

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.886 - DF (2011/0291162-1)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
IMPETRANTE : **LÚCIO JÚNIOR BUENO ALVES**
ADVOGADO : **FAUSTINO LOPES DOS SANTOS**
IMPETRADO : **MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA PECUÁRIA E ABASTECIMENTO**
INTERES. : **UNIÃO**

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS INSERIDOS EM CADASTRO DE RESERVA - NOVAS VAGAS - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO - JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO - PRECEDENTES DO STF - CESSÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS - TERMO DE COOPERAÇÃO - PRETERIÇÃO NÃO MATERIALIZADA - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Os candidatos aprovados em concurso público mas inseridos em cadastro de reserva têm expectativa de direito à nomeação.

2. O STF tem entendido caber à Administração, com relação aos cargos que surjam durante o período de validade do certame, decidir sobre a forma de gestão, podendo, inclusive extingui-las conforme juízo de conveniência e oportunidade. **Proposta de alinhamento da jurisprudência desta Corte à posição do STF.**

3. Não restou devidamente materializada preterição de candidato aprovado, com expectativa de nomeação, em espera no cadastro de reserva.

4. A cessão de servidores municipais não é de autoria da autoridade impetrada, sendo o responsável estranho à impetração.

5. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça "Prosseguindo no julgamento, a Seção por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques (voto-vista), Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 11 de setembro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.886 - DF (2011/0291162-1)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
IMPETRANTE : LÚCIO JÚNIOR BUENO ALVES
ADVOGADO : FAUSTINO LOPES DOS SANTOS
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA PECUÁRIA E ABASTECIMENTO
INTERES. : UNIÃO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Cuida-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por Lúcio Júnior Bueno Alves contra suposto ato do Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento consistente na contratação, sem concurso público, de 21 (vinte e um) agentes de inspeção, não obstante haver candidatos aprovados em concurso realizado pela Pasta.

O impetrante afirma na exordial que, dos 16 (dezesseis) agentes de inspeção sanitária e industrial de produtos de origem animal nomeados para a cidade em que reside, apenas 2 (dois) continuam ocupando o cargo, tendo os demais sido transferidos e/ou removidos, bem como um deles falecido.

Aduz ter recebido informação de que, dos aprovados no concurso, apenas mais um dos candidatos seria nomeado, não alcançando sua colocação, e que o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA teria enviado termo de cooperação técnica a ser firmado com o município de Araputanga/MT com a finalidade de contratar de forma temporária 21 (vinte e um) agentes de inspeção sanitária e industrial de produtos de origem animal, a serem lotadas justamente na cidade onde reside, a despeito da existência de candidatos aprovados no concurso vigente à época.

Entende, com isso, comprovada a existência de vagas suficientes para garantir sua nomeação, pugnando, por conseguinte, pelo reconhecimento desse direito, com lotação no município de Araputanga/MT.

Apreciando o pedido liminar, o ministro Cesar Asfor Rocha indeferiu o pleito, entendendo não caracterizado o *periculum in mora*.

Intimada para prestar informações, a autoridade coatora encaminhou a Informação nº 1238/2011/MCAP/CJJPJ/CONJUR/MAPA/AGU e documentos anexos (fls. 88/100 e 102/126, e-STJ).

Superior Tribunal de Justiça

Na oportunidade, foi alegada, inicialmente, a ausência de prova pré-constituída do direito vindicado, havendo necessidade de dilação probatória no curso do processo, medida inviável no curso da via eleita.

Quanto ao mérito, informa que o impetrante fora nomeado para ocupar o cargo em 07/08/2009, tendo na oportunidade pedido pelo posicionamento no final da lista, alegando falta de interesse pelos locais/municípios oferecidos, passando a figurar na 111ª colocação. Por essa razão, tendo sido autorizadas somente mais 5 (cinco) nomeações para o Estado de Mato Grosso, fora alcançada apenas a 110ª posição da lista de aprovados, não havendo direito subjetivo do impetrante à nova nomeação.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, exarando parecer assim ementado (fls. 129/132, e-STJ):

