

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 62.199 - MG (2019/0327283-7)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : PAULA DE CASTRO JUNQUEIRA SILVA
ADVOGADO : ANA PAULA FERNANDES DA SILVA - MG150526
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JASON SOARES DE ALBERGARIA NETO E OUTRO(S) - MG046631

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário interposto pela impetrante contra acórdão do TJMG assim ementado (fl. 152):

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA SECRETÁRIA ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

-A Secretária de Estado da Educação deve figurar no polo passivo do mandamus, eis que a impetrante requereu, além da sua nomeação, aposseio cargo descrito na peça de ingresso, revelando-se a aludida autoridade competência para este ato.

-O candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital de concurso público tem mera expectativa de direito, que somente se convola em direito à nomeação - respeitada a ordem de classificação e o prazo de validade do certame - na hipótese de vacância ou criação de novos cargos efetivos e diante da demonstração da inequívoca necessidade da Administração e da preterição arbitrária e injustificada do candidato.

-Não havendo prova quanto à vacância ou criação de cargo efetivo que tenha preterido a expectativa de nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas em concurso público, inexistente ofensa a direito líquido e certo, devendo ser denegada a segurança.

Em suas razões, a parte recorrente, aprovada na fora do número de vagas previstas no edital, aduz possuir direito líquido e certo a ser nomeada para o cargo de Professora da Educação Básico - Português, para a cidade de Carmo de Minas, SRE Itajubá, em razão da existência de vagas e do preenchimento delas por contratações temporárias, configurando indevida preterição.

Contrarrazões do Estado de Minas Gerais (fls. 205/209), alegando-se que as contratações excepcionais temporárias respondem a necessidades próprias e que "o preenchimento de vagas em cargo efetivo depende da existência de recursos orçamentários destinados à cobertura das despesas decorrentes de seu provimento, sob pena de violação ao disposto no Art. 169, §1º, da Carta Magna, segundo o qual a admissão e contratação de pessoal, a qualquer título, dependem de prévia dotação

orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. O descumprimento de tal exigência torna o ato que gera aumento de despesas com pessoal nulo de pleno direito, na forma do Art. 21, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2001)."

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso.

É o relatório. Decido.

A jurisprudência desta Corte e do STF consolidou-se no sentido de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, a qual somente se convola em direito subjetivo caso haja comprovação de que a Administração, durante o período de validade do certame, realizou indevida 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.

Pacificou-se também o entendimento de que tais candidatos 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.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REMOÇÃO DE SERVIDOR. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

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 jurisprudência do STJ também é firme no sentido de que "a remoção de servidores, por caracterizar forma derivada de provimento, não importa em preterição dos candidatos aprovados em concurso público que aguardam nomeação" (MS 38.590/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, DJe 20/10/2014).

3. Agravo Regimental a que se nega provimento (AgRg no RMS 47.953/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 29/03/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RAZÕES DE RECURSO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS NO DECORRER DO PRAZO DE

VALIDADE DO CERTAME. OCUPAÇÃO DE CARGOS, MEDIANTE CONTRATAÇÃO EM CARÁTER PRECÁRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

(...)

II. Na esteira de precedentes do STJ e do STF, a expectativa de direito daquele candidato inserido em cadastro reserva somente se convola em direito subjetivo à nomeação caso demonstrado, de forma cabal, que a Administração, durante o período de validade do certame, proveu cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, mediante contratação precária (em comissão, terceirização), fato que configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer, para os concursados, o direito à nomeação, por imposição do art. 37, IV, da Constituição Federal. Nesse sentido: STF, RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 15/12/2015; STJ, RMS 41.687/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/02/2016; STJ, AgRg no RMS 46.935/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/11/2015.

III. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, soberano na análise fática da causa, consignou, expressamente, que a impetrante, ora recorrida, foi classificada em cadastro reserva, mas, existindo cargos vagos, restou comprovada a contratação de servidores comissionados/temporários, em detrimento daqueles classificados no concurso público, concluindo pela existência de direito líquido e certo, apto à concessão da segurança. Logo, rever tal conclusão e acolher a pretensão recursal no sentido de que inexiste direito líquido e certo à nomeação da candidata é medida inviável, na via eleita, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

V. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido (AgRg no AREsp 529.478/GO, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 30/03/2016)

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 (AgInt no RMS 50.060/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/08/2016)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. OFICIAL ODONTÓLOGO DA POLÍCIA MILITAR DO APROVAÇÃO FORA DA ÚNICA VAGA PREVISTA. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO NÃO AMPARADA PELO ACERVO DE DOCUMENTOS. ALEGAÇÃO DE NOVA VAGA DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO DE NOMEAR AO LONGO DESTE PRAZO.

1. A Administração Pública possui a prerrogativa de nomear os aprovados fora das vagas quando for conveniente e oportuno.

2. Esta Corte adota o entendimento de que 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.

3. Todavia, a alegação de existência de ilegal contratação temporária, a ensejar preterição e, portanto, a convalidação de uma expectativa de direito em liquidez e certeza, precisa ser comprovada, o que não ocorreu no caso dos autos.

4. A documentação acostada aos autos demonstra, em sentido contrário às alegações do recorrente, que os profissionais dentistas contratados possuem vínculo, não com a instituição policial em si, mas sim com o Serviço de Assistência Social da Polícia Militar de Roraima (SAS/PMRR), entidade sem fins lucrativos, e que os serviços odontológicos somente são prestados aos associados, o que faz afastar qualquer suspeita de preterição dos candidatos aprovados no certame.

5. O concurso em referência (Concurso Público n. 1/2014, Edital n. 001, destinado ao provimento de vagas ao posto de 1º Tenente PM do Quadro de Oficiais de Saúde da Polícia Militar - QOSPM, na área profissional de Odontólogo) continua em pleno vigor, pois o resultado final se deu, ao menos em 3.7.2014, sendo que a validade do certame é de 2 (dois)

anos, contados da data da homologação do resultado final, nos termos do item 3.1 do Edital. Nesse contexto, ainda existe a possibilidade do recorrente vir a ser nomeado. Recurso ordinário improvido (RMS 50.579/RR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/06/2016)

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. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/06/2016)

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, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/04/2016)

Sob esse aspecto, não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, haja vista que a recorrente foi aprovada na 12a. colocação, ou seja, fora das 4 (quatro) vagas previstas no edital do certame, e não logrou comprovar as contratações temporárias recentes se deram de forma irregular, para ocupar cargo vago de provimento efetivo, de forma que não se pode afirmar ter havido a alegada preterição ou qualquer outra causa que convolasse suas meras expectativas em direito subjetivo à pretensão nomeação.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator