



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22924 - DF (2016/0286467-3)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
IMPETRANTE : FERNANDA ANDRADE FERNANDES
ADVOGADO : MAURO SERGIO BARBOSA E OUTRO(S) - DF021259
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DOS TRANSPORTES
INTERES. : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. PRECEDENTE QUALIFICADO: RE 837.311/PI.

1. "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." (RE 837.311/PI, rel. Min. Luiz Fux).

2. Mandado de segurança denegado. Agravo interno prejudicado (Petição AgInt 00571356/2016).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO, por unanimidade, denegar o mandado de segurança, restando prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues, Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de junho de 2024.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22924 - DF (2016/0286467-3)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
IMPETRANTE : FERNANDA ANDRADE FERNANDES
ADVOGADO : MAURO SERGIO BARBOSA E OUTRO(S) - DF021259
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DOS TRANSPORTES
INTERES. : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. PRECEDENTE QUALIFICADO: RE 837.311/PI.

1. "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." (RE 837.311/PI, rel. Min. Luiz Fux).

2. Mandado de segurança denegado. Agravo interno prejudicado (Petição AgInt 00571356/2016).

RELATÓRIO

Fernanda Andrade Fernandes impetra ação de mandado de segurança com fundamento no art. 1.º da Lei 12.016/2009 contra ato imputado ao Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil, relativamente à ausência de nomeação para o cargo de Analista Técnico Administrativo, profissional de nível superior, o qual havia sido oferecido em concurso público regulado pelo Edital n. 01 – AGU/SEP/PR, com prazo de validade de um ano, posteriormente prorrogado por igual período.

A impetrante conta que o concurso referido ofereceu para o cargo disputado por si um quantitativo de 15 (quinze) vagas, havendo ainda a previsão editalícia de formação de cadastro de reserva, e que até o momento foram convocados 18 (dezoito) aprovados, ou seja, os quinze primeiros que se classificaram dentro do rol de vagas ofertadas e mais três outros inseridos em cadastro de reserva.

Sua classificação deu-se na 43.^a (quadragésima terceira) colocação.

Narra a autora que a despeito disso, e de haver ainda outros candidatos aprovados em cadastro de reserva, a autoridade impetrada teria promovido a contratação, com dispensa de licitação, do empresário Works Construção e Serviços – EIRELI, com o fim de prestação de serviços de secretariado e de apoio técnico administrativo, mediante terceirização, com prazo de cento e oitenta dias, bem como fazendo publicar o Edital n. 08/2014, de pregão eletrônico destinado também à contratação, mediante terceirização, de serviços com atribuições próprias dos cargos objeto do concurso público no qual ela, a impetrante, havia se classificado em cadastro de reserva.

Com base nisso, a impetrante afirma a ilegalidade da contratação e, por consequência, a configuração de preterição ao seu direito de preferencialmente ser convocada e nomeada no referido cargo público.

Para além, discorre sobre a existência de outros sete cargos públicos vagos os quais teriam sido remanejados pelo Ministério do Planejamento à Secretaria de Portos antes da sua fusão com o Ministério dos Transportes, mas que, depois disso, estão inseridos no quadro funcional do Ministério dos Transportes e ainda encontram-se vagos.

Essencialmente em razão disso pede a concessão da ordem para determinar à autoridade impetrada que promova a sua convocação e nomeação.

Indeferi o pedido de liminar pela decisão de e-STJ fls. 209/212.

As informações da autoridade impetrada foram prestadas em e-STJ fls. 255/269.

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem mandamental, segundo o parecer de e-STJ fls. 279/285, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. CRFB/88, art. 105, I, “b”. Concurso público. Candidata aprovada fora do número de vagas previstas em edital. Contratação de terceirizados. Ausência de identidade entre as atribuições. Necessidade de demonstração efetiva da preterição, capaz de convolar a expectativa de direito em direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo público. Ausência de prova pré-constituída. Precedentes. Parecer pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

A pretensão mandamental não colhe procedência.

A causa mandamental trata, em síntese, da pretensão de convocação e de nomeação da impetrante no cargo de Analista Técnico Administrativo do quadro funcional do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

A impetrante afirma ter participado de concurso público regulado pelo Edital n. 1 - AGU/SEP/PR, de 29 de abril de 2014, lançado na ocasião pela Secretaria dos Portos da Presidência da República, disputando um dos quinze cargos vagos ofertados inicialmente, sendo uma para candidato com deficiência e o restante para a ampla concorrência.

Classificou-se, no entanto, apenas na 43.^a (quadragésima terceira) colocação, portanto fora do contingente de vagas ofertadas, assim por que, em tese, por figurar em cadastro de reserva não teria direito subjetivo nenhum de pleitear nomeação em cargo.

No entanto, sustenta que essa situação teria se transmutado quando a Administração Pública Federal celebrou, com dispensa de licitação, contrato com pessoa jurídica para que funcionários terceirizados desempenhassem as mesmas funções do cargo público para o qual a impetrante havia prestado o certame, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Na mesma ocasião, também fez lançar edital de pregão com a mesma finalidade de contratação de pessoa jurídica para o fornecimento de mão-de-obra com o fim da prestação de diversas funções dentre as quais aquelas do cargo público almejado pela impetrante.

A causa de pedir mandamental esteia-se, portanto, em duas premissas, a saber, a classificação da impetrante fora das vagas ofertadas em edital e a transformação da sua expectativa de direito em direito público subjetivo em razão da prática de ato ilegal pela Administração Pública federal, bem como a caracterização de contrato administrativo celebrado pela Administração Pública federal como ilegal e demonstrativo de necessidade de contratação de pessoal bem como da existência de vagas.

Essa causa de pedir, contudo, nem se assenta em argumentação lógica quanto

menos ampara-se em prova documental suficiente, por isso não ensejando o acolhimento da pretensão mandamental.

No tocante à questão da classificação em cadastro de reserva, o marco regulatório desse tema é inequivocamente o julgamento do RE 837.311/PI, rel. Min. Luiz Fux, cuja ementa a seguir transcrita é bastante elucidativa sobre a possibilidade única de que um candidato classificado originalmente em cadastro de reserva possa pleitear o direito à nomeação:

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 entrenchada 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 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)

(Destacamos)

Conclui-se, portanto, que a regra é que os aprovados fora das vagas oferecidas não tenham direito à nomeação, bem como que não é o simples surgimento de novas vagas ou a abertura de novo certame durante o prazo de validade do anterior um fator determinante para o reconhecimento de direito ao chamado "cadastro de reserva", sendo ao revés premente a demonstração cabal pelo candidato interessado de que a Administração Pública está a praticar de forma arbitrária e imotivada um ato de preterição.

A tentativa baldada de conformar a sua pretensão a esses pormenores surge

exatamente na indicação da contratação de pessoal terceirizado, mas a impetrante deixa de comprovar no que exatamente essa contratação seria ilegal bem como em que sentido isso lhe beneficiaria.

Primeiramente é preciso fazer uma distinção: a contratação que a impetrante alega ter sido feita, de pessoal para o desempenho de funções equivalentes às do cargo pleiteado por si, não é propriamente a contratação prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição da República, e regulada pela Lei Federal 8.745/1993, mas sim a de uma sociedade empresária prestadora de serviço que consiste no fornecimento de mão-de-obra, portanto regida, à época, pela Lei 8.666/1993.

Não houve recrutamento de pessoal mediante processo seletivo simplificado, como determina a Lei 8.745/1993, mas sim um procedimento administrativo que resultou na contratação direta com dispensa de licitação do empresário Works Construção e Serviços – EIRELI, com duração de 180 (cento e oitenta) dias, enquanto se organizava um outro procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico.

A meu sentir essa distinção é essencial para a denegação da ordem mandamental.

A causa de pedir mandamental deve, com supedâneo no precedente transcrito anteriormente, esclarecer em que sentido houve a prática administrativa imotivada e arbitrária que, diante da existência de cargos vagos e de necessidade de atendimento a serviço público, preteriu a convocação da expectativa de direito do cadastro de reserva, preferindo a ele uma outra solução, com a contratação de terceiro.

Não é bem o que houve no caso concreto já que não há explanação sobre qualquer vício no procedimento licitatório e a ilação de que a contratação se destinaria a burlar o cadastro de reserva não passa disso, isto é, de uma ilação, de uma conjectura não sustentada por nenhuma prova.

Além disso, pesa contrariamente o fato de que essa contratação de pessoa jurídica não indica absolutamente a existência de cargos vagos mas, quando muito, apenas a necessidade de serviço, ou seja, a impetrante afirma ter direito a algo que ela mesma não comprova existir, já que a sua classificação em cadastro de reserva por si não demonstra a existência de cargo vago assim como tampouco, como dito, a contratação de pessoa jurídica, tudo isso corroborando a falta de demonstração cabal do

suposto direito líquido e certo.

Dito isso, **denego o mandado de segurança.**

Prejudicado o agravo interno de e-STJ fls. 218/246.

Condeno a impetrante ao pagamento das custas processuais, sob condição suspensiva de exigibilidade, na forma do art. 98, §§ 2.º e 3.º, do CPC/2015.

Sem honorários sucumbenciais, por expressa vedação do art. 25 da Lei 12.016/2009.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0286467-3

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 22.924 / DF

PAUTA: 22/08/2018

JULGADO: 22/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA ANDRADE FERNANDES
ADVOGADO : MAURO SERGIO BARBOSA E OUTRO(S) - DF021259
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DOS TRANSPORTES
INTERES. : UNIÃO

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

CERTIDÃO

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

"Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Relator."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2016/0286467-3

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 22.924 / DF

PAUTA: 12/06/2024

JULGADO: 12/06/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. MARIANA COUTINHO MOLINA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA ANDRADE FERNANDES
ADVOGADO : MAURO SERGIO BARBOSA E OUTRO(S) - DF021259
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DOS TRANSPORTES
INTERES. : UNIÃO

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

CERTIDÃO

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

A PRIMEIRA SEÇÃO, por unanimidade, denegou o mandado de segurança, restando prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues, Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.