RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 59.231 - MG (2018/0289557-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE	:	ALINE MARTINS VELOSO
RECORRENTE	:	CALLINE MARCELINO TEIXEIRA
RECORRENTE	:	CLAUDELICE ALMEIDA ARAUJO
RECORRENTE	:	JAQUELINE APARECIDA DE OLIVEIRA
RECORRENTE	:	LECI PEREIRA GUEDES
RECORRENTE	:	LEIDIANE MARTINS TRINDADE
RECORRENTE	:	LEILIAN LETICIA LEITE SENA
RECORRENTE	:	LELIANE SOARES ALVES
RECORRENTE	:	SUENIA APARECIDA MARQUES BORGES DA SILVA
RECORRENTE	:	TATIANY MARTINS TRINDADE
ADVOGADO	:	BETHÂNIA GUIMARÃES COSTA E SILVA - MG089885
RECORRIDO	:	ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR	:	RODRIGO PERES DE LIMA NETTO E OUTRO(S) - MG065776

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por **ALINE MARTINS VELOSO e OUTROS**, com base no art. 105, II, b, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 858e):

> ***DIREITO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO – CANDIDATOS CLASSIFICADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO – NOMEAÇÃO PRETERIDA DE FORMA ARBITRÁRIA E IMOTIVADA – NÃO CONFIGURAÇÃO – AUSÊNCIA DE ATO ILEGAL – SEGURANÇA DENEGADA.***
> *- Considerando que os impetrantes foram classificados além do número de vagas previsto no edital, não há como falar em direito líquido e certo à nomeação.*
> *- Se novo cargo é criado, ou se algum cargo já existente fica vago durante o prazo de validade do concurso, a Administração, se necessitar e tiver condição de preenchê-lo ainda no período de vigência do certame, deve nomear os candidatos classificados além de número de vagas previstas no edital, observando a ordem de classificação. Todavia, nesse tipo de situação, não há como falar em direito subjetivo de nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, pois o*

preenchimento das novas vagas depende de vários fatores, inclusive da análise de questões orçamentárias.

As Recorrentes relatam, em síntese, que participaram de concurso público para provimento de 3 (três) cargos de Professor de Educação Básica – Anos iniciais do Ensino Fundamental (Edital SEPLAG/SEE n. 01/2011), destinadas ao Município de Buritizeiro/MG, logrando classificação fora do número inicial de vagas.

Sustentam haver necessidade de contratação de pessoal, pela Administração Pública, que "deveria, entretanto, ter criado novos cargos efetivos para priorizar os candidatos que foram devidamente aprovados e, somente após a convocação de todos esses excedentes, é que poderia, eventualmente, realizar contratações temporárias" (fl. 944e).

Argumentam existir "burla à exigência constitucional talhada no art. 37, II da CRFB/88, o que demonstra que a razoabilidade e a moralidade que regem a atividade administrativa não estarão atendidas neste caso, se as Recorrentes forem preteridas à posse nos cargos em questão" (fls. 944/945e).

Alegam, nesse contexto, possuírem direito líquido e certo à nomeação, porquanto configurada a preterição de candidatos aprovados, a partir do surgimento de novos cargos vagos, os quais estão sendo preenchidos por professores designados,

Com contrarrazões (fls. 963/977e), subiram os autos a esta Corte, admitido o recurso na origem.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 996/1.000 e pelo improvimento do recurso.

Feito breve relato, decido.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 34, XVIII, *b*, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar provimento a recurso ou pedido contrário à tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral (arts.

1.036 a 1.041), a entendimento firmado em incidente de assunção de competência (art. 947), à súmula do Supremo Tribunal Federal ou desta Corte ou, ainda, à jurisprudência dominante acerca do tema, consoante Enunciado da Súmula n. 568/STJ:

> *O Relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*

Extrai-se dos autos que a Recorrente participou do Concurso Público de Edital SEPLAG/SEE Nº 01/2011, para o cargo de Professor de Educação Básica -PEB nível I, grau A – Anos Iniciais, para a localidade de Buritizeiro-MG tendo sido aprovadas nas seguintes classificações : 13º (décima terceira), 14º (décima quarta), 15º (décima quinta), 17º (décima sétima), 18º (décima oitava), 19º (décima nona) e 20º (vigésima).

Entendem as Recorrentes fazerem jus à nomeação, porquanto ocupadas irregularmente as vagas existentes com profissionais designados, bem como contratações temporárias, em afronta direta ao direito dos concursados.

Ao analisar a documentação juntada aos autos, o tribunal de origem consignou a sua insuficiência para provar o direito alegado, uma vez não evidenciada a existência de vagas no quadro efetivo em quantidade suficiente para a convocação da Recorrente, nem que as contratações precárias apontadas violaram o art. 37, IX, da Constituição da República.

Asseverou, ainda, que a contratação temporária não enseja obrigatoriedade em nomear candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, destacando que aqueles que se encontram excluídos desse quantitativo de vagas estipuladas em edital não possuem direito líquido e certo à nomeação.

Transcrevo, por oportuno, os seguintes excertos do acórdão recorrido (fls. 874/888e):

> *Em primeiro lugar, é importante salientar que candidatos classificados em concurso público além do número de vagas previstas no edital não têm direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito.*
> *O direito subjetivo à nomeação só existe em relação aos candidatos que são aprovados dentro do número de vagas, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 598.099.*
> *As impetrantes, para fundamentar o pleito, alegaram a existência de 20*

cargos vagos, que seriam preenchidos por designados.
Ocorre que há a possibilidade de os designados estarem somente substituindo temporariamente servidores efetivos, o que, obviamente, impede a nomeação de outra pessoa para o cargo.
O documento apresentado pela impetrante não esclarece qual seria a razão da vacância do cargo, e se seria ela provisória, em razão, por exemplo, de gozo de licença saúde pelo servidor efetivo que estaria ocupando o cargo.
Ainda que assim não fosse, há outra razão para a denegação da ordem.
É verdade que, se novo cargo é criado, ou se algum cargo já existente fica vago durante o prazo de validade do concurso, a Administração, se necessitar e tiver condição de preenchê-lo ainda no período de vigência do certame, deve nomear os candidatos classificados além do número de vagas previstas no edital, observando a ordem de classificação.
Todavia, nesse tipo de situação, não há como falar em direito subjetivo à nomeação, pois o preenchimento das novas vagas depende de vários fatores, inclusive da análise de questões orçamentárias.
Na verdade, a Administração pode, inclusive, por questão orçamentária, não nomear ninguém para as vagas surgidas ao longo do concurso; e pode até extingui-las.
Ante o exposto, denego a segurança.
Custas, pelas impetrantes; suspensa a exigibilidade, ante o deferimento da gratuidade de justiça.
(...)
Desse modo, entendo que as impetrantes não lograram êxito em demonstrar atos de preterição por parte da Administração que ensejariam no seu direito subjetivo à nomeação.
Uma vez figurando como excedente na lista classificatória, é indispensável a prova de que há declaração de existência de cargo vago e interesse público em sua imediata ocupação em quantidade suficiente a atingir a classificação da requerente.
Diante de tal realidade fática, nos limites do que ficou provado documentalmente, entendo que a hipótese versada neste mandado de segurança não se amolda àquela prevista no item 3 da orientação
(...)
Compulsando os autos, observa-se que o concurso em análise, Seplag/SEE nº 01/2011, promovido pela Administração Pública Estadual, ofereceu 3 (três) vagas para provimento do cargo "Professor de Educação Básica, Nível I – Grau A" , tendo os impetrantes alcançado a 13ª, 14ª, 15ª, 17ª, 18ª, 19ª e 20ª colocação, fora do número de vagas oferecida no certame.
O Edital é a lei do concurso, e, por isso, não cabe à Administração descumprir suas prescrições, sob pena de arbítrio e de ofensa ao princípio da legalidade.
Entretanto, outro é o caso que ora se analisa, porquanto, embora os impetrantes tenham sido aprovados em concurso público, promovido pelo Estado de Minas Gerais, para provimento do referido cargo, não alcançaram o número de vagas oferecidas pelo Edital.

> *Sendo assim, conclui-se que, neste caso, os impetrantes possuem, tão somente, expectativa de direto em relação a uma possível nomeação efetiva, eis que classificados fora do número de vagas oferecidas no edital.*
> *Alegam os impetrantes que haveria, ainda, cargos vagos, ocupados, atualmente, por servidores designados a título precário.*
> *Todavia, a existência de vagas disponíveis além daquelas previstas no Edital, conforme informado pela Secretaria de Estado de Educação, não confere direito à imediata nomeação, pois, o compromisso da Administração Pública é com o provimento das vagas constantes do Edital.*
> *A Administração tem obrigação de preencher as vagas previstas no Edital. Isso significa que a criação de mais vagas durante o prazo previsto no certame, não obriga o ente público a preenchê-las.*
> *(...)*
> *Conforme entendimento exposto na decisão acima, a simples existência de cargos vagos além daqueles previstos no Edital não gera para os classificados no concurso público o direito líquido e certo à nomeação, uma vez que cabe à Administração Pública, na esfera de sua discricionariedade, a análise do cabimento ou não do preenchimento dessas vagas, levando em consideração, dentre outros aspectos, as questões orçamentárias.*
> *Por tudo isso, entendo que não restou demonstrada a existência de preterição arbitrária ou comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação dos impetrantes.*
> *Assim sendo, considerando que os impetrantes foram classificados como excedentes, ou seja, fora do número de vagas previstas no edital do concurso, conclui-se que se mostra inoportuna suas irresignações, no sentido de ver garantido o pretenso direito à efetividade e estabilidade.*

De fato, a jurisprudência desta Corte encampa a orientação de que o cabimento de mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, vale dizer, aquele comprovável mediante prova pré-constituída.

Nesse sentido, de destacada importância os ensinamentos do Professor Hely Lopes Meirelles a respeito da matéria:

> *"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.*

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança ".
(*Mandado de Segurança*, 28ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, pp. 36/37).

Na mesma linha, se posiciona a jurisprudência desta Corte, traduzida nos acórdãos assim ementados:

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO ATO COATOR. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. Direito líquido e certo é aquele que se apresenta manifesto de plano na sua existência, ostentando, desde o momento da impetração, todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício, já que o Mandado de Segurança não comporta dilação probatória. Trata-se, na verdade, de uma condição processual do remédio de rito sumaríssimo que, quando ausente, impede o conhecimento ou admissibilidade do mandamus.
2. Dessa forma, mostra-se defeso na via especial da ação mandamental a juntada posterior de documentos suficientes a comprovar o invocado direito líquido e certo.
3. Agravo Regimental desprovido.
(RCDESP no MS 17.832/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.
1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, em se tratando de mandado de segurança, a prova do direito líquido e certo deve ser manifesta, pré-constituída, apta, assim, a favorecer, de pronto, o exame da pretensão deduzida em juízo, sendo totalmente descabida a juntada de documentos suficientes a comprovar o invocado direito líquido e certo somente em sede recursal.
(...)
4. Embargos de declaração rejeitados.
(EDcl no RMS 37.882/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL

MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013).

Com efeito, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital, em razão de possuir mera expectativa de direito à nomeação, deve demonstrar a existência de cargo efetivo vago em quantidade suficiente para alcançar sua classificação, bem como que houve contratações precárias irregulares em igual número e para realizar as mesmas funções do cargo disputado, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSORES DO QUADRO EFETIVO DO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS NA VIGÊNCIA DO CERTAME. SIMULTÂNEA CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES TEMPORÁRIOS. POSSIBILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE SURGIMENTO DE VAGAS NO QUADRO EFETIVO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

(...)

2. - Nos termos da jurisprudência da Excelsa Corte, "Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação..." (RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03/10/2011).

(...)

4. - No caso concreto, a impetrante, classificada fora do número de vagas em concurso para o quadro de carreira do magistério estadual, sustenta que, tendo havido a concomitante contratação de professores temporários para a mesma função, demonstrada estaria a existência de vagas no correspondente quadro efetivo, ensejando a ilegalidade de sua não nomeação.

5. - A impetrante, contudo, não trouxe prova pré-constituída que evidenciasse o alegado surgimento de vagas dentro do quadro efetivo, não se prestando a essa comprovação a tão só contratação temporária de docentes, sabido que, de acordo com a Constituição Federal (art. 37, IX), a contratação por tempo determinado destina-se a atender situações de "necessidade temporária de excepcional interesse público". Noutros termos, a contratação temporária, só por si, não faz presumir o surgimento de vagas no correlato quadro efetivo, o que faz eliminar possível vestígio de preterição na convocação e nomeação da autora.

6. - Em suma, não demonstrada, na espécie, a ocorrência de ato ilegal ou abusivo que tenha implicado em violação a direito líquido e certo da candidata recorrente, como exigido pelo art. 1º da Lei nº 12.016/09, descabe a concessão da almejada proteção mandamental.
7. - Recurso ordinário a que se nega provimento.
(RMS 33.662/MA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 15/05/2015, destaque meu).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO JULGADO. ACOLHIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE OFICIAL DE APOIO JUDICIAL (CLASSE D). APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS.
1. Os embargos de declaração constituem instrumento processual com o escopo de eliminar do julgamento obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo acórdão ou, ainda, de corrigir evidente erro material, servindo, dessa forma, como instrumento de aperfeiçoamento do julgado (CPC, art. 535). Havendo omissão, impõe-se o seu acolhimento. No presente caso, houve omissão no acórdão embargado acerca da inexistência de cargo vago no concurso em questão, uma vez que as designações dos ora embargados foram feitas em razão de motivos determinados.
2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o candidato aprovado fora do número de vagas possui direito de ser nomeado, caso demonstre a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito, em razão da contratação de servidores temporários.
3. No presente caso, os impetrantes apontam que foram aprovados para o concurso público para provimento do cargo de Oficial de Apoio Judicial (Classe D), fora do número de vagas previstas no edital; no entanto, foram designados precariamente para o exercício da mesma função pública. Nesse sentido, alegam seu direito à nomeação.
4. A autoridade coatora, Presidente a época do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao prestar suas informações, consignou: (i) a inexistência de cargo vago; (ii) a necessidade transitória na contratação, em razão do afastamento temporário dos servidores efetivos.
5. Apesar de ter sido demonstrada a efetiva contratação precária dos impetrantes para o exercício da função pública de Oficial de Apoio Judicial, cargo para o qual foram aprovados fora do número de vagas, o que induziria a preterição, verifica-se que não há cargos vagos a serem preenchidos e que as contratações ocorreram com a finalidade de suprir a necessidade temporária do Tribunal, em razão dos afastamentos transitórios dos titulares, o que afasta a convolação da expectativa de direito dos candidatos, ora embargados.
6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso ordinário.
(EDcl nos EDcl no RMS 35.459/MG, Rel. Ministro MAURO

CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013, destaque meu).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. EDUCAÇÃO BÁSICA. MAGISTÉRIO. PROFESSOR. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. VIA MANDAMENTAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCABÍVEL. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. ACERVO PROBATÓRIO. INAPTO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual se postula a nomeação da recorrente por alegada preterição em razão de contratações temporárias. A recorrente foi aprovada na 14º colocação para certame que previa 10 vagas no polo de Pontes e Lacerda, no Município de Vila Bela da Santíssima Trindade (MT).

2. É certo que a jurisprudência consigna que deve haver a nomeação de candidatos aprovados em concurso público, quando na sua validade se dá a contratação de pessoal temporário para ocupar a função referida à vaga desocupada. A Súmula 15, do STF: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação".

3. Para que haja processamento, a via mandamental exige a comprovação cabal de violação ao direito líquido e certo por meio de acervo documental pré-constituído, sobre o qual não pode haver controvérsia fática, já que, em mandado de segurança, não é cabível a dilação probatória.

4. Não há prova de contratação temporária apta à prejudicar diretamente a expectativa de direito da recorrente, uma vez que tal comprovação exigiria a demonstração da ocupação de função docente no polo de Pontes e Lacerda, no Município de Vila Bela da Santíssima Trindade.

5. A jurisprudência é pacífica no sentido de que, em não existindo a prova de preterição por contratação temporária, deve ser denegada no mandado de segurança. Precedentes: AgRg no RMS 41.952/TO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.5.2014; AgRg no RMS 43.089/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma DJe 23.5.2014; RMS 44.475/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.2.2014. Recurso ordinário improvido.

(RMS 46.771/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014, destaques meus).

Vale destacar que a contratação temporária para atender a necessidade transitória de excepcional interesse público, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados, bem como a existência de cargos efetivos vagos.

Isso porque, nesse regime especial de contratação, o agente exerce funções

públicas como mero prestador de serviços, sem a ocupação de cargo ou emprego público na estrutura administrativa, constituindo vínculo precário, de prazo determinado, constitucionalmente estabelecido, como espelham os seguintes julgados:

> ***RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSORES DO QUADRO EFETIVO DO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS NA VIGÊNCIA DO CERTAME. SIMULTÂNEA CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES TEMPORÁRIOS. POSSIBILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE SURGIMENTO DE VAGAS NO QUADRO EFETIVO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.***
> *(...)*
> *2. - Nos termos da jurisprudência da Excelsa Corte, "Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação..." (RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03/10/2011).*
> *3. - O mesmo Supremo Tribunal Federal também pacificou o entendimento de que "O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital na hipótese em que surgirem novas vagas no prazo de validade do concurso" (AgRg no ARE 790.897, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 07/03/2014).*
> *4. - No caso concreto, a impetrante, classificada fora do número de vagas em concurso para o quadro de carreira do magistério estadual, sustenta que, tendo havido a concomitante contratação de professores temporários para a mesma função, demonstrada estaria a existência de vagas no correspondente quadro efetivo, ensejando a ilegalidade de sua não nomeação.*
> *5. - A impetrante, contudo, não trouxe prova pré-constituída que evidenciasse o alegado surgimento de vagas dentro do quadro efetivo, não se prestando a essa comprovação a tão só contratação temporária de docentes, sabido que, de acordo com a Constituição Federal (art. 37, IX), a contratação por tempo determinado destina-se a atender situações de "necessidade temporária de excepcional interesse público". Noutros termos, a contratação temporária, só por si, não faz presumir o surgimento de vagas no correlato quadro efetivo, o que faz eliminar possível vestígio de preterição na convocação e nomeação da autora.*
> *6. - Em suma, não demonstrada, na espécie, a ocorrência de ato ilegal ou abusivo que tenha implicado em violação a direito líquido e certo da candidata recorrente, como exigido pelo art. 1º da Lei nº 12.016/09, descabe a concessão da almejada proteção mandamental.*
> *7. - Recurso ordinário a que se nega provimento.*
> (RMS 33.662/MA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 15/05/2015, destaque meu).

Com efeito, no caso dos autos, não há direito líquido e certo a ser amparado, porquanto a Impetrante não comprovou a existência de cargo efetivo vago na região em que foi aprovada em quantidade que lhe beneficie, nem tampouco que as contratações temporárias fossem, de fato, irregulares e em número suficiente para alcançar a sua colocação no concurso.

Outrossim, a pretensão da Impetrante esbarra na orientação do Supremo Tribunal Federal, fixada em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837.311/PI), no sentido 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.

O julgado paradigma restou assim ementado:

> ***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. ARBÍTRIO. 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 entrincheirada 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 837.311, 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).

Tal orientação vem sendo mantida no âmbito desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. AGENTE DE INSPEÇÃO SANITÁRIA. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. ACORDO DE COOPERAÇÃO ENTRE A UNIÃO E MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ILEGALIDADE DO ACORDO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CARGO VAGO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICABILIDADE.
1. Mandado de segurança impetrado com o objetivo de postular a nomeação de aprovada na 5ª (quinta) colocação para cargo no qual foram previstas 3 (três) vagas e houve a desistência da 4ª (quarta) colocada; a impetrante alega que teria sido preterida em razão de acordo de cooperação técnica firmado entre a União e a pessoa jurídica municipal para cessão de servidores para atuar em prol da fiscalização (fls. 60-62).
2. A Primeira Seção já firmou precedente no sentido de que a cooperação entre entes públicos por meio da cessão de servidores não pode ser entendida como preterição: AgRg no MS 19.381/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.2.2013. No mesmo sentido: RMS 44.631/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26.8.2015.
3. No caso dos autos, também não foi demonstrada a existência de cargo vago para ser ocupado, que figura como um imperativo para a convolação do direito líquido e certo, na contemporânea jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça: MS 19.369/DF (Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26.8.2015, DJe 3.9.2015).

4. O Supremo Tribunal Federal firmou precedente em Repercussão Geral, no qual se indica que, para os aprovados fora das vagas previstas no edital, será somente surgirá: "(...) direito subjetivo à nomeação (...); 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. (...)" (RE 837.311/PI, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, publicado no DJe-72 18.4.2016).

(MS 22.487/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 17/08/2016).

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO ALÉM DAS VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO PODER ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. A teor do disposto no art. 1º da Lei n. 12.016/2009, a concessão do mandado de segurança pressupõe ilegalidade ou abuso de poder, a violar direito líquido e certo.

2. Em princípio, não se revela abusiva ou ilegal a não nomeação de candidatos cuja classificação nos certames públicos se dê para além das vagas inicialmente oferecidas no instrumento convocatório, hipótese em que a decisão pelo provimento dos cargos excedentes se sujeita ao legítimo juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Precedentes do STJ e do STF.

3. A prova pré-constituída existente nos autos não indica ilegalidade ou abuso de poder por parte das apontadas autoridades coatoras, não havendo, portanto, falar em violação de direito líquido e certo da parte impetrante, capaz de legitimar a concessão do pretendido writ.

4. Ordem denegada.

(MS 19.958/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 05/08/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO. TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DO DIREITO DE NOMEAÇÃO A CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. - A decisão agravada espelha, com fidelidade, o atual entendimento jurisprudencial desta Corte, no sentido de que, "... para os candidatos aprovados fora do número de vagas, há mera expectativa de direito" (RMS 48.015/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe

23/09/2015).
2. - "O direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima" (STF, RE 837.311-RG /PI, com repercussão geral reconhecida).
3. - A desistência de candidato melhor classificado, só por si, não transfere automaticamente o direito de nomeação para aqueles posicionados para além das vagas oferecidas no instrumento convocatório, além do que, no caso concreto, o candidato impetrante nem mesmo imputa à autoridade coatora qualquer conduta arbitrária ou imotivada capaz de evidenciar sua preterição.
4. - Agravo regimental não provido.
(AgRg no RMS 46.249/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/04/2016).

Isto posto, com fundamento no art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 e art. 34, XVIII, *b*, do Regimento Interno desta Corte, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Ordinário.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 16 de abril de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora