



TRIBUNAL PLENO - MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0012742-37.2016.8.14.0000
RELATORA: DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
IMPETRANTE: JOSE GUILHERME DOS SANTOS E SILVA
ADVOGADO: ADALBERTO DE ANDRADE RAMOS (OAB-PA 14.654)
IMPETRADO: GOVERNADOR DO ESTADO DO PARÁ.
LISTISCONSORTE PASSIVO: ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR DO ESTADO: ANTÔNIO CARLOS BERNARDES FILHO
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA: GILBERTO VALENTE MARTINS

EMENTA

DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO C-167, SEAD/SEDUC. CANDIDATO APROVADO ALÉM DAS VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. CADASTRO DE RESERVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGO EFETIVO VAGO. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA.

1. O impetrante logrou aprovação, na 336ª colocação, inserido no cadastro de reserva do Concurso Público C-167, Edital nº 01/2012 – SEAD/SEDUC, relativo ao cargo de Professor Classe I, Nível A, Educação Especial, 19ª URE, para o qual foram oferecidas 228 vagas.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 598.099/MS, apreciado na sistemática da Repercussão Geral (Tema 161), fixou orientação, no sentido de que dentro do prazo de validade do certame a Administração poderá escolher o momento no qual realizará a nomeação, mas desta não poderá dispor, de maneira que apenas o candidato aprovado dentro do número de vagas titulariza direito à nomeação.
3. No ano de 2015, desta vez se debruçando especificamente sobre a situação dos candidatos aprovados além do número de vagas (RE 837.311/PI, Relator Min. Luiz Fux), igualmente submetido à sistemática da Repercussão Geral (Tema 784), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o candidato aprovado além das vagas previstas em edital não ostenta direito subjetivo de ser nomeado, possuindo, ao revés, uma expectativa de direito, que se convolará em direito subjetivo à nomeação na excepcional hipótese de restar demonstrado, de forma inequívoca, que a Administração age de modo compatível com a necessidade de prover cargos vagos. Ocorre que mesmo nessa hipótese, especialmente após o julgamento do Tema 784, o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar a tese aos casos concretos, consolidou o entendimento de que havendo desistência de candidatos melhor classificados, fazendo com que os seguintes passem a constar dentro do número de vagas, a expectativa de direito se transforma em direito subjetivo (líquido e certo) à nomeação.
4. No caso em análise, os elementos probatórios colacionados aos autos não demonstram qualquer espécie de preterição, visto que na primeira chamada foram nomeados os candidatos aprovados da 1ª (primeira) a 246ª (ducentésima quadragésima sexta) colocações, quantitativo que já se apresenta superior ao número de vagas ofertadas pelo edital (228). Em chamada posterior houve nomeação dos candidatos aprovados da 247ª (ducentésima quadragésima sétima) a 329ª (tricentésima vigésima nona)



colocações, evidenciando com clareza o exercício do poder discricionário, consubstanciado no aproveitamento dos candidatos inseridos no cadastro de reserva.

5. Importa destacar que as 10 (dez) nomeações tornadas sem efeito, e que estão documentalmente provadas, não permitiram que o impetrante fosse guindado de maneira que passasse a figurar dentro do número de vagas ofertadas pelo edital (228), pois, como dito alhures, já na primeira chamada foram nomeados candidatos em quantidade superior a esse número.

6. A contratação temporária, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos aprovados, ou a existência de cargos efetivos vagos.

7. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a segurança nos termos do voto da Relatora.

Representou o Ministério Público a Procuradora de Justiça Tereza Cristina Barata Batista de Lima.

Belém, 14 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora

RELATÓRIO

José Guilherme dos Santos e Silva impetrou Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato supostamente omissivo e ilegal atribuído ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Pará, consubstanciado na ausência de nomeação do impetrante relativo ao Concurso Público C-167 SEAD/SEDUC.

De acordo com a exordial o impetrante participou do certame concorrendo a uma das 228 (duzentas e vinte e oito) vagas ofertadas para o cargo de Professor Classe I, Nível A, Educação Especial, 19ª URE, Belém, no qual logrou aprovação sendo alocado na 336ª (trecentésima trigésima sexta) colocação, inserido em cadastro de reserva.

Aduziu que inicialmente ocorreram 247 (duzentas e quarenta e sete) nomeações, desse montante 06 (seis) foram tornadas sem efeito. Em posterior convocação mais 82 (oitenta e duas) nomeações ocorreram, das quais 04 (quatro) foram igualmente tornadas sem efeito. Além disso, mencionou a existência um desproporcional número de contratações de servidores temporários o que, no seu entender, evidencia a necessidade de serem efetivadas as nomeações dos candidatos aprovados no certame até a



336ª colocação de maneira a alcança-lo.

