



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
Nº 1071-22.2010.6.13.0000 – CLASSE 36 – BELO HORIZONTE – MINAS
GERAIS**

Relator: Ministro Marcelo Ribeiro

Agravante: Analucia Imaculada Osorio Camargos

Advogado: Jaison Osvaldo Della Giustina

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TERCEIRIZADO. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS. FUNDAMENTOS INATACADOS. SUMULA Nº 182/STJ. DESPROVIMENTO.

1. O direito líquido e certo à nomeação abarca somente os candidatos aprovados dentro do limite de vagas previsto no edital, subsistindo aos abrangidos pelo cadastro de reserva uma expectativa de direito, que somente se convola em direito caso se demonstre, além da inequívoca necessidade do serviço, a existência de vagas para o cargo.

2. O empregado terceirizado não ocupa cargo público efetivo, não sendo suficiente, para a demonstração do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas, a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame. Impõe-se que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados.

3. Fundamentos inatacados (Súmula nº 182/STJ).

4. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral,

h

por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 30 de agosto de 2011.



MINISTRO MARCELO RIBEIRO - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, Analucia Imaculada Osorio Camargos impetrou mandado de segurança com pedido de liminar em desfavor do Desembargador Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG) e da servidora terceirizada Maura Fátima da Silva, arguindo, em síntese, que:

a) foi aprovada no concurso público para o quadro do TRE/MG no cargo de Técnico Judiciário – Área Administrativa – Artífice de Artes Gráficas, tendo obtido a quarta colocação;

b) os três primeiros colocados já foram nomeados para o cargo em questão, sendo a agravante a próxima a ocupar eventual vaga;

c) em janeiro de 2010, tomou ciência de que havia pessoal terceirizado contratado pelo tribunal para realizar as mesmas atribuições definidas no edital do certame;

d) desse modo, uma vez patente a necessidade do serviço e estando dentro do prazo de validade do concurso, deveria ter direito à nomeação.

O pedido de liminar foi indeferido e a impetração denegada pelo TRE/MG, em acórdão assim ementado (fl. 93):

Mandado de Segurança. Pedido de liminar. Concurso Público. Direito à nomeação. Contratação de servidor terceirizado.

A nomeação de servidor público, aprovado em concurso público, requer a conjugação de dois elementos: necessidade do serviço e cargo vago na estrutura do órgão.

A contratação de servidor terceirizado deixa clara a necessidade do serviço. No entanto, inexistindo cargo vago na estrutura da Administração, não se configura o direito à nomeação.

Terceirização que pode configurar irregularidade no âmbito dos contratos.

Questão que deve ser devidamente analisada.

Extração de cópia do feito para a remessa ao Ministério Público.

Ordem denegada.



Seguiu-se a interposição de recurso ordinário, em que Analucia Imaculada Osório Camargos afirmou que existe uma vaga para o cargo ao qual concorreu no Tribunal de origem e que está sendo ocupada pela segunda impetrada.

Sustentou que a contratação de terceirizados para o desempenho da mesma atividade para a qual a impetrante foi aprovada no certame faz nascer o seu direito líquido e certo à nomeação.

Argumentou que (fl. 114):

[...] a pretensão da Impetrante foi denegada ao argumento de que não havia cargo vago a ser preenchido na especialidade artes gráficas. Contudo, a Impetrante participou do certame para o Cargo Técnico Judiciário, ao qual existe vaga.

Nessa senda, bastaria o Presidente do Tribunal Regional Eleitoral criar a especialidade artes gráficas, uma vez que havia pessoa terceirizada exercendo a função de brochurista.

Ressaltou que (fl. 114):

[...] dias após o primeiro julgamento o Presidente do Tribunal Eleitoral de Minas Gerais emitiu a Portaria 057/2010, alterando o anexo I da Portaria nº 1.533/2007, para constar a transformação de 1 (um) cargo de Técnico Judiciário, Apoio Especializado, Especialidade Assistência a Microinformática e 01 (um) cargo de Técnico Judiciário, Área Administrativa, Especialidade Eletricidade e Telecomunicações em 02 (dois) cargos de Técnico Judiciário, Área Administrativa [...].

Deduziu, por fim, que essa mesma medida poderia ser tomada em relação ao caso dos autos.

A d. Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 142-147).

Em 21.6.2011, neguei seguimento ao recurso ordinário (fls. 149-155).

Adveio então o presente agravo regimental (fls. 157-165), em que Analúcia Imaculada Osório reafirma que o c. Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão no agravo regimental no REspe nº 1124373, pacificou, à unanimidade, que a mera expectativa de direito à nomeação por aprovado em concurso cujo prazo de validade ainda esteja em vigor, transforma-se em



direito subjetivo do candidato de ser nomeado, quando preterido por contratação de servidores temporários.

Assevera, ainda, que o referido julgado, por si só, modifica frontalmente a fundamentação utilizada na decisão hostilizada ao negar seguimento ao recurso, que deve ser conhecido e provido.

Em 16.8.2011, a agravante peticiona nos autos para “requerer o provimento do recurso, aduzindo o recentíssimo julgamento do Supremo Tribunal Federal de 10/08/2011 em que no RE 598099, da lavra do Exmo. Ministro GILMAR MENDES, com efeito de Repercussão Geral, decidiu que **a administração é obrigada a nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas em edital**” (fl. 169).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Senhor Presidente, está na decisão agravada (fls. 151-155):

Inicialmente, observo que a impetrada Maura de Fátima da Silva não pode figurar no polo passivo como autoridade coatora, consoante pretendeu a ora impetrante (fl. 2), por tratar-se de funcionária terceirizada.

Uma vez que a Corte Regional não se pronunciou quanto à questão, acolho manifestação do Órgão Ministerial e determino a extinção do processo sem resolução do mérito em relação à segunda impetrada, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09¹ c.c.o art. 267, VI, do CPC².

No mérito, o apelo não merece provimento. 

¹ Lei nº 12.016/09.

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

[...]

§ 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

² CPC.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

É cediço que os candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito, competindo à Administração Pública, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

Conforme entendimento pacificado da jurisprudência dos Tribunais Superiores, tal expectativa de direito à nomeação somente se convola em direito líquido e certo caso se demonstre, além da inequívoca necessidade do serviço, a existência de vagas para o cargo, não sendo suficiente para tanto a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame.

A propósito, destaco o seguinte julgado oriundo do c. Superior Tribunal de Justiça, aplicável à espécie:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES A TÍTULO PRECÁRIO. QUEBRA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O candidato aprovado em concurso publico fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições.

2. Não é a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação. Impõe-se que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados. (Grifei)

3. Se a Administração preencheu as vagas existentes de cargos de provimento efetivo de acordo com a ordem classificatória do concurso público e, além disso, contratou terceiros de forma temporária, presume-se que há excepcional interesse público a demandar essa conduta, razão por que não se pode entender tenha atuado de forma ilegal ou mediante abuso de poder.

4. Recurso ordinário não provido.

(RMS nº 33.315/AP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE de 23.2.2011).

No caso dos autos, a impetrante, aprovada acima do número de vagas previstas no edital, ainda que presente a necessidade de serviço, não demonstrou a existência de cargo vago na Administração, não havendo se falar, portanto, em direito líquido e certo à sua nomeação.



Com efeito, mesmo que se entenda pela irregularidade da contratação de empregado terceirizado no âmbito do Tribunal de origem, tal condição não gera, no caso concreto, o direito a nomeação da impetrante, pois, como visto, há que existir, além da necessidade do serviço, presente na espécie, a existência de cargo vago, o que, todavia, não se verificou.

Efetivamente, o empregado terceirizado não ocupa cargo público, ainda que desempenhe atividade atribuída a cargo próprio do quadro da Administração Pública, circunstância que, ao contrário do que faz entender a recorrente, não tem o condão de transformar o vínculo contratual estabelecido em estatutário.

Por outro lado, quanto ao argumento de que, demonstrada a necessidade do serviço, deveria o presidente do Tribunal *a quo* criar a especialidade artes gráficas, uma vez existente cargo vago de Técnico Judiciário – Área Administrativa naquele órgão, colho dos fundamentos exarados pelo acórdão regional, inatacados pela recorrente (fls. 97-98):

Aos Presidentes dos Tribunais Eleitorais é conferida a prerrogativa de alterar a área de atividade e/ou as especialidades dos cargos vagos do quadro de pessoal dos Tribunais, desde que atendidos alguns requisitos, conforme regulamenta a Resolução nº 20.572/2000/TSE que assim dispõe:

Art. 10. Compete ao Presidente dos Tribunais Regionais Eleitorais, no âmbito de suas competências:

I – fixar a lotação dos cargos efetivos;

II – aprovar alteração de área de atividade ou a criação de novas especialidades, nos casos previstos no art. 4º desta Resolução;

III – aprovar a descrição das atribuições das funções comissionadas;

Já o artigo 4º prescreve, vejamos:

“Art. 4º. Poderá ocorrer alteração de área de atividade e/ou de especialidade dos cargos vagos e dos que vagarem após a transformação, desde que relativamente ao cargo a ser alterado:

I – inexistir concurso público em andamento, assim considerado aquele cujo edital de homologação do resultado ainda não tenha sido publicado na imprensa oficial da União; ou

II – tenham sido totalmente preenchidas as vagas previstas no edital, existindo concurso público com prazo de validade em vigor.

Parágrafo Único. A Administração poderá criar novas especialidades para atender as necessidades do serviço.”

Dessa forma, apesar de prevista a prerrogativa de se alterar a área de atividade e a especialidade dos cargos vagos dos Tribunais Eleitorais – o que poderia ser feito neste caso, já que



constatada a necessidade de um servidor para desempenhar as funções de brochurista – o Presidente deste Tribunal não se enquadra autorizado a efetivar essa alteração. Isso porque, ainda não foram preenchidas todas as vagas previstas no Edital nº 1/2008 de concurso público publicado por este Tribunal e o concurso ainda se encontra em vigor.

Diante do exposto, nego seguimento ao recurso, nos termos do art. 36, § 6º, do RITSE.

O agravo não merece provimento.


Em suas razões recursais, a agravante não impugnou quaisquer dos fundamentos da decisão hostilizada, fazendo incidir o óbice sumular nº 182/STJ.

Ainda que ultrapassada a questão, cumpre registrar a inaplicabilidade ao caso dos arestos ora invocados.

No que pertine ao AgRg no REsp nº 1124373/RJ, de 1.7.2011, de rel. do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado pela 5ª turma do STJ, e ainda pendente de embargos, assinalo a ausência de similitude com a hipótese dos autos.

Enquanto no julgado em referência a realização de processo seletivo simplificado para a contratação de servidores temporários no âmbito da Administração Pública revelou flagrante preterição daquele que, aprovado em concurso ainda válido, estaria apto a ocupar o cargo existente, no caso em tela, a impetrante, aprovada fora do número de vagas previstas no edital, ainda que presente a necessidade de serviço, ante a contratação de terceirizado para o desempenho de atividade congênere, não demonstrou a existência de cargo vago na Administração, não havendo se falar, portanto, em direito líquido e certo à sua nomeação.

Conforme registrei anteriormente, o empregado terceirizado não ocupa cargo público efetivo, não sendo suficiente, para a demonstração do direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação, a simples contratação de terceiros no prazo de validade do certame. Impõe-se que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento desocupados.



Nesse sentido, destaco outro julgado do c. STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. PESSOAL TERCEIRIZADO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ABERTURA DE VAGAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O mandado de segurança originário pleiteia a nomeação de candidatos aprovados para o cadastro de reserva, porquanto existiriam funcionários terceirizados realizando tarefas concernentes aos pretendidos cargos.

2. O direito líquido e certo à nomeação abarca somente os candidatos aprovados dentro do limite de vagas, tal como previsto inicialmente no edital; aos abrangidos pelo cadastro de reserva resiste uma expectativa de direito e a vedação à preterição.

3. No caso concreto, não ficou demonstrada a abertura de novas vagas para o provimento, ou a vacância daquelas já existentes. A ocorrência de pessoal precário - a desempenhar funções - não abre a possibilidade legal de nomeação, porquanto não cria vagas, nem as desocupa. Precedente: RMS 31.785/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, *DJe* 28.10.2010. (Grifei)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS nº 32094/TO, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* de 14.2.2011).

No tocante ao recente julgado proferido pelo STF nos autos do RE nº 598099, de rel. do Min. GILMAR MENDES, em que reconhecida a existência de direito líquido e certo à nomeação de candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas no edital do certame, a toda evidência, não se amolda ao caso dos autos, uma vez que a agravante, como frisado, não foi aprovada dentro do número de vagas, tal como previsto no edital.

Ante o exposto, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



EXTRATO DA ATA

AgR-RMS nº 1071-22.2010.6.13.0000/MG. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. Agravante: Analucia Imaculada Osorio Camargos (Advogado: Jaison Osvaldo Della Giustina).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia, Nancy Andrighi e Laurita Vaz, os Ministros Marco Aurélio, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e a Vice-Procuradora-Geral Eleitoral, Sandra Cureau.

SESSÃO DE 30.8.2011.