



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.724 - MG (2019/0122324-4)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : ANGELINA DE ARRUDA NOGUEIRA
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE VIEIRA - MG106377
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : BRUNO BALASSIANO GAZ E OUTRO(S) - MG141901

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO INICIAL DE VAGAS. PRIMEIRO CANDIDATO EXCEDENTE. VAGA POSTERIOR E NECESSIDADE DE PREENCHÊ-LA RECONHECIDA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DA PRÓPRIA IMPETRANTE AO CARGO PARA O QUAL PRESTOU CONCURSO. PRETERIÇÃO EVIDENCIADA. DIREITO À NOMEAÇÃO.

1. A tese recursal no presente caso, conforme o precedente do STF (RE 837.311/PI, Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Dje de 18.4.2016), deve prosperar caso se prove que surgiram novas vagas e houve a preterição de candidatos excedentes de forma arbitrária e imotivada pela 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.

2. A Corte local, por maioria, denegou a pretensão, sob a tese de que, nessa hipótese, a Administração possui juízo de conveniência e oportunidade para preencher a vaga. Ademais, consignou que "o fato de o Estado ter realizado contratações em vez de nomear os candidatos classificados no concurso não significa, por si só, prova de que surgiram novas vagas, alcançando a colocação do impetrante, pois a designação pode ocorrer como forma de substituição de servidor efetivo afastado temporariamente" (fls. 78-79, e-STJ).

3. A impetrante foi aprovada e logrou o terceiro lugar no certame (fl. 30, e-STJ). Está incontroverso nos autos que houve, ainda na validade do concurso (fls. 526, 578, e-STJ), abertura de vaga para o cargo disputado, na mesma cidade (fls. 28/29, e-STJ).

4. Merece especial ressalva o fato de que a referida vaga foi preenchida pela própria recorrente, e em razão justamente de sua aprovação no concurso, conforme ata de fl. 23, e-STJ. Ademais, ficou consignado que a ordem de prioridade de designação seguiria o art. 32 da Resolução 2.836/2015 da Secretaria Estadual de Educação, que assim diz (fl. 70, e-STJ, grifou-se): "Art. 32 - **Onde houver necessidade de designação**, esta será processada observada a seguinte ordem de prioridade: I - **candidato concursado para o município ou SRE e ainda não nomeado, obedecida a ordem de classificação no concurso, (...)** II - **candidato concursado para outro município ou outra SRE e ainda não nomeado, obedecido ao número de pontos obtidos no concurso, (...)**".

5. É evidente, portanto, que a norma expressamente regulamenta os casos em que há necessidade de designação, e que a preferência pertence aos candidatos concursados e ainda não nomeados, como ficou consignado no voto vencido do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão vergastado.

6. Se a Administração contratou a própria candidata concursada, e primeiro excedente da lista de aprovados, de forma temporária para exercer o cargo que disputou, na localidade escolhida, fica claro que o Poder Público necessita do servidor aprovado – nos termos da art. 32 da Resolução 2.836/2015 – e que a vaga existe, mas não o nomeou, conforme as regras do concurso público, de forma imotivada e arbitrária.

7. Consoante os dizeres do STF no *leading case* mencionado, a discricionariedade da Administração quanto à convocação dos aprovados em concurso público, nessa condição, fica reduzida ao "patamar zero".

8. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido, para reconhecer o direito à nomeação da impetrante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "'A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."' Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 15 de agosto de 2019(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.724 - MG (2019/0122324-4)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : ANGELINA DE ARRUDA NOGUEIRA
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE VIEIRA - MG106377
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : BRUNO BALASSIANO GAZ E OUTRO(S) - MG141901

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto com fundamento no art. 105, II, "b", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim ementado (fls. 519-535, e-STJ):

DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS POSTAS EM DISPUTA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO – AUSÊNCIA – SEGURANÇA DENEGADA.

– Em concurso público, a candidata classificada fora do número de vagas postas em disputa não tem direito líquido e certo à nomeação.

V.v.: O mandado de segurança, tido como remédio de natureza constitucional, visa a proteger direito líquido e certo violado, ou na iminência de ser violado, por ação ou omissão ilegal ou abusiva advinda de autoridade, seja de que categoria for, ou sejam quais forem as funções que exerça, exigindo-se da parte impetrante prova pré-constituída, ou seja, produzida de plano, como condição essencial à verificação da existência do alegado direito líquido e certo, independentemente de dilação probatória.

O candidato aprovado no concurso público não possui, em princípio, direito à imediata nomeação no cargo, mas apenas mera expectativa de ser nomeado e tomar posse. Tal direito, para ser concretizado, deve se submeter aos critérios de conveniência e oportunidade por parte da Administração Pública, durante o prazo de vigência do concurso.

No entanto, se a Administração Pública, como na espécie em julgamento, no prazo de vigência do concurso, ainda que inicialmente o edital tenha previsto 02 vagas, contrata precariamente a própria impetrante, primeira na lista de excedentes, demonstrando a necessidade de preenchimento da vaga não apenas por curto período de tempo. Por conseguinte, nesse contexto, o candidato aprovado que possuía apenas mera expectativa de direito passa, então, a dispor do direito subjetivo de ser imediatamente nomeado e de tomar posse, para exercer, enfim, as funções inerentes ao referido cargo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A recorrente defende, em síntese, ser titular de direito líquido e certo a nomeação em concurso público, mesmo tendo sido aprovada fora do número de vagas previstas no edital, pois constatou-se a contratação temporária para atribuições do cargo atinente durante a validade do concurso, sem que sua convocação fosse efetuada, configurando-se preterição arbitrária (fls. 590-595, e-STJ).

Contrarrazões às fls. 606-615, e-STJ.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do presente recurso (fls. 624-627, e-STJ).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.724 - MG (2019/0122324-4) VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 27.5.2019.

Cuida-se de irresignação contra a decisão do Tribunal de origem que denegou a ordem em Mandado de Segurança em que a impetrante, aprovada em concurso público fora das vagas do edital, requer a sua nomeação e posse no cargo.

Para tanto, alega que é o primeiro candidato excedente do certame e que surgiu, dentro da validade o concurso, a respectiva vaga para o mesmo cargo e localidade – tanto que ela própria foi contratada temporariamente, mas sem a almejada nomeação.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE 837.311/PI), firmou o entendimento de que o surgir de novas vagas ou o abrir de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada perpetrada pela administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expreso 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. O julgado recebeu esta 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 inocorrência 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 expresse do Poder Público capaz de revelar a inequívoca**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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 837.311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 9/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-72 DIVULG 15-4-2016 PUBLIC 18-4-2016, grifou-se)

Portanto, a tese recursal no presente caso, conforme o precedente do STF alhures, deve prosperar quando surgirem novas vagas e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada pela 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.

A Corte estadual, por maioria, denegou a pretensão, sob a tese de que, nessa hipótese, a Administração possui juízo de conveniência e oportunidade para preencher a vaga. Ademais, consignou que "o fato de o Estado ter realizado contratações em vez de nomear os candidatos classificados no concurso não significa, por si só, prova de que surgiram novas vagas, alcançando a colocação do impetrante, pois a designação pode ocorrer como forma de substituição de servidor efetivo afastado temporariamente".

Observe-se trecho do acórdão (fls. 78-79, e-STJ, grifou-se):

É verdade que, se novo cargo é criado, ou se algum cargo já existente fica vago durante o prazo de validade do concurso, a Administração, se necessitar e tiver condição de preenchê-lo ainda no período de vigência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

certame, deve nomear os candidatos classificados além de número de vagas previstas no edital, observando a ordem de classificação.

Todavia, nesse tipo de situação, não há como falar em direito subjetivo à nomeação, pois o preenchimento de novas vagas depende de vários fatores, inclusive da análise de questões orçamentárias.

Repito, a Administração não está obrigada a preencher os cargos que, eventualmente, venham a surgir durante o prazo de validade do concurso, **cabendo ao administrador, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, verificar a necessidade e a possibilidade de preenchimento de tais cargos.**

A obrigação da Administração é de nomear, durante o prazo de validade do concurso, os candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital.

O fato de o Estado ter realizado contratações em vez de nomear os candidatos classificados no concurso não significa, por si só, prova de que surgiram novas vagas, alcançando a colocação do impetrante, pois a designação pode ocorrer como forma de substituição de servidor efetivo afastado temporariamente.

(...) Diante da não demonstração da existência de preterição arbitrária ou comportamento tácito ou expresso do Poder Público, capaz de revelar a inequívoca necessidade de preenchimento de vagas durante o prazo de validade do concurso, não se mostra adequada a irresignação quanto à ausência de nomeação.

Não obstante as conclusões lançadas pelo Tribunal mineiro, as provas dos autos demonstram que a pretensão da recorrente procede.

A parte foi aprovada e logrou o terceiro lugar no certame (fl. 30, e-STJ).

Está incontroverso nos autos que houve, ainda na validade do concurso (fls. 526, 578, e-STJ), a abertura de vaga para o cargo disputado, na mesma cidade (fls. 28/29, e-STJ).

Merece especial ressalva o fato de que a referida vaga foi preenchida pela própria recorrente, e em razão justamente de sua aprovação no concurso, conforme ata de fl. 23, e-STJ. Ademais, ficou consignado que a ordem de prioridade de designação seguiria o art. 32 da Resolução 2.836/2015, que assim diz (fl. 70, e-STJ, grifou-se):

Art. 32 - **Onde houver necessidade de designação,** esta será processada observada a seguinte ordem de prioridade:

I - candidato concursado para o município ou SRE e ainda não nomeado, obedecida a ordem de classificação no concurso, priorizando o Edital mais antigo, desde que comprove os requisitos de habilitação definidos no respectivo Edital;

II - candidato concursado para outro município ou outra SRE e ainda não nomeado, obedecido ao número de pontos obtidos no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso, priorizando o Edital mais antigo, promovendo-se o desempate pela idade maior, desde que comprove os requisitos de habilitação definidos no respectivo Edital;

III - candidato habilitado, obedecida a ordem de classificação na listagem geral do município de candidatos inscritos em 2014;

IV - candidato habilitado, que não consta da listagem geral do município de candidatos habilitados inscritos em 2014;

V - candidato não habilitado, obedecida a ordem de classificação na listagem geral do município de candidatos inscritos em 2014.

Parágrafo único - Na hipótese de comparecimento de mais de um candidato na condição a que se refere o inciso IV, eles serão classificados utilizando-se os critérios estabelecidos na Resolução SEE nº 2686, republicada em 08 de novembro de 2014.

É evidente, portanto, que a norma expressamente regulamenta os casos em que há necessidade de designação, e que a preferência pertence aos candidatos concursados e ainda não nomeados, como ficou consignado no voto vencido do acórdão vergastado.

Assim sendo, se a Administração contratou a própria candidata concursada, e primeiro excedente da lista de aprovados, de forma temporária para exercer o cargo que disputou, na localidade escolhida, fica claro que o Poder Público necessita do servidor aprovado – nos termos da art. 32 da Resolução 2.836/2015 – e que a vaga existe, mas não o nomeou, conforme as regras do concurso público, de forma imotivada e arbitrária.

Desta feita, conforme os dizeres do STF, a discricionariedade da Administração quanto à convocação dos aprovados em concurso público, nessa condição, fica reduzida ao "patamar zero".

Diante do exposto, **dou provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, para reconhecer o direito à nomeação da impetrante.**

Sucumbência invertida. Sem honorários advocatícios, conforme disposto no artigo 25 da Lei 12.016/2009.

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0122324-4

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 60.724 / MG

Números Origem: 01970406020178130000 10000170197040000 10000170197040001 10000170197040002

PAUTA: 15/08/2019

JULGADO: 15/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANGELINA DE ARRUDA NOGUEIRA
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE VIEIRA - MG106377
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : BRUNO BALASSIANO GAZ E OUTRO(S) - MG141901

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor
Público Civil - Regime Estatutário - Nomeação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.