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE ATO ILEGAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. NOMEAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. PRÉTERIÇÃO E EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS. NÃO COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.886 - DF (2011/0291162-1)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
IMPETRANTE : **LÚCIO JÚNIOR BUENO ALVES**
ADVOGADO : **FAUSTINO LOPES DOS SANTOS**
IMPETRADO : **MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA PECUÁRIA E ABASTECIMENTO**
INTERES. : **UNIÃO**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): A hipótese dos autos demanda o exame acerca do direito subjetivo à nomeação de candidato classificado em concurso público além do número de vagas, em decorrência do suposto surgimento de vacâncias durante o prazo de validade do certame, bem como da caracterização desse mesmo direito quando comprovada a preterição dos candidatos pela contratação de trabalhadores temporários para o exercício das mesmas funções.

Em julgamento com repercussão geral (RE 598.099/MS, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10/08/2011), a Suprema Corte fixou o entendimento de que, salvo em situações excepcionalíssimas (sujeitas ao controle por parte do Poder Judiciário), **a Administração tem a obrigação de nomear os candidatos classificados dentro do número de vagas constantes do Edital, analisando, também, na ocasião, o direito à nomeação de candidatos inscritos em cadastro de reserva, nas hipóteses em que forem surgidas novas vagas.**

Nesse ponto, o Supremo fixou o entendimento de que cabe à Administração decidir sobre a forma de gestão dessas vagas, podendo, inclusive extingui-las, conforme juízo de conveniência e oportunidade.

Para melhor compreensão, transcrevo trechos do voto condutor do julgado:

A orientação predominante desta Corte, não obstante, reconheça o direito à nomeação no caso de preterição da ordem de classificação, inclusive quando provocada por contratação temporária.

(...)

A jurisprudência do STF, portanto, tem reconhecido o direito subjetivo à nomeação apenas nas referidas hipóteses: preterição na ordem de classificação e nomeação de outras pessoas que não aquelas que constam da lista classificatória de aprovados no certame público.

(...)

Recentemente, no RE 581.113, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 5.4.2011 e noticiado no Informativo nº 622, a 1ª Turma desta Corte reiterou esse entendimento.

Nesse último caso, o Min. Relator consignou que os recorrentes foram

aprovados fora do número de vagas previstas no edital.

Contudo, por ocasião do surgimento de novas vagas pela Lei 10.842/2004, o TRE de Santa Catarina utilizava-se de servidores cedidos por outros órgãos da Administração.

Assim, nota-se que, nesse caso, o direito subjetivo surgiu em decorrência da preterição, uma vez que havia candidatos aprovados em concurso público. **O que não é admitido é a obrigação da Administração Pública de nomear candidato aprovado fora do número de vagas previstas no Edital, simplesmente pelo surgimento de vaga, seja por nova lei, seja em decorrência de vacância. Como efeito, proceder dessa forma seria engessar a Administração Pública, que perderia sua discricionariedade quanto à melhor alocação das vagas, inclusive quanto a eventual necessidade de transformação ou extinção dos cargos vagos.** (grifei)

(...)

Nessa linha de raciocínio, que segue o caminho dessa nítida evolução da jurisprudência desta Corte, entendo que o dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do Edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança.

(...)

Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve-se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

(...)

Assim, é possível concluir que, 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.

De fato, se o edital prevê determinado número de vagas, a Administração vincula-se a essas vagas (...). Nesse sentido, é possível afirmar que, 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.

Esse direito à nomeação surge, portanto, quando se realizam as seguintes condições fáticas e jurídicas:

- a) previsão em edital de número específico de vagas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados no concurso público;
- b) realização do certame conforme as regras do edital;
- c) homologação do concurso e proclamação dos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, em ordem de classificação, por ato inequívoco e público da autoridade administrativa competente.

O direito à nomeação constitui um direito público subjetivo em face do Estado, decorrente do princípio que a Ministra Carmen Lúcia, em obra doutrinária, cunhou de princípio da acessibilidade aos cargos públicos (ROCHA, Carmen Lúcia. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 143).

(...)

A existência de um direito à nomeação, nesse sentido, limita a discricionariedade do Poder Público quanto à realização e gestão dos concursos públicos. Respeitada a ordem de classificação, a discricionariedade da Administração resume-se ao

momento da nomeação, nos limites do prazo de validade do concurso.

