SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 62825 - MT (2020/0022418-3)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
RECORRENTE : ROBERTA IRIS DEITOS SODER
ADVOGADOS : FREDERICO STECCA CIONI - MT015848
RICARDO ZEFERINO PEREIRA - MT012491
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : DENISE COSTA SANTOS BORRALHO E OUTRO(S) - MT003607

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por **ROBERTA IRIS DEITOS SODER**, com base nos arts. 105, II, b, da Constituição da República e 1.027, II, a, do Código de Processo Civil de 2015, contra acórdão proferido pela Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, assim ementado: (fls.193/194e)

> ***CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROFESSOR – CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS INICIALMENTE OFERTADAS – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO – CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS – INTERESSE PÚBLICO TRANSITÓRIO – PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – NOMEAÇÕES VINCULADAS À DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA – PREVISÃO EDITALÍCIA – NÃO DEMONSTRADA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO VIOLADO – ORDEM DENEGADA.***
> *Os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação. Precedentes do STF e STJ. Não há direito líquido e certo à nomeação do candidato classificado fora do número de vagas indicado no edital, se, na hipótese, não forem a comprovadas a violação da ordem de classificação e a contratação de forma precária.*
> *Segundo entendimento dominante dos Tribunais Superiores, o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas possui mera expectativa de nomeação, que somente se convola em direito líquido e certo, mediante a comprovação inequívoca da existência de novos cargos ou pela contratação ilegal de servidores temporários para exercer o mesmo cargo de candidatos regularmente aprovados em concurso, circunstâncias essas que dependem de dilação probatória, o que não se mostra possível na via mandamental.Em atenção ao princípio da vinculação ao edital, a nomeação de candidato aprovado no concurso público não é automática e fica vinculada ao juízo de oportunidade e conveniência da Administração e à existência de disponibilidade orçamentária.*

Nas razões recursais, alega-se, em síntese:

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009439 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REGINA HELENA COSTA Assinado em: 02/04/2020 15:38:06
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 584ba7c8-9a3c-4793-be7f-981695b1eb51

"(...) restou devidamente comprovado nos autos que existem vagas disponíveis, e as nomeações dos aprovados, o que não foi cumprido pela administração, além do fato do certame ter seu prazo de validade próximo de ser encerrado, surgindo assim o direito líquido e certo da recorrente ser nomeada e empossada imediatamente, por tais motivos é que não há outra alternativa senão ingressar com a presente medida e a reforma da decisão proferida." (fl. 208e)

Com contrarrazões (fls. 261/265e), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 283/289e, opinando 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.*

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passo ao exame do recurso.

Extrai-se dos autos que a Recorrente participou do Concurso Público para o cargo de Professor de Educação Básica de Ciências, Física e Biologia, no Município de Colíder/MT, no qual havia previsão de 1 (uma) vaga, tendo sido aprovada na 2ª colocação.

Entende fazer jus à nomeação, porquanto há vagas disponíveis para seu cargo e a Administração vem efetuando 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 nem que as contratações precárias apontadas violaram o art. 37, IX, da Constituição da República

Asseverou, ainda, que o candidato aprovado fora das vagas previstas no

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009439 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REGINA HELENA COSTA Assinado em: 02/04/2020 15:38:06
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 584ba7c8-9a3c-4793-be7f-981695b1eb51

edital não possui direito líquido e certo à nomeação, *in verbis*: (fls. 192/203e):

> *Como explicitado no relatório, a ação constitucional foi motivada pelo fato de a Autoridade, aqui apontada coatora, não ter nomeado a Impetrante no cargo de Professor de Educação Básica de Ciências, Física e Biologia, no Município de Colíder/MT.*
> *Narra, a petição inicial, que a Impetrante alcançou a 2 a posição classificatória no Concurso Público, regulado pelo Edital n. 01/2017, de 03/07/2017, homologado em 31/01/2018, que previa 01 (uma) vaga para o cargo de Professor de Educação Básica de Ciências, Física e Biologia, para o Município de Colíder/MT.*
> *Afirma a Impetrante que o candidato aprovado na primeira colocação foi nomeado e empossado, o que lhe confere o primeiro lugar, na lista de classificação geral, a ser convocada, bem como que houve diversas contratações de professores temporários, após a homologação do certame, apesar da existência dos candidatos classificados, que aguardam suas respectivas nomeações.*
> *A controvérsia cinge-se em saber se a candidata classificada no concurso público, realizado pela Secretaria de Estado de Educação, para o provimento de cargo efetivo de Docente da Educação Básica (Edital n. 01/2017), na 2 a posição, tem, ou não direito, líquido e certo, de ser nomeada.*
> *O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento assente, no sentido de que os candidatos classificados fora do número de vagas previstas no certame possuem mera expectativa de direito à nomeação, que se convola em direito subjetivo, caso haja a comprovação da existência de vagas em aberto, durante o prazo de validade do concurso público, em decorrência da comprovação de contratações precárias de terceiros para ocupar o mesmo cargo ou função.*
> *Nesse sentido, trago a lume o julgado do c. STJ:*
>
> > ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> > 1. (...).
> > 4. 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.
> > 5. (...). (AgRg no RMS 42.717/PE - Rel. Ministro Herman Benjamin - Segunda Turma - Julgado em 24/3/2015 - DJe 31/3/2015). (Destaquei).
> > AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO.
> > CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. EXPECTATIVA DE DIREITO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME.DIREITO ADQUIRIDO.
> > 1- 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.

2- Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1168473/PE - Rel. Ministro Nefi Cordeiro - Sexta Turma - Julgado em 5/5/2015 - DJe 14/5/2015).

(Negritei).

Analisando os documentos juntados aos autos pela Impetrante, verifico que o Edital regulamentador do certame previu apenas 01 (uma) vaga para o cargo para o qual está classificada, que, de fato, obteve a 2 a (segunda) colocação (Id. 233406 – pág. 03) e que o 1 a (primeiro) candidato foi nomeado (Id. 2333433 – pág. 02).

Entrementes, depois de acurada análise dos autos eletrônicos, verifica-se que inexiste comprovação, por meio de provas pré-constituídas, de que houve preterição, porque não há afirmar, com segurança, que as contratações temporárias, informadas na ação mandamental, foram feitas em desconformidade com a legislação pertinente.

Ademais, diante da documentação trazida pelo Estado de Mato Grosso, verifica-se que houve rescisão de alguns contratos temporários, bem assim que outros foram celebrados por motivo de urgência, em razão do afastamento do servidor efetivo, referente à licença para tratamento de saúde, licença prêmio e licença-gestante, e, ainda, vê-se que, no Município de Colíder, não existe carga horária de 30 (trinta) horas semanais livres (Id. 2819842 - págs. 14/21).

Com efeito, é sabido que a Administração Pública, para atendimento da situação de excepcional interesse público, pode realizar a contratação temporária.

No Estado de Mato Grosso, a Lei Complementar Estadual n. 04/1990, no artigo 263, permite, expressamente, a contratação temporária de excepcional interesse público. E a LC n. 600, de 19/12/2017, no seu artigo 2 o , estabelece as condições. Veja-se, respectivamente:

Art. 263 - Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, poderão ser efetuadas contratações de pessoal por tempo determinado.

Art. 2º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

I – (...);

b) Secretaria de Estado de Educação, Esporte e Lazer - SEDUC;

V – (...);

VIII - contratação para substituir servidor efetivo que esteja afastado de seu cargo por prazo igual ou superior a 3 (três) meses, em decorrência de nomeação para o exercício de cargo comissionado ou função gratificada, licença à gestante, licença médica, capacitação e vacância, excetuada a previsão contida no inciso IV deste artigo, desde que justificada a necessidade da contratação temporária e a impossibilidade de realização de concurso público em tempo hábil;

IX – (...). (Negritei).

Nessa esteira, não se mostra razoável presumir que as contratações indicadas nos autos foram realizadas fora das hipóteses legalmente previstas que permitem a contratação temporária de excepcional interesse público, necessitando, portanto, de dilação probatória, o que não se mostra cabível no mandamus.

Não há desconsiderar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado que os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital não possuem direito líquido e certo à nomeação, ainda que novas vagas surjam 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 Pública.

Nesse sentido, perfilho o seguinte aresto:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO INTERNO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PRETERIÇÃO.
>
> AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL PRÉ-CONSTITUÍDA.
>
> INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
>
> 1. É assente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam 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. (...). (AgInt no RMS 52.807/PE - Rel. Ministro OG Fernandes – Segunda Turma - julgado em 16/05/2019 - DJe 22/05/2019). (Destaquei).

Não bastasse isso, verifico que o Edital regulamentador do certame estabeleceu, no item 15.1 que a classificação final não asseguraria o direito de ingresso automático no cargo, ficando tal ato condicionado ao interesse, às necessidades e à possibilidade financeira. Veja-se (Id. 2333400 – pág. 26):

15.1. A classificação final no Concurso Público não assegura ao candidato o direito de ingresso automático no cargo, apenas a expectativa de nomeação segundo a rigorosa ordem classificatória, ficando a concretização deste ato condicionada ao interesse, às necessidades e possibilidade financeira do órgão.

Vê-se que, por força da regra editalícia transcrita, a Administração não está obrigada a nomear os candidatos, de forma automática, a concretização do ato passa, necessariamente, pelo juízo de oportunidade e conveniência do ente público, com ênfase na disponibilidade financeira.

Nessa quadra, ainda que a Impetrante tenha demonstrado que o Estado procedeu à contratação de inúmeros profissionais, de forma precária, após as nomeações dos candidatos aprovados no concurso público, entendo que o writ não comporta a concessão da ordem, já que Mato Grosso atravessa uma grave crise financeira, não possuindo, portanto, disponibilidade orçamentária para novas nomeações.

Frise-se que é de conhecimento de todos que os salários dos servidores públicos estão sendo parcelados, que há atrasos no repasse dos duodécimos aos Poderes e nos pagamentos aos Municípios, que os servidores não tiveram a reposição salarial (RGA), bem assim que, no mês de julho do corrente ano, o Estado teve um déficit mensal superior a 90 (noventa) milhões.

Dessarte, em vista de o Estado de Mato Grosso não possuir disponibilidade orçamentária para arcar com as nomeações pretendidas, o Edital regulamentador do concurso estabelecer, expressamente, que a nomeação não é automática e estar o concurso ainda dentro do prazo de validade, é evidente que a negativa de nomeação da Impetrante não configura violação a direito líquido e certo.

Enfatizo que a Impetrante cabia, por meio de provas pré-constituídas,

comprovar que, além da disponibilidade orçamentária, houve a realização de contratações de profissionais temporários, em desacordo com o estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil e nas leis infraconstitucionais, ônus de que não se desincumbiu.

De fato, a impetração de mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, comprovado 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-constituida, 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.

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).
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, nem tampouco que as contratações temporárias de servidores 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. 837311/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: 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).

Na espécie, não há prova pré-constituída a indicar preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, razão pela qual ausente o direito à nomeação.

Posto isso, 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, 02 de abril de 2020.

REGINA HELENA COSTA
Relatora

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009439 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REGINA HELENA COSTA Assinado em: 02/04/2020 15:38:06
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 584ba7c8-9a3c-4793-be7f-981695b1eb51