

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 68.657 - MG (2022/0100273-9)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : ROBERTO SOARES DE SOUZA
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE VIEIRA - MG106377
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : PAULO DE TARSO JACQUES DE CARVALHO - MG056401

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO APROVADO DENTRO DAS VAGAS. MOMENTO DA NOMEAÇÃO. PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO. RE 598.099/MS. PRETERIÇÃO POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. FALTA DE OBSERVÂNCIA. RE 658.026/MG.

1. Embora o candidato aprovado dentro das vagas ofertadas em concurso público tenha direito público subjetivo à nomeação, a prerrogativa da escolha do momento para a prática do ato é da Administração Pública, durante o prazo de validade do certame. Inteligência do RE 598.099/MS, rel. Ministro Gilmar Mendes.

2. A caracterização da contratação temporária como ato ilegal exige da parte interessada a comprovação e a demonstração dos elementos estabelecidos no RE 658.026/MG, rel. Ministro Dias Toffoli.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2022.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 68657 - MG (2022/0100273-9)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **ROBERTO SOARES DE SOUZA**
ADVOGADO : **CARLOS HENRIQUE VIEIRA - MG106377**
RECORRIDO : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROCURADOR : **PAULO DE TARSO JACQUES DE CARVALHO - MG056401**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO APROVADO DENTRO DAS VAGAS. MOMENTO DA NOMEAÇÃO. PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO. RE 598.099/MS. PRETERIÇÃO POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. FALTA DE OBSERVÂNCIA. RE 658.026/MG.

1. Embora o candidato aprovado dentro das vagas ofertadas em concurso público tenha direito público subjetivo à nomeação, a prerrogativa da escolha do momento para a prática do ato é da Administração Pública, durante o prazo de validade do certame. Inteligência do RE 598.099/MS, rel. Ministro Gilmar Mendes.
2. A caracterização da contratação temporária como ato ilegal exige da parte interessada a comprovação e a demonstração dos elementos estabelecidos no RE 658.026/MG, rel. Ministro Dias Toffoli.
3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

RELATÓRIO

Roberto Soares de Souza interpõe recurso ordinário com fundamento no art. 105, inciso II, alínea "b", da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cuja ementa foi redigida assim:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA –GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS -CONCURSO PÚBLICO –CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA –CANDIDATO APROVADO E CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL –CONCURSO AINDA NO PRAZO DE VALIDADE –AUSÊNCIA DE DIREITO À IMEDIATA NOMEAÇÃO –CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PARA A ESCOLHA DO MOMENTO DA NOMEAÇÃO DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME –ALEGAÇÃO DA REALIZAÇÃO DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA PARA AS MESMAS FUNÇÕES –AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE CARGO VAGO - SEGURANÇA DENEGADA

-Na esteira do entendimento vinculativo exarado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal no bojo do RE n. 598099/MS, submetido ao rito da repercussão geral (art. 927, III, do CPC), se, por um lado, os candidatos aprovados dentro do número de vagas editalícias ostentam o direito subjetivo à nomeação e posse no cargo público para o qual concorreram, por outro, tem

a Administração Pública, dentro do prazo de validade do certame, a discricionariedade quanto à escolha do momento no qual será o candidato investido no cargo público.

-A despeito da aprovação do impetrante dentro do número de vagas disponibilizadas no edital, inexistiu o direito líquido e certo à imediata nomeação, haja vista que o concurso encontra-se dentro do prazo de validade e não há a prova da existência de cargo vago cujas atribuições são exercidas por contratado a título precário.

-Segurança denegada.

(V. V.)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADO. EDITAL SEE Nº. 07/2017: ESPECIALISTA EM EDUCAÇÃO BÁSICA E PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA. PRAZO DE VALIDADE VIGENTE. EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS. PRETERIÇÃO IMOTIVADA. COMPROVADA A NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

-A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que o direito líquido e certo à nomeação surge para os candidatos aprovados dentro do número de vagas inicialmente previstas no edital, reservando-se mera expectativa de direito para aqueles aprovados fora desse número.

-Encontrando-se o candidato na lista de classificação, e, portanto, dentro do número de vagas, o momento do provimento do cargo, no prazo de validade do concurso, fica, todavia, à conta da discricionariedade do Poder Público, desde que não haja preterição.

-O momento de nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital é ato discricionário da Administração Pública ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada, a caracterizar comportamento tácito ou expresso capaz de demonstrar a inequívoca necessidade da nomeação durante o prazo de validade, fazendo surgir, nesse caso, direito subjetivo à nomeação (RE 837311 -TEMA 784 do STF).

-Na hipótese, considerando a existência de cargos vagos, e tendo sido o impetrante aprovado dentro do número de vagas ofertadas, fica caracterizada a necessidade de nomeação ainda que o concurso ainda esteja vigente.

-Segurança concedida.

Trata-se em síntese de pretensão mandamental deduzida no contexto de concurso público para o provimento do cargo de Professor de História, com lotação no Município de Ribeirão das Neves, para o qual se ofertaram 36 (trinta e seis) vagas, sendo que o recorrente fez-se aprovar na vigésima colocação, ou seja, dentro do rol.

A pretensão mandamental surge, segundo o relato inicial, em razão da contratação temporária de 46 (quarenta e seis) pessoas que exerceriam ilegalmente as mesmas funções do cargo público referido, isso ensejando preterição ao direito à nomeação.

A pretensão foi denegada e isso enseja o presente recurso ordinário, que sinteticamente reitera os mesmos articulados iniciais (e-STJ fls. 548/573 e 580/597, respectivamente).

Contrarrazões em e-STJ fls. 601/610.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário, segundo as razões sintetizadas assim (e-STJ fls. 619/626):

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO AINDA VIGENTE. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM NOMEAR CANDIDATOS APROVADOS. DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES EM ATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

É o relatório.

VOTO

O recurso há de ser desprovido.

A controvérsia não é complexa: o recorrente disputou uma das trinta e seis vagas oferecidas em concurso para o provimento do cargo de professor de história, com lotação no Município de Ribeirão das Neves, no Estado de Minas Gerais, e se classificou na vigésima colocação, ou seja, dentro das vagas, e nessa condição pleiteia a ordem para o fim de que se determine a sua nomeação.

Contudo, é cediço que embora o candidato aprovado em tal condição tenha realmente direito à nomeação, a prerrogativa da escolha do momento em que isso ocorrerá **durante o prazo de validade do certame** pertence à Administração Pública, conforme o precedente qualificado assim redigido:

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.

[...]

V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(RE 598099, Relator(a): 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-

Conforme esclarecido pelo Estado de Minas Gerais na petição de e-STJ fls. 643/645, o certame teve o prazo de validade prorrogado até 12.04.2024, e por isso apenas a condição de aprovado nas vagas não confere direito nenhum ao recorrente, para o momento.

Sua postulação escora-se ainda na perpetração de atos administrativos que seriam ilegais, consistentes na contratação temporária de terceiros para o desempenho excepcional de necessidade pública.

Essa postulação não se aproveita, contudo, porque limitada à afirmação de que a contratação seria ilegal tão-somente em razão da existência de aprovados em concurso público, o que não é suficiente primeiramente porque a contratação referida é presumidamente constitucional, uma vez fundada no art. 37, inciso X, e porque a descaracterização da sua legitimidade não observou os elementos descritos em precedente qualificado também do Supremo Tribunal Federal:

Ementa Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”.
2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.
3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.
4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal.

5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva.

6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social.

(RE 658026, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014)

Assim, a questão é de inexistência do desencargo argumentativo, nada havendo na inicial nem na petição recursal que descrevam a falta de observância dos elementos assinalados no item terceira da ementa transcrita, elementos esses cuja ausência corroborariam à primeira vista a ilegalidade da contratação.

Cabe pontuar, em acréscimo, que a contratação opera-se, via de regra, para o desempenho de função pública, conceito que não se confunde com o de "cargo público", e sendo assim o desempenho da função não significa necessariamente a existência de cargo público permanentemente vago senão porque, "v.g.", é de se cogitar perfeitamente a hipótese da contratação para o suprimento de vacância temporária, como aquelas decorrentes de férias, licenças-saúde, afastamento para o desempenho de outros cargos comissionados, em que o cargo efetivo ocupado ainda se encontra preenchido, apenas o seu titular encontrando-se momentaneamente afastado.

Essa premissa significa para o deslinde do caso concreto, em abono à falta de demonstração da ilegalidade da contratação, que tampouco a existência de cargos vagos foi demonstrada justamente porque não realizado o esclarecimento aludido anteriormente.

Assim, **nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.**

Sem honorários recursais, tendo em vista o disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009 (**RMS 51.721/ES**, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016).

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2022/0100273-9

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 68.657 / MG

Números Origem: 10000211906367000 10000211906367001 19063672920218130000

PAUTA: 27/09/2022

JULGADO: 27/09/2022

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ROBERTO SOARES DE SOUZA
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE VIEIRA - MG106377
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : PAULO DE TARSO JACQUES DE CARVALHO - MG056401

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Concurso Público / Edital - Classificação e/ou Preterição

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 Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.