Pugnou pela concessão dos benefícios da Justiça Gratuita. Requereu que lhe fosse deferido provimento liminar, no sentido de determinar que a autoridade impetrada lhe nomeasse, para tanto deveria efetivar as rescisões de quantos contratos temporários fossem necessários. Conclusivamente requereu a concessão da ordem de segurança.

Coube-me a relatoria por distribuição. Às fls. 61/62v indeferi o pedido de liminar. O impetrante interpôs Agravo Interno (fls. 72/82).

O Estado do Pará apresentou defesa (fls. 138/150) e contrarrazões ao Agravo Interno (fls. 170/175).

A autoridade indicada como coatora prestou informações (fls. 152/165).

Em atenção à manifestação do Ministério Público indicando que a impetração deste Mandado de Segurança é posterior ao ajuizamento da Ação Civil Pública – Proc. nº 0001281-72.2015.8.14.0301, em trâmite junto ao Juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública da Capital, cujo o objeto seria o mesmo, bem assim atendendo para os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes típicos dessa espécie de ação coletiva, embasada no art. 104 do CDC, determinei a intimação pessoal do impetrante para expressamente manifestar se deseja prosseguir com esta ação mandamental, ou se deseja aguardar o deslinde da ação coletiva (fl. 182).

À fl. 187 a Secretaria Judiciária certificou que não houve manifestação.

O Ministério Público, em parecer subscrito pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça, pronunciou-se pela denegação da segurança (fls. 192/196).

É o relatório.

VOTO

Senhor Presidente, apreciarei o mérito porque não foram arguidas questões preliminares ou prejudiciais.

Importa consignar, ao início deste exame, que o próprio impetrante admitiu em sua peça exordial que foi aprovado além das vagas oferecidas pelo Edital nº 01/2012 – SEAD/SEDUC, portanto inserido no cadastro de reserva (336ª colocação). Além disso, como se observa pela cópia da Portaria nº 0889-SEAD (fl. 151), o prazo de validade do certame foi prorrogado por mais 02 (dois), a contar de 28/12/2014, de maneira que seu término se projetava para o dia 28/12/2016, sendo impetrado este MS no dia 19/10/2016.

Cumpre rememorar que o referido edital ofertou 228 (duzentas e vinte e oito) vagas para o cargo de Professor Classe I, Nível A, Educação Especial, 19ª URE.



O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 598.099/MS, apreciado na sistemática da Repercussão Geral (Tema 161), fixou orientação, no sentido de que dentro do prazo de validade do certame a Administração poderá escolher o momento no qual realizará a nomeação, mas desta não poderá dispor, de maneira que apenas o candidato aprovado dentro do número de vagas titulariza direito à nomeação. Confirma-se a ementa do acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. **II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA.** O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. **III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO.** Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos



ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)

No ano de 2015, desta vez se debruçando especificamente sobre a situação dos candidatos aprovados além do número de vagas (RE 837.311/PI, Relator Min. Luiz Fux), igualmente submetido à sistemática da Repercussão Geral (Tema 784), o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.



SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como Administrador Positivo, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de 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 dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas 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, 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. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

Em outras palavras, o candidato aprovado além das vagas previstas em edital não ostenta direito subjetivo de ser nomeado, possuindo, ao revés, uma expectativa de direito, que se convolará em direito subjetivo à nomeação na excepcional hipótese de restar demonstrado, de forma inequívoca, que a Administração age de modo compatível com a necessidade de prover cargos vagos.

No caso em análise, os elementos probatórios colacionados aos autos não demonstram qualquer espécie de preterição, visto que na primeira chamada – Decreto de 28 de maio de 2013, publicado no DOE de 29/05/2013 – foram nomeados os candidatos aprovados da 1ª (primeira) a 246ª (ducentésima quadragésima sexta) colocações, quantitativo que já se apresenta superior ao número de vagas ofertadas pelo edital (228). Em chamada posterior – Decreto de 13 de fevereiro de 2014, publicado no DOE de 14/02/2014 – houve a nomeação dos candidatos aprovados da 247ª (ducentésima quadragésima sétima) a 329ª (tricentésima vigésima nona) colocações, evidenciando com clareza o exercício do poder discricionário, consubstanciado no aproveitamento dos candidatos inseridos no cadastro de reserva.