Não obstante, quando se diz que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionais que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público.

Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, uma vez que já preenchidas as condições acima delineadas, **é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características:**

a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público. Pressupõe-se com isso que, ao tempo da publicação do edital, a Administração Pública conhece suficientemente a realidade fática e jurídica que lhe permite oferecer publicamente as vagas para preenchimento via concurso.

b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital. Situações corriqueiras ou mudanças normais das circunstâncias sociais, econômicas e políticas não podem servir de justificativa para que a Administração Pública descumpra o dever de nomeação dos aprovados no concurso público conforme as regras do edital.

c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital. Crises econômicas de grandes proporções, guerras, fenômenos naturais que causem calamidade pública ou comoção interna podem justificar a atuação excepcional por parte da Administração Pública.

d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária. (...)

De toda forma, o importante é que essa recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas seja devidamente motivada e, dessa forma, seja passível de controle pelo Poder Judiciário.

Ressalte-se que o dever da Administração e, em consequência, o direito dos aprovados, não se estende a todas as vagas existentes, nem sequer àquelas surgidas posteriormente, mas apenas àquelas expressamente previstas no edital do concurso. Isso porque cabe à Administração dispor dessas vagas da forma mais adequada, inclusive transformando ou extinguindo, eventualmente, os respectivos cargos. (grifei)

(...)

No que se refere à alegação de indisponibilidade financeira para nomeação de aprovados em concurso, o Pleno afirmou a presunção de existência de disponibilidade orçamentária quando há preterição na ordem de classificação, inclusive decorrente de contratação temporária.

Adotando a mesma linha de entendimento são as decisões monocráticas proferidas no MS 31.790/DF (rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/12/2012) e no MS 31.712 MC/DF, (rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/12/2012).

Considerando a pertinência com o tema ora analisado, transcrevo trecho de recente decisão em que o Min. Luiz Fux, analisando *writ* impetrado por candidato inserido em cadastro de reserva de concurso realizado pelo Ministério Público da União (MS nº 31.933 MC/DF, DJ 23/05/2013), indeferiu a liminar pleiteada pelo autor com base nos seguintes fundamentos:

Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência desta Corte reconhece o direito subjetivo à nomeação apenas aos candidatos aprovados dentro do número de vagas, o que não se aplica ao presente caso, dado que apenas se previa a formação de cadastro de reserva para o cargo em questão. **Assim sendo, a impetrante dispõe de mera expectativa de direito à nomeação para o cargo que surgir após o início do certame, estando sua nomeação condicionada ao exame de critérios de oportunidade e conveniência.** Nesse sentido, confira-se o entendimento desta Corte, firmado no julgamento do RE-AgR 598.099, relator o Ministro Gilmar Mendes... (grifei)

Nesta Corte, destaco os seguintes precedentes que encampam o entendimento que vem sendo trilhado pelo STF:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. Os aprovados em concurso público têm apenas expectativa de direito, em virtude da discricionariedade administrativa, submetendo a nomeação dos candidatos ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, e não viola, destarte, os princípios da isonomia e legalidade. Não há, portanto, qualquer direito líquido e certo aos demais candidatos que, fora das vagas indicadas no edital, seguiram como suplentes na ordem de classificação do certame.

2. Não restaram comprovadas as hipóteses excepcionais como, por exemplo, quando ocorre preterição na ordem de classificação dos candidatos, criação de novos concursos enquanto vigente o anterior, ou na hipótese de contratação de servidores precários para mesmas funções do cargo em que o concurso esteja em andamento.

3. Ainda que novas vagas surjam no período de validade do concurso, - por criação de lei, ou mesmo por força de vacância -, o seu preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 21362/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 18/04/2012)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, têm direito à nomeação os candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital de concurso. Quanto aos demais candidatos, não assiste direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas forem surgindo no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância - cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

2. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 34789/PB, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 25/10/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. **APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO. NOVO CERTAME APÓS EXPIRAÇÃO DO PRAZO DO PRIMEIRO. POSSIBILIDADE.**

1. A aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos

Superior Tribunal de Justiça

aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

2. O surgimento de vaga, dentro do prazo de validade do concurso, não vincula a Administração, que em seu juízo de conveniência e oportunidade, pode aproveitar ou não os candidatos classificados fora do número de vagas previstas no edital.

3. A prorrogação do prazo de validade de concurso é ato discricionário da Administração, sendo descabido o exame quanto à sua conveniência e oportunidade pelo Judiciário.

4. Preenchidas as vagas previstas no edital e expirado o prazo de validade do certame, não há falar em abuso ou desvio de poder referente ao ato que determina a abertura de novo concurso.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 28.915/SP, Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 29/04/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. **APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO. NOVO CERTAME APÓS EXPIRAÇÃO DO PRAZO DO PRIMEIRO. POSSIBILIDADE.**

1. A aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

2. O surgimento de vaga, dentro do prazo de validade do concurso, não vincula a Administração, que em seu juízo de conveniência e oportunidade, pode aproveitar ou não os candidatos classificados fora do número de vagas previstas no edital.

3. A prorrogação do prazo de validade de concurso é ato discricionário da Administração, sendo descabido o exame quanto à sua conveniência e oportunidade pelo Judiciário.

4. Preenchidas as vagas previstas no edital e expirado o prazo de validade do certame, não há falar em abuso ou desvio de poder referente ao ato que determina a abertura de novo concurso.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 26.947/CE, Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 02/02/2009)

A jurisprudência assim caminhava no STJ, em harmonia com o entendimento do STF, quando surgiram julgados mais abrangentes para contemplar duas hipóteses mais, quais sejam, o surgimento de vagas no prazo de validade do concurso, em decorrência de vacância nos quadros funcionais; e a criação de novas vagas por lei, para ampliação dos quadros.

Entendo pertinente e necessário o alinhamento da jurisprudência, voltando-se ao que era antes, dentro do parâmetro fixado em repercussão geral pela Corte maior, para reconhecer o direito subjetivo à nomeação somente dos candidatos aprovados dentro do número de vagas inicialmente previsto no instrumento convocatório, restando à Administração o exercício do seu poder discricionário para definir pela conveniência de se nomear os candidatos elencados em cadastro de reserva.

Superior Tribunal de Justiça

Neste ponto, friso que a Primeira Turma do STJ, em recentes julgados, têm seguido a linha de entendimento defendida neste voto, na esteira do que vem decidindo a Suprema Corte:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO PARA CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO.**

1. Os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, nos termos do RE 598.099/MS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 38.892/AC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 19/04/2013)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS SUPERVENIENTES AO EDITAL.

Surgindo novas vagas durante o prazo de validade do concurso, a nomeação dependerá do interesse da Administração Pública em preenchê-las. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS 37.745/RO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 07/12/2012)

Por fim, chamo a atenção para um fato que entendo relevante e que subsidiou a Primeira Seção do STJ, em precedente isolado, a firmar o entendimento de que os candidatos inseridos em cadastro de reserva teriam direito subjetivo à nomeação nas vagas que surgiram no decorrer do período de validade do certame.

Naquela assentada (MS 19.884/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 14/05/2013) a Primeira Seção concedeu a segurança para assegurar a nomeação de candidato inserido em cadastro de reserva na vaga aberta em razão de falecimento de servidor. O citado precedente da Seção traz em sua ementa um aresto de minha relatoria (RMS 32.105/DF, DJ 30/08/2010), dando a entender que o recurso ordinário teria sido provido para garantir o direito dos candidatos inseridos em cadastro de reserva à nomeação nas vagas que surgiram, em decorrência de lei ou de vacância dos cargos, durante o prazo de validade do certame.

Ocorre que no julgamento do citado recurso ordinário por mim relatado o edital do concurso público previa 05 (cinco) vagas para o cargo de Analista de Administração Pública, além da formação do cadastro de reserva. A Administração, por meio de Decreto, convocou 45 (quarenta e cinco) candidatos e, posteriormente, mais 37 (trinte e sete) candidatos inseridos no cadastro de reserva, sendo que desses 37 (trinta e sete), 05 (cinco)

Superior Tribunal de Justiça

convocados não chegaram a tomar posse em razão de pedido de desistência.

O recurso ordinário, então, foi interposto por candidatos que, inseridos em cadastro de reserva, seriam beneficiados com as mencionadas desistências.

Naquele precedente de minha relatoria, votei (no que fui acompanhada pelos Ministros da Segunda Turma) pelo provimento do recurso por entender que a Administração, a partir do momento em que externou a necessidade de provimento de 37 (trinta e sete) novas vagas demonstrou a existência de previsão orçamentária e conferiu aos candidatos inseridos no cadastro de reserva o direito subjetivo à nomeação até o limite das vagas disponibilizadas por meio de Decreto.

Vê-se, portanto, a nítida ausência de similitude fática entre o caso examinado naquela assentada pela Primeira Seção e o julgado de minha relatoria citado na ementa do precedente.

Com isso, posicionado o autor em classificação além do número de vagas previstas no edital, conclui-se não fazer ele jus ao direito subjetivo à nomeação somente com base na afirmação de que surgira vacâncias em quantitativo suficiente para alcançar sua colocação, na medida em que seria detentor de mera expectativa de direito, condicionada sempre à conveniência e oportunidade da Administração para o preenchimento dos cargos.

Em relação à suposta preterição do autor pela contratação de trabalhadores em caráter temporário, decorrente de termo de cooperação com a Prefeitura Municipal de Araputanga - MT (fls. 55/60, e-STJ), como bem salientou o Ministério Público, a minuta acostada aos autos referente ao ajuste não se encontra assinada, não conferindo certeza acerca da efetiva celebração do acordo. Outrossim, a responsabilidade pelo ato, *in casu*, não pode ser atribuída à autoridade apontada como coatora, na medida em que a minuta referente ao termo de cooperação apresenta como signatário, na condição de autoridade representativa do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, o Delegado Federal em Mato Grosso, pelo que, nesse ponto, restaria ausente a legitimidade passiva *ad causam* do impetrado.

Por essa razão, em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a preterição pode caracterizar o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público, no caso em apreço essa condição não restou devidamente materializada, pendente, por conseguinte, de prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito vindicado.

Superior Tribunal de Justiça

Com essas considerações, **denego a segurança.**

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0291162-1

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 17.886 / DF

PAUTA: 26/06/2013

JULGADO: 14/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LÚCIO JÚNIOR BUENO ALVES

ADVOGADO : FAUSTINO LOPES DOS SANTOS

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA PECUÁRIA E
ABASTECIMENTO

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:

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora denegando a segurança, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques. Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Ari Pargendler."

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.886 - DF (2011/0291162-1)

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VAGAS E DE PRETERIÇÃO. CARÊNCIA DE PROVAS. DESCUMPRIMENTO DE REQUISITO PROCESSUAL. DENEGACÃO DA SEGURANÇA.

1. A prova pré-constituída das alegações deduzidas em ação de mandado de segurança constitui requisito de desenvolvimento válido e regular do processo mandamental cuja ausência acarreta a denegação da ordem.
2. *In casu*, tratando-se de pretensão de nomeação para cargo público para o qual foi aprovado em concurso público, cumpria ao Impetrante comprovar o alegado surgimento de vagas e, além disso, sua preterição em favor da contratação de servidores temporários para o desempenho das mesmas funções.
3. Mandado de segurança denegado.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: O mandado de segurança foi impetrado contra ato imputado ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, a quem o impetrante atribuiu a prática de ilegalidade consistente na preterição de sua nomeação em favor da contratação de servidores temporários para o desempenho das mesmas funções públicas do cargo para o qual foi aprovado em concurso público.

Neste caso concreto, o Impetrante afirma haver sido aprovado no concurso público para o cargo de Agente de Inspeção Sanitária e Industrial de Produtos de Origem Animal, do quadro do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, tendo concorrido para uma das 55 (cinquenta e cinco) vagas de ampla concorrência destinadas ao Estado do Mato Grosso e se classificado em 65.º (sexagésimo quinto) lugar, esclarecendo que em tal posição considerava-se aprovado porque o item 9.1 do Edital (e-STJ fl. 25) dispunha que seriam considerados como tal os candidatos mais bem classificados até o limite de duas vezes o número de vagas por unidade federativa.

Assim, eram 55 (cinquenta e cinco) vagas para os 110 (cento e dez) candidatos mais bem classificados.

Superior Tribunal de Justiça

O impetrante afirma ter sido convocado para nomeação e posse, tendo optado, no entanto, conforme lhe permitia o Item 11.7 do edital, por figurar na lista final de aprovados porque pretendia a lotação no Município de Araputanga, no Mato Grosso, mas quando foi nomeado pela primeira vez não era possível essa lotação.

Ocorre, no entanto, que teria tomado ciência supervenientemente do surgimento de vagas para tal municipalidade e da celebração de termo de cooperação técnica entre o Município de Araputanga e a unidade local da Delegacia Federal de Agricultura para a contratação, sem concurso público, de 21 (vinte e um) agentes de inspeção sanitária.

Em vista disso e de afirmar o impetrante ter havido sucessivas vacâncias do referido cargo naquela municipalidade — por força de pedidos de transferência, de remoção para outras unidades federativas e, ainda, de exoneração de servidores —, alegou ser preterido no seu direito líquido e certo à nomeação, isso justificando a impetração da ação mandamental.

Após o indeferimento da liminar, a autoridade impetrada informou que foram nomeados os candidatos classificados até a 110.^a (centésima décima) colocação, não sendo possível a nomeação do impetrante porque alocado, por ato de vontade própria, acima desse patamar e porque, a esse respeito, a jurisprudência deste Tribunal Superior não reconheceria ao candidato nenhum direito líquido e certo, sem prejuízo de que o Ministério do Planejamento teria obstado qualquer nomeação adicional.

O Ministério Público Federal lançou parecer pela denegação da segurança, em razão da **falta de comprovação do ato ilegal e da inexistência de provas das alegações**.

Sua Excelência, a Ministra Eliana Calmon, a quem incumbiu a relatoria da ação, propugnou pela denegação da ordem por não haver direito líquido e certo do candidato aprovado fora do número de vagas previsto em edital ou em concurso para a formação de cadastro de reserva ou, ainda, em situação em que a vacância tenha surgido no transcurso do prazo de validade do edital, indicando a Em. Relatora a necessidade de adequação da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aos termos em que ficou pacificada, sobre o mesmo tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o julgamento do **RE 598.099/MS**, relator o Em. Ministro Gilmar Mendes.

Superior Tribunal de Justiça

Pedi vista dos autos para melhor exame do caso concreto.

É o relatório.

Em que pese o judicioso voto da Senhora Relatora, tem-se que o deslinde da causa não exige que se avance sobre o mérito da existência ou não do direito líquido e certo porque, como bem destacado no parecer do Ministério Público Federal, a ação ressent-se da falta de prova pré-constituída das alegações iniciais.

O caso, portanto, é realmente de denegação da ordem, como bem proposto pela Relatora, mas sem a necessidade da perscrutação empreendida por si.

Com efeito, a causa de pedir deduzida pelo Impetrante reconhece ter ele sido alocado, por vontade própria, fora da lista de aprovados e classificados no concurso público para o cargo de Agente de Inspeção Sanitária e Industrial de Produtos de Origem Animal, porque pretendia a lotação no município onde reside, o de Araputanga, no Estado do Mato Grosso, mas na ocasião da sua primeira nomeação isso não era possível.

Sua pretensão mandamental de nomeação perpassa também pela alegação de que haveria vagas para o acolhimento disso e de que o Ministério da Agricultura, por intermédio de Delegacia Federal de Agricultura, estaria a contratar temporariamente, sem concurso público, terceiros para o desempenho da mesma função, então caracterizando-se sua preterição.

Ocorre, no entanto, que nenhuma dessas premissas fáticas foi efetivamente comprovada com os documentos carreados com a inicial, os quais limitaram-se em sua maioria a evidenciar a submissão do Impetrante ao concurso, a sua classificação e a sua posterior realocação no fim da lista de classificados.

Observa-se, nesse diapasão, que o Impetrante juntou com a petição inicial seus documentos pessoais (e-STJ fls. 16/19), o edital de abertura do concurso (e-STJ fls. 20/32), o edital do resultado final do concurso (e-STJ fls. 33/38), o edital de homologação do concurso (e-STJ fls. 39/41), a portaria de prorrogação do prazo de validade do concurso (e-STJ fls. 42/43), a portaria de sua nomeação (e-STJ fls. 44/47), o seu requerimento para figurar no fim

Superior Tribunal de Justiça

da lista de aprovados (e-STJ fls. 48/50), a portaria que acolheu esse requerimento (e-STJ fls. 51/53) e a portaria que nomeou candidatos até a posição 105 (cento e cinco) da lista de classificados (e-STJ fls. 61/63).

Nada disso tem força probatória, no entanto, para indicar tenha havido surgimento de vagas ou preterição do impetrante para a nomeação no aludido cargo público, não se podendo extrair de tal cabedal o direito líquido e certo vindicado.

Quadra ressaltar, por outro lado, que às fls. 54/60 o Impetrante colacionou documento que trataria de proposta de cooperação técnica entre o Município de Araputanga e a Delegacia Federal de Agricultura do Estado do Mato Grosso para a contratação de vinte e um agentes de inspeção para desempenhar essas funções na Secretaria de Inspeção Federal (SIF) daquela municipalidade.

Tal documento, que poderia ensejar um *início* de prova da causa de pedir mandamental, não passa, no entanto, de elemento probatório apócrifo, vez que não tem data assinalada, qualificação dos partícipes ou assinatura de quem os representa, não se prestando nem mesmo a indicar, com veemente veracidade, se realmente havia ou não a vontade administrativa de ambos os entes para a celebração de semelhante ajuste.

Assim, o Impetrante não se desincumbiu de, no processo mandamental, fazer prova pré-constituída de suas alegações, por isso sendo o caso de denegação da ordem por essa omissão:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REFÚGIO. ATO DO MINISTRO DA JUSTIÇA. INDEFERIMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO EM FACE DA DECISÃO DO CONARE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA (CÓPIA DAS DECISÕES DO CONARE E DO RECURSO ADMINISTRATIVO).

1. Trata-se de mandado de segurança ajuizado por Ali Maqsood em face de ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça consubstanciado no indeferimento de recurso administrativo interposto em face de decisão do Conare que lhe negou a condição de refugiado.

2. Aduz, em síntese, para caracterizar seu direito líquido e certo, que, por ter se casado com mulher de grupo religioso diferente do seu, tem receio de ser perseguido acaso seja obrigado a retornar a seu país de origem (o Paquistão) - especialmente porque, depois que o impetrante negou apoio a grupo ativista local, sua residência foi alvo de ataques sistematizados, dos quais resultaram a morte de seu pai e de outros integrantes de sua família - e, que, nestas condições, requereu o reconhecimento do status de refugiado.

Superior Tribunal de Justiça

3. Postulou a concessão de liminar, e, para configurar o perigo na demora, informou que foi comunicado do indeferimento de seu recurso administrativo em 24.6.2011 e que corre risco de sofrer danos irreparáveis se seu retorno for levado a cabo. O pedido liminar não foi avaliado porque houve denegação da segurança.

4. A concessão da condição de refugiado, conquanto se releve, sem dúvida, uma manifestação da soberania brasileira, pode ser sindicável junto ao Judiciário, na qualidade de ato administrativo. Esta foi a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal nos autos da Extradicação n. 1.085, com superação do precedente que informava a matéria anteriormente (caso Padre Medina).

5. Contudo, para que o Judiciário possa se manifestar na esfera de um mandado de segurança, imperiosa é a formação dos autos na forma delimitada pelo art. 1º da Lei n. 12.016/09, que exige que o direito em jogo seja marcado pela liquidez e certeza, as quais, por sua vez, estão configuradas pela necessidade de prova pré-constituída.

6. Na espécie, embora a pretensão do impetrante constitua pedido juridicamente possível e que esta Corte Superior seja competente, em princípio, para processar e julgar o feito, tendo em conta a prerrogativa de foro da autoridade coatora, não há, nos presentes autos, prova do ato coator, com seu inteiro teor.

7. A cópia dos inteiros teores da decisão do Conare e da posterior decisão de indeferimento do recurso administrativo interposto junto ao Ministro de Justiça é essencial para que se possa avaliar eventual ilegalidade do ato à luz da Lei n. 9.474/97 e dos princípios de direito que regulam o instituto humanitário do refúgio.

8. Sem tais peças, é impossível avaliar o pleito mandamental de forma equilibrada, por ausência de prova pré-constituída.

9. Sustenta a parte agravante que não juntou os atos que negaram o refúgio porque a eles não teve acesso e que é a falta de fundamentação para a negativa que justificou a impetração da segurança.

10. Nada obstante, é de se observar, a partir de uma simples leitura da inicial, que o fato de a parte não ter tido acesso às decisões administrativas de indeferimento do pedido de refúgio claramente não é objeto da presente impetração, que se volta unicamente contra a ilegalidade, no mérito, do indeferimento do pedido formulado em sede administrativa.

11. Ainda que assim fosse, deveria haver prova de que houve requerimento para acesso aos documentos do procedimento administrativo junto às autoridades competentes, prova esta que, novamente, não existe nesses autos - aliás, em tese, se assim fosse, seria outra a medida cabível.

12. Ora, se a parte recorrente formulou recurso administrativo, teve contato, no mínimo, com a decisão do Conare que impugnou, e ao menos este ato deveria ter sido juntado aos autos, uma vez que ele foi mantido por decisão posterior do Ministro da Justiça.

13. Por fim, para a aplicação dos arts. 7º, inc. I, e 6º, § 1º, da Lei n. 12.016/09, é necessário ao menos um indício de ilegalidade, que, reitero, não se vislumbra nestes autos, justamente porque não se sabe os limites e conteúdo da decisão que indeferiu o recurso administrativo.

14. A falta de prova pré-constituída é, pois, evidente.

15. Agravo regimental não provido.

(AgRg no MS 17.612/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 18/11/2011)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ENFERMEIRA. CANDIDATA APROVADA NO CERTAME. CONVOCAÇÃO E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. EDITAL.

Superior Tribunal de Justiça

AUSÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de Justiça piauiense julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, por ausência de prova pré-constituída, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009.

2. Com efeito, o STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

3. Todavia, in casu, não há nos autos cópia do edital de abertura do concurso, com o número de vagas oferecidas, nem a devida documentação acerca das supostas contratações temporárias. Há apenas a posição da candidata-recorrente na comarca para a qual concorreu.

4. Desse modo, não se verificam razões a ensejar revisão do julgado, que corretamente entendeu inexistir prova pré-constituída, condição de procedibilidade do Mandado de Segurança, com base no art. 6º da Lei 12.016/2009.

5. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 34.369/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 24/10/2011)

ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. LEI ESTADUAL 14.226/2002. TRABALHO DE VIGILÂNCIA REALIZADO NO DEPÓSITO DE REJEITOS RADIOATIVOS DO CÉSIO 137. NÃO INDICAÇÃO DA NATUREZA DA MOLÉSTIA CONTRAÍDA. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Nos termos da Lei Estadual 14.226/2002, é imprescindível a comprovação do nexo de causalidade entre a doença e a exposição ao elemento radioativo, para fins de pagamento da pensão especial.

2. A documentação trazida aos autos não permite juízo de certeza quanto aos fatos alegados na impetração, razão pela qual forçoso reconhecer a falta de prova pré-constituída necessária ao reconhecimento do direito afirmado no mandado de segurança.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 33.321/GO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 30/09/2011)

Assim sendo, **denego o mandado de segurança** por ausência de prova pré-constituída, concordando com o desfecho processual propugnado pela Ministra Relatora.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0291162-1

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 17.886 / DF

PAUTA: 26/06/2013

JULGADO: 11/09/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LÚCIO JÚNIOR BUENO ALVES

ADVOGADO : FAUSTINO LOPES DOS SANTOS

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA PECUÁRIA E
ABASTECIMENTO

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:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques (voto-vista), Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora.