

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 62.841 - MG
(2020/0023234-9)**

RECORRENTE : DEISE APARECIDA DO NASCIMENTO
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE VIEIRA - MG106377
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JOSE SAD JUNIOR E OUTRO(S) - MG065791

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Deise Aparecida do Nascimento, com fundamento no art. 105, II, b, da Constituição Federal.

Na origem, o mandado de segurança impetrado em face de omissão supostamente praticada pelo Governador de Estado de Minas Gerais, consiste na ausência de sua nomeação e posse para ocupar cargo de Professor de Educação Básica - Língua Portuguesa, nos termos do Edital n. 04/2014-SEPLAG/SEE.

Dá-se a causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) em maio de 2019.

Sustenta ter sido aprovada em 12º lugar no concurso, em que foram ofertada 04 (quatro) vagas para o cargo pretendido, e que apesar de ter sido aprovada fora do número de vagas previstas no edital de abertura, novas vagas surgiram ao longo do certame, vagas estas que estariam sendo irregularmente preenchidas por terceirizados, para desempenho de mesma função relativa ao cargo objeto do concurso público para o qual foi aprovada, vislumbrando, assim, o direito líquido e certo à nomeação ao cargo pleiteado.

Denegada a ordem, interpôs o presente recurso ordinário contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 325):

DIREITO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA – PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO – CANDIDATO CLASSIFICADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO – REALIZAÇÃO DE CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS – NOMEAÇÃO PRETERIDA DE FORMA ARBITRÁRIA E IMOTIVADA – NÃO CONFIGURAÇÃO – AUSÊNCIA DE ATO ILEGAL – SEGURANÇA DENEGADA.

- Considerando que a impetrante foi classificada além do número de vagas previsto no edital, não há como falar em direito líquido e certo à nomeação.

- No julgamento do Recurso Extraordinário 837.311, o Supremo Tribunal Federal assentou a tese objetiva, em sede de repercussão geral, de que “a discricionariedade da Administração quanto à convocação de

aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, 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”. Contudo, no caso, não restou comprovada situação de preterição da impetrante de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração.

O embargos de declaração opostos foram acolhidos apenas para suprimir a decisão negativa de liminar, uma vez que tal pedido não constou da inicial (fls. 371-372).

A recorrente reafirma as razões aduzidas na exordial, pugnando, ao final, pela reforma do acórdão recorrido, para seja a ela garantida a sua nomeação e posse no cargo para o qual restou aprovada.

O Ministério Público Federal não ofereceu parecer.

É o relatório. Decido.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 3/STJ: "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

O candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, convolvendo-se em direito subjetivo somente na hipótese de comprovação do surgimento de cargos efetivos durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-las.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. 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.

[...]

II - O candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, convolvendo-se em direito subjetivo somente na hipótese de comprovação do surgimento de cargos efetivos durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-las (v.g. AgRg no RMS 37.982/RO, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJe de 20.08.2013; REsp 1.359.516/SP, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell, DJe de 22.05.2013).

[...]

VI - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no RMS 43.596/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVADO FORA DAS VAGAS. COMPROVADO SURGIMENTO DE VAGA. AUSÊNCIA DE PROVA DE DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTE DO STJ. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. TEMA FIXADO EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 837.311/PI. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I - Os 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 (seja por criação em lei, seja por força de vacância), uma vez que tal preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da administração pública.

II - O mero surgimento de vagas não enseja a caracterização da preterição se não houver a nomeação do candidato, nisso estando incluso o advento de lei que prevê a criação de mais vagas para o cargo pleiteado, sobretudo quando a própria legislação condiciona a implementação dos novos postos à prática de ato administrativo do Tribunal de Justiça, que considerará ainda a existência de previsão orçamentária, de recursos financeiros e os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.

III - Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS 49.983/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/3/2017, DJe 20/3/2017).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E STF. SURGIMENTO DE VAGAS NÃO COMPROVADO. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/88. NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

[...]

2. A atual jurisprudência desta Corte é firme no sentido 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).

3. Esta é também a orientação do STF, como se pode aferir, dentre

outros, dos seguintes precedentes: RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, Repercussão Geral - DJe de 18/04/2016 e AI 804.705 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/11/2014.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no RMS 45.117/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 3/2/2017).

Ademais, é cediço que a admissão de temporários, fundada no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende necessidades transitórias da Administração e não concorre com a nomeação de efetivos, recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF), para suprir necessidades permanentes do serviço.

São institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem, pelo que também a presença de temporários nos quadros estatais não pode ser tida, só por si, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDO NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRECEDENTES DO STJ E STF. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/88. NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO. PRORROGAÇÃO ILEGAL DO CONTRATO. IMUTABILIDADE DA NATUREZA PRECÁRIA. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

1. Candidatos aprovados em concurso público, no qual se classificam para além das vagas oferecidas no edital do certame, não têm o direito líquido e certo à nomeação, mas tão somente, expectativa de direito. Precedentes do STJ e do STF.

2. A admissão de temporários, fundada no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende necessidades transitórias da Administração e não concorre com a nomeação de efetivos, estes recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF), para suprir necessidades permanentes do serviço. São institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem, pelo que também a presença de temporários nos quadros estatais não pode ser tida, só por si, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos.

3. A prorrogação dos contratos temporários para além dos limites temporais legalmente fixados não modifica sua natureza transitória, para transformá-los em vínculos efetivos.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS 51.806/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ENFERMEIRO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARALELA AO

PERÍODO DE VALIDADE DO CONCURSO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.

I - A impetrante não está classificada dentro do número de vagas previstas no instrumento convocatório. A atual jurisprudência desta Corte é firme no sentido 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 2/6/2015, DJe 5/8/2015).

II - A mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

III - A paralela contratação de servidores temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende necessidades transitórias da Administração e não caracteriza, só por si, preterição dos candidatos aprovados em concurso público para provimento de cargos efetivos.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS 51.478/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 24/3/2017).

No caso em tela, a recorrente foi aprovada fora do número de vagas prevista pelo edital em questão. Além de necessitar a comprovação do surgimento de vagas bastantes para garantir a nomeação da Impetrante, deve ser igualmente comprovado o interesse inequívoco da Administração em preenchê-las, o que não ficou suficientemente demonstrado.

Por outro lado, tal verificação, quanto à existência de cargos vagos e o inequívoco interesse da Administração em preenchê-los, demandaria necessária dilação probatória, o que não se admite nesta via mandamental.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CADASTRO DE RESERVA. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE DEMOSTRAÇÃO DE CARGOS VAGOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA VEDADA VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

[...]

II - O candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, convolvendo-se em direito subjetivo somente na hipótese de comprovação do surgimento de cargos efetivos durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-las (v.g. AgRg no RMS 37.982/RO, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJe de 20.08.2013; REsp 1.359.516/SP, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell, DJe de 22.05.2013) .

Superior Tribunal de Justiça

III - Não há direito líquido e certo a ser amparado, haja vista a ausência de demonstração da existência de cargos efetivos vagos, bem como da alegada preterição da parte recorrente, sendo a dilação probatória providência vedada na via mandamental .

IV - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no RMS 35.906/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017).

Ante o exposto, não restando configurado o direito líquido e certo, com fundamento no art. 34, XVIII, *b*, do RISTJ, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de março de 2020.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator