso Extraordinário 837311/PI.

(...)

Daí se nota como o acórdão vergastado, ao restringir o conceito de preterição ao desrespeito à ordem de classificação, contrariou o primado constitucional da moralidade e da impessoalidade, que ordenam a observância da motivação dos atos administrativos como pressuposto para garantir a moralidade e a impessoalidade.

(...)

6. Da distinção quanto à tese de Repercussão Geral decorrente do

Recurso Extraordinário 837.311

(...)

A tese de repercussão geral assentou entendimento de que o aprovado fora do número de vagas previsto no edital não tem direito subjetivo à nomeação em razão da vacância de mais cargos. Discutia-se a discricionariedade da administração pública em escolher entre nomear os aprovados como excedentes ou lançar outro certame para preencher as novas vagas com candidatos mais bem posicionados.

O STF, contudo, não enfrentou hipótese semelhante ao direito da impetrante, que nasce de concorrência tão-somente a cadastro de reserva, com vinculação do administrador à nomeação para eventuais vagas que surgirem durante o certame, principalmente se tratando do primeiro colocado.

(...)

Diante de tais considerações, conclui-se que o direito da impetrante, além de possuir premissa fática diversa daquela considerada na tese de repercussão geral, na pior das hipóteses enquadrar-se-ia na exceção de preterição indevida, por falta de fundamentação idônea para sua não nomeação.

PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMPARADO TÃO-SOMENTE NA CRIAÇÃO DE NOVOS CARGOS.

No caso, além da vacância dos cargos, houve a criação de cargos por lei.

A corroborar a plausibilidade do Direito invocado pela impetrante, invoca-se precedente do Superior Tribunal de Justiça amparado tão-somente na criação de novos cargos pela Lei Estadual 20964/2013.

A corte superior frisou que a ausência de regulamentação sobre a especialização e distribuição dos cargos não é óbice à nomeação ao menos do primeiro colocado no concurso para cadastro de reserva.

(...)

Como no caso presente há ainda a vacância de cargo na Comarca para a qual a impetrante prestou o concurso, ainda mais claro fica o direito à nomeação" (fls. 399/418e)

Com contrarrazões, às fls. 428/433e

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 443/448e, pelo não 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 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 esboço, informa a impetrante que foi aprovada, no concurso público regido pelo Edital nº. 01/2013, em 1º lugar (documento eletrônico de ordem 07/08), para o cargo de Oficial de Justiça Avaliador, que, para a Comarca de Abaeté, se destinava à formação de cadastro de reserva.

Nesse passo, destinando-se o concurso à formação de cadastro de reserva, não havia previsão de cargos efetivos vagos a serem imediatamente supridos, mas de, conforme afirma a própria impetrante na inicial e consta no edital do concurso, 'provimento de vagas que vierem a surgir ou que forem criadas e que não forem preenchidas por remoção ou reversão' (documento eletrônico de ordem 05).

O candidato que participa de concurso para formação de quadro de reserva, não havendo, no edital, indicação de número de vagas para preenchimento imediato, não tem, a princípio, direito subjetivo à nomeação e posse, mas mera expectativa de direito, que somente se convola em direito subjetivo se demonstrada violação na ordem de convocação ou a contratação irregular de servidores.

Neste sentido, a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal:

(...)

Desta forma, a aprovação para cadastro de reserva, ainda que em primeiro lugar, não induz ao direito subjetivo à nomeação, se não demonstrada a necessidade da Administração em provimento do cargo, bem como a preterição do aprovado.

Com efeito, conforme informado pela digna autoridade indigitada coatora, os quatro cargos previstos para a Comarca de Abaeté, conforme a Resolução nº. 405/2002, estão ocupadas por três servidores efetivos e um estável, nos termos do art. 19 e §§ do ADCT da Constituição da República.

Desta forma, mesmo com a aposentadoria do quinto servidor, que excedia o quadro previsto na Comarca, o Senhor ANTÔNIO AMADOR ÁLVARES PORTES, noticiada pela impetrante, não houve abertura de vaga para provimento na Comarca, uma vez que, mesmo com a aposentação, os quatro cargos previstos para a Comarca continuam ocupados.

(...)

Com efeito, a digna autoridade coatora esclareceu, que, por razões de ordem orçamentária, bem como devido a orientação do col. Conselho Nacional de Justiça, os provimentos de vagas de cargo de oficial de justiça avaliador, não seriam autorizados, afora situações excepcionais, e, mesmo assim, com preferência para o provimento através de remoção ou reversão, que, como acima referido, sequer ocorreu na Comarca de Abaeté, que tem o quadro de servidores legalmente previstos:

(...)

Por fim, é de se ressaltar que abertura de Edital de Licitação nº 040/2018, para a contratação de empresa destinada a organizar concurso público para provimento de vagas disponíveis de cargos efetivos do quadro de pessoal da Justiça de Primeira Instância, não altera o entendimento ora esposado, pois somente ocorreu quando já expirado o prazo de validade do Edital nº 01/2013, além do que, extrai-se da leitura do referido edital, acostado a petição apresentada no documento eletrônico de ordem 23, que, sequer, há previsão de que

haverá vagas para provimento do cargo de Oficial Judiciário, especialidade Oficial de Justiça Avaliador, para a comarca de Abaeté. Desta forma, não tendo havido o surgimento de vaga para o provimento do cargo para o qual a impetrante foi classificada, em cadastro de reserva, não há que se falar em necessidade da Administração Pública e preterição da candidata, razão pela qual não se verifica qualquer ilegalidade ou abusividade na ausência de nomeação da impetrante, que não demonstrou seu direito líquido e certo para tanto.

Neste sentido, em casos referentes ao mesmo certame, já se manifestou a jurisprudência deste col. Órgão Especial:

(...)

No mesmo sentido, a jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça, que, em decisão monocrática, confirmou julgamento deste col. Tribunal de Justiça:

(...)

Com estes fundamentos, DENEGO A SEGURANÇA" (fls. 309/317e).

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 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' (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).

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.

I.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES
Relatora