



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.191 - TO (2013/0366762-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : LUCILEY MARIA MESQUITA MARQUES
ADVOGADO : CARLOS ANTÔNIO DO NASCIMENTO
RECORRIDO : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADOR : ANA CATHARINA FRANÇA DE FREITAS E OUTRO(S)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Discute-se no *mandamus* o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em Enfermagem do Estado do Tocantins.

2. A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie.

3. No caso, a candidata obteve a 1.667ª colocação no concurso para o preenchimento de 135 vagas e formação de cadastro de reserva, não havendo nos autos elementos suficientes para demonstrar a preterição do direito de ser nomeada.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de dezembro de 2013(Data do Julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques
Presidente

Ministro Og Fernandes
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.191 - TO (2013/0366762-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): O recurso ordinário em mandado de segurança foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO DE PLANO. SEGURANÇA DENEGADA.

1 - O interesse de agir mede-se pelo binômio utilidade-necessidade. Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido e necessidade quando a pretensão resistida administrativamente só puder ser alcançada pela via judicial.

2. Não há litisconsórcio passivo necessário daqueles que na verdade teriam interesse em ocupar o pólo ativo da demanda.

3 - A via eleita se mostra adequada quando o mandamus configura medida própria a averiguar a existência de ato coator de autoridade pública sob alegação de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data.

4. O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, a critério do juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

5 - Somente a demonstração da necessidade de provimento do cargo e havendo desistências de candidatos convocados, surgiria para os subsequentes na ordem classificatória o direito subjetivo à nomeação.

6 - A existência de contratações temporárias destinadas a atender excepcional interesse público não implica reconhecimento de cargos efetivos disponíveis na Administração Pública, porquanto a admissão temporária no serviço ocorre não para assumir um cargo ou emprego público, mas para exercer função transitória e excepcional devidamente justificada no interesse público momentâneo.

7 - A contratação de funcionários por instituição responsável pela gestão da saúde não repercute na manifestação do Estado sobre a necessidade permanente de pessoal.

8 - A ação mandamental tem via estreita e necessidade de prova pré-constituída.

9 - Segurança denegada com precedentes desta Corte Plena. (e-fls. 392-393).

A recorrente argumenta que foi aprovada em concurso público para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchimento do cargo de Técnico em Enfermagem, mas o Estado do Tocantins não a nomeou, pois está se valendo indevidamente de contratações temporárias.

Alega que comprovou a existência de direito líquido e certo à nomeação, pois as contratações ilegais são fatos públicos e notórios, devendo-se reconhecer que a candidata aprovada no certame foi preterida pela Administração, em desrespeito ao princípio do concurso público.

Aponta que o STF já reconheceu, em situação análoga, a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão pelo governo tocantinense, determinando o preenchimento das vagas pela nomeação em caráter efetivo.

Em contrarrazões, o ente público aduz que o edital do certame previu que a nomeação apenas seria realizada na existência de vagas na localidade para a qual o candidato concorreu. Salaria que não houve a comprovação do direito líquido e certo.

Segundo o Estado do Tocantins:

(...) não basta alegar a aleatória existência de contratos temporários, é imprescindível a demonstração de que há contratos precários suficientes a alcançar a sua vaga, na localidade em que prestou concurso, sob pena de se interferir em atribuição que apenas compete ao Poder Executivo. (e-fls. 411).

O recurso foi admitido na origem pela decisão de e-fls. 418-422.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso. (e-fls. 428-431).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.191 - TO (2013/0366762-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Discute-se no *mandamus* o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em Enfermagem do Estado do Tocantins.

Deferido o benefício de assistência judiciária gratuita, nos termos da declaração de e-fl. 15.

A recorrente alega que o ente estatal realiza contratações temporárias, preterindo o direito daqueles que foram aprovados no certame público.

Não assiste razão à recorrente.

O mandado de segurança é ação de rito especial que exige a comprovação de plano do alegado direito líquido e certo, sendo inamissível dilação probatória.

No caso, a candidata obteve a 1.667ª colocação no concurso para o preenchimento de 135 vagas e formação de cadastro de reserva para o cargo de Técnica em Enfermagem a ser provido no Município de Palmas/TO.

Todavia, não há nos autos elementos que comprovem a preterição do direito à nomeação, não se demonstrando que foram contratados irregularmente profissionais em quantitativo suficiente para alcançar a classificação obtida pela impetrante.

Da mesma forma, inexistem documentos suficientes para caracterizar a ilegalidade das contratações temporárias, sendo necessária dilação probatória para que se realize juízo de valor a respeito dos pressupostos autorizadores da celebração de contratos com fundamento no art. 37, IX, da Constituição da República.

Ademais, como bem consignado no parecer do Ministério Público, o Estado de Tocantins decretou estado de calamidade pública (Decreto n. 4.279/11), de modo que não é possível reconhecer, de imediato, a ilegalidade nas contratações emergenciais. Transcrevo o seguinte excerto daquele opinativo:

Ademais, a recorrente não aponta nenhuma irregularidade ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excepcionalidade capaz de convolar a mera expectativa em direito subjetivo à nomeação, limitando-se tão somente a alegar a existência de contratações temporárias realizadas pelo Estado de Tocantins.

Ocorre que as referidas contratações temporárias, efetivadas à luz do art. 37, IX, da Constituição Federal, decorrem de situação emergencial, ou seja, o estado de calamidade pública verificado no setor hospitalar e nas unidades de serviço de saúde do Estado de Tocantins, assim estabelecido nos termos do Decreto Estadual n. 4.279/2011.

Sendo assim, ante a ausência de ilegalidade, incabível falar-se em preterição à nomeação quando a contratação precária decorre de situação de calamidade pública. (e-fl. 430).

A jurisprudência do STJ, em casos análogos, manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie. A esse respeito, confirmam-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS. DECRETO DE CALAMIDADE PÚBLICA (ART. 37, IX, CF/88). PRETERIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por candidata aprovada em 14º lugar para o cadastro de reserva de certame que dispunha inicialmente de apenas duas vagas para o cargo de Assistente de Serviços de Saúde no Município de Araguaçu/TO. Refere que foram convocados os 8 primeiros classificados, dos quais, todavia, 2 desistiram e não tomaram posse.

2. No caso concreto, a impetrante obtivera aprovação fora do número de vagas previstas no edital. Na particularidade dos autos, a convocação dos 8 primeiros aprovados não atinge a esfera pessoal da requerente, considerando ainda existir à sua frente outros 3 candidatos a serem nomeados antes de ser chamada para assumir o cargo público. Nesse panorama, a concessão da segurança implicaria verdadeira quebra da ordem de classificação dos aprovados que antecede a impetrante.

3. Ademais, a prova dos autos demonstra que as contratações temporárias foram motivadas por situação de calamidade pública (art. 37, IX, CF/88), hipótese que gera ao Estado uma vinculação jurídica precária, bastante diferente daquela mantida com o servidor efetivo, de natureza permanente. Precedente.

4. A remoção de servidor não assegura direito líquido e certo à nomeação, seja porque se trata de formas diversas de provimento - derivado e originário -, seja porque o deslocamento de um único servidor ainda não atingiria a classificação titularizada pela 14ª colocada. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Nesse panorama, não há prova cabal de que tenha havido preterição da impetrante, de modo que não ostenta direito líquido e certo à nomeação.

6. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 39.271/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 22/10/2013).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA O CARGO DE PROFESSOR. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXISTÊNCIA DE PROCESSO SELETIVO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no Edital tem mera expectativa de direito. Tal expectativa se convola em direito nos casos em que, durante a vigência do concurso, mesmo havendo a criação de novas vagas ou a vacância do respectivo cargo em número que alcance a classificação do candidato, a Administração Pública promove a contratação temporária de servidores para exercer a função inerente àqueles cargos.

No caso dos autos, entretanto, embora tenha havido a realização, no prazo de vigência do concurso, de processo seletivo para contratação temporária de professores, o impetrante não comprovou a existência de cargos vagos de provimento efetivo em número suficiente a alcançá-lo na lista de classificação, de modo que a simples existência de contratação precária e emergencial não gera direito à nomeação.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS 33.514/MA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2/5/2013, DJe 8/5/2013).

O argumento de que o STF considerou inconstitucional a criação de cerca de 28 mil cargos em comissão pelo Estado de Tocantins não é suficiente para demonstrar a existência de cargos efetivos vagos, pois não há menção ao quantitativo destinado ao cargo e à localidade especificamente pleiteada pela impetrante. Ademais, seria necessária a edição de lei específica para criá-los.

Nesse contexto, não há direito líquido e certo à nomeação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0366762-0

RMS 44.191 / TO

Números Origem: 50006242020128270000 734772055612

PAUTA: 10/12/2013

JULGADO: 10/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUCILEY MARIA MESQUITA MARQUES
ADVOGADO : CARLOS ANTÔNIO DO NASCIMENTO
RECORRIDO : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADOR : ANA CATHARINA FRANÇA DE FREITAS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital

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, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.