



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63237 - GO (2020/0072158-4)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : PATRÍCIA NOVAIS RABELO
ADVOGADOS : EDSON JOSÉ DE BARCELLOS - GO002241
CHYNTIA AQUINO DA COSTA BARCELLOS - GO020741
RECORRIDO : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : KEILY REZENDE PANTALEÃO E OUTRO(S) - GO025480

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO COMO EXCEDENTE. DESISTÊNCIA E EXONERAÇÃO DE CONCORRENTES DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. RECLASSIFICAÇÃO DO EXCEDENTE. INSERÇÃO DENTRO DO ROL DE VAGAS OFERECIDAS. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A exoneração e a desistência de concorrentes mais bem classificados, ocorridas durante o prazo de validade do concurso, que ensejarem a reclassificação do excedente (cadastro de reserva) para dentro do número de vagas oferecidas inicialmente, fazem surgir em seu favor o direito público subjetivo à nomeação no cargo, observado o teor do RE 598.099/MS, julgado com repercussão geral. Jurisprudência do STJ.
2. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

RELATÓRIO

Patrícia Novais Rabelo 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 Goiás, assim ementado:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO NO CADASTRO DE RESERVA. NÃO COMPROVAÇÃO DE ARBITRARIEDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I- Não há direito líquido e certo a ser amparado na via mandamental, pela preterição da impetrante ante a ocorrência de vacância, se improvable a arbitrariedade por parte da administração a ensejar o reconhecimento do direito a nomeação, observada a aprovação em concurso público fora das vagas previstas no edital.

II. A matéria restou pacificada no julgamento do RE 837.311, da Relatoria do Min. Luiz Fux, Tema 784 da repercussão geral, que firmou entendimento no sentido de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso público 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. SEGURANÇA DENEGADA.

A demanda trata, em síntese, de pretensão à nomeação em cargo público para o qual a ora recorrente, embora classificada originalmente fora das vagas previstas em edital, viria a ostentar o direito público subjetivo na medida da sua reclassificação decorrente de uma exoneração e de uma nomeação tornada sem efeito.

Os contornos específicos do caso concreto dizem que a recorrente disputou uma das duas vagas aberta para o cargo de médico clínico do quadro do Poder Judiciário do Estado de Goiás, tendo se classificado, contudo, apenas na quarta colocação.

Ocorreria de o ato de nomeação do primeiro colocado haver sido tornado sem efeito, e de o terceiro colocado, a despeito de ser nomeado, haver sido exonerado, isso levando a recorrente para dentro do rol de vagas previstas, a Administração Superior do Poder Judiciário goiano, contudo, recusando-se ao seu provimento.

A segurança foi denegada, daí o recurso ordinário cujas razões reiteram o direito à nomeação (e-STJ fls. 290/300 e 351/365, respectivamente).

Contrarrazões em e-STJ fls. 377/380.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário, segundo as razões assim dispostas (e-STJ fls. 408/411):

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO EM CADASTRO RESERVA. SURGIMENTO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

I—Consoante iterativa jurisprudência, tanto do STJ como do STF, os candidatos aprovados, mas classificados no concurso em cadastro reserva, não possuem, em regra, direito líquido e certo à nomeação, mesmo que surjam novas vagas no período de vigência do certame, caso em que o preenchimento estará sujeito ao juízo discricionário de conveniência e oportunidade por parte da Administração, salvo se houver preterição arbitrária e imotivada, o que não se comprovou no caso concreto. Precedentes.

II—Dessa forma, o pleito da recorrente somente poderia ser acolhido se fossem demonstradas, cumulativamente, durante a validade do certame em que obteve aprovação (embora a classificação esteja fora do número de vagas), a existência de vaga a ser preenchida e a necessidade inequívoca da Administração Pública em preenchê-la, configurando preterição arbitrária e

imotivada, por parte da Administração, não proceder à nomeação da impetrante.

III –No caso, a impetrante comprovou a existência de cargo vago a alcançar a sua posição na lista de classificação, conforme documento de fl. 128. Contudo, o fato da Administração Pública ter deixado de nomear a recorrente para vaga surgida durante a validade do certame, não caracteriza preterição arbitrária. Dito de outro modo, o surgimento de cargos no decorrer da validade do concurso não obriga o poder público a provê-los, pois trata-se de mera discricionariedade administrativa, de acordo com critérios de necessidade, adequação e previsão orçamentária. IV –Parecer pelo não provimento do recurso ordinário em mandado de segurança.

É o relatório.

VOTO

O recurso ordinário enseja provimento.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

O cerne da controvérsia diz respeito à existência do direito público subjetivo à nomeação na hipótese de reclassificação do candidato originalmente excedente, em razão de desistência, exoneração ou fato semelhante por concorrente mais bem classificado, quando o fato ensejador ocorrer durante o prazo de validade do certame.

Essa tese encontra guarida em nossa jurisprudência de que destaco, na Segunda Turma, por todos, o seguinte julgado, no corpo do qual se encontra indicação a outros precedentes:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO FORA DAS VAGAS OFERECIDAS. INAPTIDÃO DE CANDIDATOS MAIS BEM CLASSIFICADOS. MANIFESTAÇÃO DE DESISTÊNCIA. RECLASSIFICAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO COMO EXCEDENTE. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Apenas o candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital do certame tem, em regra, direito público subjetivo à nomeação, conforme decidido no RE 598.099/MS, relator o Em. Ministro Gilmar Mendes, em julgamento com repercussão geral.

2. No entanto, o candidato originalmente excedente que, em razão da inaptidão de outros concorrentes mais bem classificados, ou de eventuais desistências, reclassifica-se e passa a figura nesse rol de vagas ofertadas, ostenta igualmente o direito à nomeação. Precedentes.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

(RMS 52.251/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 07/12/2017)

Caber referir demais disso que também há o mesmo entendimento no Supremo Tribunal Federal:

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)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. ART. 169, IV E §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA MERAMENTE REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. CONVOCAÇÃO DE TODOS OS CANDIDATOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. REABERTURA POR DESISTÊNCIA E FALECIMENTO DE CANDIDATO CONVOCADO. RECONHECIMENTO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO DO CANDIDATO SUBSEQUENTE. CONSTITUCIONALIDADE. COMPATIBILIDADE COM O PRECEDENTE. RE 598.099 (REL. MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 03.10.2011) - TEMA 161. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(ARE 734049 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013)

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) - Grifamos

Nesse sentido, se embora o concorrente tenha se classificado originalmente fora do número de vagas oferecidas essa situação alterar-se em razão de fatos posteriores, como a desistência, exoneração, falecimento ou posse tornada sem efeito, por exemplo, de candidatos mais bem classificados, ocorridos dentro do prazo de validade do concurso, a reclassificação eventualmente decorrente disso e a inserção dele no rol de contemplados com o número de vagas oferecidas atribui-lhe o direito público subjetivo à nomeação, considerando-se ainda, no caso concreto, a expiração do prazo de validade do certame sem que a Administração Pública tenha providenciado isso.

Cabe assinalar que esses fatos estão efetivamente provados e tanto a autoridade impetrada quanto o próprio Ministério Público Federal reconhecem essas premissas, conforme se observa nas manifestações de e-STJ fls. 243/251 e fls. 408/411, respectivamente.

A conclusão a que chegaram, contudo, é que não é albergada por nossa jurisprudência, que efetivamente reconhece que dada a reclassificação operada dentro do prazo de validade do certame, surge para o aprovado originalmente como excedente o direito público subjetivo à nomeação, máxime em se verificando a expiração do prazo de validade do certame sem o atendimento espontâneo desse direito (e-STJ fl. 76/77).

Cabe pontuar, por fim, que se reconhece aqui o direito à nomeação, mas não necessariamente à posse, como igualmente vindicado a título de pretensão mandamental, uma vez que a investidura efetiva no cargo depende a aferição dos demais requisitos legais, sem embargo de que o ato coator limita-se à recusa à nomeação, a posse advindo como ato consequente sequer praticado.

Assim sendo, **dou provimento ao recurso ordinário para conceder parcialmente o mandado de segurança** e determinar unicamente a nomeação da recorrente ao cargo em questão, a posse, contudo, ficando sujeita ao atendimento dos requisitos legais e editalícios.

Custas e despesas processuais pelo recorrido, que deverá restituir o que

eventualmente adiantado ou pago pela recorrente.

Sem honorários, contudo, nem a título original, pela concessão da ordem, nem a título recursal, porque incabíveis em razão de disposição do art. 25 da Lei 12.016/2009.

É o voto.