Cumprido por oportuno esclarecer que este Egrégio Tribunal não desconhece o entendimento jurisprudencial esgrimido pelo impetrante, no sentido de que o direito à nomeação se estende ao candidato aprovado fora do número



de vagas previstas no edital. Ocorre que mesmo nessa hipótese, especialmente após o julgamento do paradigmático RE 837.311/PI, Tema 784, o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar a tese aos casos concretos, consolidou o entendimento de que havendo desistência de candidatos melhor classificados, fazendo com que os seguintes passem a constar dentro do número de vagas, a expectativa de direito se transforma em direito subjetivo (líquido e certo) à nomeação, nesse sentido trago julgados de ambas as Turmas, confira-se:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE PASSA A FIGURAR DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CLASSIFICADO EM COLOCAÇÃO SUPERIOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA CF/88. IMPROCEDÊNCIA. 1. O Plenário desta Corte firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público (RE 598.099-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes; e RE 837.311-RG, Rel. Min. Luiz Fux). 2. O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior. Precedentes. 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não viola o princípio da separação de Poderes o exame, pelo Poder Judiciário, de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo. Precedentes. 4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (ARE 956521 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 16-11-2016 PUBLIC 17-11-2016)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE PASSA A FIGURAR DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CLASSIFICADO EM COLOCAÇÃO SUPERIOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. II - O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (RE 643674 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 27-08-2013 PUBLIC 28-08-2013)



Essa mesma orientação encontramos no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE PRUDENCIAL DE GASTOS COM PESSOAL. INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CONVOCADO PARA PREENCHIMENTO DE VAGA PREVISTA NO EDITAL. EXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO CANDIDATO CLASSIFICADO IMEDIATAMENTE APÓS, QUE PASSA A SER CONSIDERADO COMO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS ABERTO. AGRAVO INTERNO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte de que a discussão acerca da existência ou não de direito líquido e certo, nos termos da Lei 12.016/09, demanda análise do conjunto fático-probatório, providência sabidamente incompatível com a via estreita do Apelo Especial.

2. Ademais, o entendimento dessa Corte é de que o candidato inicialmente aprovado em colocação além do número de vagas previstas no edital, tem direito subjetivo a nomeação ante a desistência de candidato classificado dentro do número de vagas previsto, que permita a inclusão do candidato excedente seguinte nesse rol. Precedentes: RMS 53.506/DF, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 29.9.2017 e AgRg no RMS 48.266/TO, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 27.8.2015.

3. Agravo Interno do Distrito Federal desprovido. (AgInt no REsp 1576096/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 08/03/2018)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL AGROPECUÁRIA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS, PASSANDO A IMPETRANTE A FIGURAR DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Caso em que o Impetrante logrou aprovação, na 4ª classificação, no concurso público para o cargo de Fiscal Agropecuário, no qual havia previsão de 1 (uma) vagas, sendo que 3 (três) candidatos melhor classificados desistiram do certame.

2. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837311/PI), fixou orientação no sentido de 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 dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas 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.



3. Por outro lado, em relação àqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 598099/MS, também submetido à sistemática da Repercussão Geral, fixou orientação no sentido haver direito à nomeação, salvo exceções pontuais. A partir dessa tese, evoluiu para compreender que, havendo desistência de candidatos melhor classificados, fazendo com que os seguintes passem a constar dentro do número de vagas, a expectativa de direito se convola em direito líquido e certo, garantindo o direito a vaga disputada.

4. Recurso Ordinário provido, para reformar o acórdão recorrido e determinar a imediata nomeação do Impetrante para o cargo postulado.

(RMS 55.667/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO. CONVOCAÇÃO DOS APROVADOS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO HABILITADO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DE VAGA OFERTADA NO EDITAL. NOMEAÇÃO DO PRÓXIMO CANDIDATO NA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO.

1. Dado o desinteresse de determinado candidato em tomar posse, restando em aberto vaga prevista no edital do concurso público, faz nascer para o próximo candidato na ordem convocatória o direito líquido e certo à nomeação, uma vez que passa a se considerar dentro do número de vagas previstas no edital.

2. Com o ato de desistência de candidata anteriormente convocada para vaga prevista no edital, nasceu para a ora recorrente o direito líquido e certo a ser convocada para comprovação da habilitação para o cargo e demais etapas seguintes, com vistas à nomeação e à posse no concurso público em questão.

3. Recurso ordinário provido para determinar que a recorrente seja novamente convocada para comprovação da habilitação, preenchimento da ficha de declaração de acúmulo de cargos e escolha de vagas e, no caso de preenchimento dos requisitos necessários, seja nomeada para o cargo ao qual logrou aprovação. (RMS 23.305/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)

Importa destacar que na presente hipótese as 10 (dez) nomeações tornadas sem efeito, e que estão documentalmente provadas (fls. 44/46 41/42 e 44/46), não permitiram que o impetrante fosse guindado de maneira que passasse a figurar dentro do número de vagas ofertadas pelo edital (228), pois, como dito alhures, já na primeira chamada foram nomeados candidatos em quantidade superior a esse número.

Com efeito, a publicação do edital do concurso público prevendo número específico de vagas, faz exsurgir um dever legal de nomeação para Administração, correspondente ao quantitativo que ela mesma ofertou, conseqüente há direito subjetivo à nomeação titularizado pelos candidatos aprovados dentro desse respectivo número.



Nesse contexto, a se acolher o entendimento sustentado pelo impetrante as nomeações não estarão mais vinculadas ao quantitativo de vagas oferecidas pelo edital, mas sim ao número total de candidatos aprovados, inclusive em cadastro de reserva, o que mostra inviável, na medida em que atenta contra autonomia e discricionariedades administrativas.

O Impetrante também alegou a existência um desproporcional número de contratações de servidores temporários o que, no seu entender, evidencia a necessidade de serem efetivadas as nomeações dos candidatos aprovados no certame até a 336ª colocação alcançando-o.

Nesse aspecto os documentos que instruem o Writ não elucidam, com o grau de certeza típico da ação de Mandado de Segurança, acerca da existência de cargos efetivos vagos, posto que indicam apenas o nome do contratado, o cargo que teoricamente ocupará, data de admissão e término do vínculo, bem como o número do contrato correspondente. No entanto é cediço que nesse regime especial de contratação o agente exerce função pública como mero prestador de serviços, sem ocupar cargo ou emprego público na estrutura administrativa, constituindo vínculo precário, de prazo determinado, nos moldes estabelecidos pelo texto da Constituição da República (art. 37, IX).

Nesse sentido trago o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A título de exceção ao regime jurídico único, a Constituição, no artigo 37, IX, previu, em caráter de excepcionalidade, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, a possibilidade de contratação por tempo determinado. Esses servidores exercerão funções, porém, não como integrantes de um quadro permanente, paralelo ao dos cargos públicos, mas em caráter transitório e excepcional.

Destarte, a contratação temporária, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos aprovados ou a existência de cargos efetivos vagos.

Nesse sentido trago julgados do STJ:

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

1. O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo certame não geram, só por si, o direito líquido e certo dos candidatos aprovados no certame ainda vigente, se classificados para além das vagas inicialmente oferecidas no edital. Precedente da Corte Especial do STJ: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RMS 44.020/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe 11/10/2017.



2. 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. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS 54.959/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. SURGIMENTO DE VAGA. EXONERAÇÃO. 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. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I - A mera contratação de servidores temporários, fundada no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, não caracteriza a preterição do candidato aprovado em concurso público, visto se tratar de medida tomada para atender necessidades provisórias da Administração.

II - Impetrante que não trouxe aos autos argumentos e provas aptos a caracterizar preterição, devendo ser aplicada a jurisprudência fixada acerca do tema, no sentido de não possuir direito líquido e certo o candidato de concurso público aprovado em vaga destinada ao cadastro de reserva, mas sim mera expectativa de direito à nomeação.

III - Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS 49.104/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE FUNCIONÁRIOS NA VIGÊNCIA DO CERTAME. PRETERIÇÃO QUE, PARA FICAR CONFIGURADA, EXIGE A COMPROVAÇÃO DE QUE OS TEMPORÁRIOS FORAM ADMITIDOS PARA DESEMPENHAR AS ATRIBUIÇÕES DE CARGOS EFETIVOS VAGOS, EM DETRIMENTO DOS APROVADOS NO CONCURSO.

1. Candidato aprovado em concurso público além do número de vagas oferecido no edital adquire o direito à nomeação, respeitada a ordem de classificação, na hipótese em que a administração, no prazo de validade do certame, havendo cargos efetivos a preencher e estando evidenciada a necessidade dos serviços, promove contratação temporária de funcionários para o desempenho de atribuições próprias desses cargos, em detrimento dos aprovados no certame. Precedentes.

2. No caso examinado nos autos, não há falar em preterição, porquanto a contratação questionada pelas recorrentes deu-se em caráter precário e temporário, não tendo sido apresentada nenhuma prova da existência de novos cargos efetivos vagos, na Secretaria Regional de Diamantina, além



daqueles três oferecidos no concurso de 2005, que foram preenchidos em estrita obediência à ordem de classificação.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no RMS 31.083/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 22/05/2014)

Nessa moldura fático-jurídica não procedem os pedidos formulados pelo impetrante.

Ante o exposto, voto no sentido de DENEGAR A SEGURANÇA, extinguindo o processo com resolução de mérito. Prejudicado a análise do Agravo Interno (fls. 72/82). Sem honorários advocatícios consoante art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Belém, 14 de novembro de 2018.

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora