



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 814.809 - BA (2015/0292417-2)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHIA GÁS
ADVOGADOS : HÉLIO SANTOS MENEZES JUNIOR
SÍLVIA CRISTINA MIRANDA SANTOS
ANA LUISA SILVA MARTINS
CAIO GONÇALVES AMORIM
AGRAVADO : CELSO PÉRICLES DE SÁ BRITO BRASIL FILHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS, NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. OCUPAÇÃO DE CARGOS, EM NÚMERO QUE ALCANÇARIA O IMPETRANTE, CLASSIFICADO EM 12º LUGAR NO CERTAME, MEDIANTE CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS, EM CARÁTER PRECÁRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO RECONHECIDO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado por candidato habilitado e aprovado em concurso público, em cadastro reserva, objetivando a sua nomeação, ao fundamento de que existem vagas para o seu cargo, ocupadas por contratação temporária, em número que o alcançaria, por classificado em 12º lugar no certame.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na esteira de precedentes do STJ e do STF, a expectativa de direito daquele candidato inserido em cadastro reserva somente se convola em direito subjetivo à nomeação caso demonstrado, de forma cabal, que a Administração, durante o período de validade do certame, proveu cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público com prazo de validade em vigor, mediante contratação precária, fato que configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer, para os concursados, o direito à nomeação, por imposição do art. 37, IV, da Constituição Federal. Nesse sentido: STF, RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 15/12/2015; STJ, RMS 41.687/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/02/2016; STJ, AgRg no RMS 46.935/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/11/2015.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, soberano na análise fática da causa, consignou, expressamente, que, apesar de o impetrante, ora agravado, ter sido classificado em cadastro reserva, existem cargos vagos, diante da comprovada contratação de servidores temporários, em detrimento daqueles classificados no concurso público, concluindo pela existência de direito líquido e certo, apto à concessão da segurança. Logo, rever tal conclusão e acolher a pretensão recursal, no sentido de que inexistente direito líquido e certo à nomeação do candidato, é medida inviável, na via eleita, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. Precedentes do STJ.

VI. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do TRF/3ª Região), os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016 (data do julgamento).

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 814.809 - BA (2015/0292417-2)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pela COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHIA GÁS, em 04/12/2015, contra decisão de minha lavra, publicada em 02/12/2015, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo, interposto por COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHIA GÁS, de decisão que inadmitiu na origem Recurso Especial manifestado, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO 1)E VAGAS. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR ATRAVÉS DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. COMPROVAÇÃO. EXISTÊNCIA DE NOVAS VAGAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. MATÉRIA PACIFICADA NESTE TRIBUNAL E NO STJ. SEGURANÇA CONCEDIDA.RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1 - Como bem observado pelo Juízo de piso, a preliminar não merece prosperar tendo em vista que a motivação se deve ao fato de suposta existência de outras vagas e não nova contratação, onde não há irresignação contra o Edital, mas pela suposta omissão praticada ainda no decorrer da prorrogação do prazo daquele, que findou em 22.07.2008, sendo a ação ajuizada em 15.07.2008, portanto, dentro do prazo legal. Assim, rejeita-se esta preliminar de decadência.

2 - O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que os candidatos aprovados em concurso público possuem mera expectativa de direito à nomeação, no entanto terão direito subjetivo a nomeação se, dentro do prazo de validade do concurso, ocorrer contratação precária para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição dos aprovados.

3 - Analisando os autos, constata-se que, de acordo com o Edital 001/2006, foram disponibilizadas oito vagas para o cargo de Engenheiro Júnior e na divulgação dos resultados finais, quatorze candidatos foram habilitados, logrando o Apelante a décima segunda colocação.

4 - Foram convocados, no ano de 2007, os demais candidatos ate a décima classificação e, por fim, o décimo primeiro através de decisão judicial, restando apenas a convocação dos dois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

últimos.

5 - O parecer da Procuradoria Geral do Estado reconhece a contratação de quarenta e dois funcionários, através de contrato temporário desde o ano de 2003, requerendo a prorrogação destes contratos, por necessidade do serviço, conforme os documentos de fls. 40/44.

6 - Ademais, o Apelado reconhece a continuidade da contratação temporária e atesta a nomeação do décimo primeiro colocado, restando provado, nos autos, a ofensa aos princípios legais, constituindo-se burla à contratação por concurso público.

7 - Em situação semelhante, a matéria foi apreciada por este Tribunal de Justiça, conforme se observa na ementa da Apelação Cível nº. 0003505-69.2010.8.05.0022, adiante transcrita.

8 - DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO, reformando-se a sentença hostilizada" (fls. 204/205e).

Os Embargos de Declaração, opostos ao acórdão recorrido, foram rejeitados (fls. 227/235e).

No Recurso Especial, a agravante aduz preliminar de afronta ao art. 535, II, do CPC, asseverando que o Tribunal de origem rejeitou seus Embargos Declaratórios sem, contudo, sanar as omissões apontadas no acórdão embargado acerca da inexistência de prova pré-constituída do direito alegado pelo impetrante e acerca de o recorrido ter sido aprovado fora do número de vagas.

No mérito, alega violação aos seguintes dispositivos:

I) arts. 1º, 6º e 10 da Lei 12.016/2009, diante da inexistência de prova pré-constituída do direito pleiteado. Argumenta que o impetrado foi aprovado fora do número de vagas e que "é cediço que para o manejo de mandado de segurança faz-se necessário, como pré-requisito, que o direito perquirido possua liquidez e certeza, bem como deve estar presentes a prova pré-constituída, o que não se observa no *mandamus* impetrado pelo Recorrido, haja vista que o mesmo não procedeu à juntada, aos autos, de documentação probante da efetiva contratação dos 42 funcionários que ele afirma se encontrarem em situação irregular nos quadros da BAHIA GÁS, muito menos de que algum desses supostos contratados a que se refere estivesse a ocupar o cargo de "engenheiro júnior", para o qual concorreu o Recorrido, porquanto a consulta sobre a possibilidade de prorrogação de contratos de trabalho não se configura na efetiva contratação de pessoas, como quer fazer crer o Recorrido" (fl. 247e); II) art. 23 da Lei 12.016/2009, sustentando a decadência do direito de impetrar o mandado de segurança. Alega que, "uma vez que a suposta preterição não restou comprovada e que, pois, eventual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"omissão" em sua convocação não implica mácula a qualquer direito, ao v. acórdão recorrido restariam duas soluções possíveis, apenas: a) entender que o Recorrido insurge-se contra o quantitativo de vagas previsto no Edital, com o que estaria configurada a decadência do seu direito à impetração do writ, ou; b) afastar o direito pleiteado, porque inexistente, uma vez que, repita-se, o recorrido foi aprovado fora do número de vagas" (fls. 250/251e).

Nas razões do Agravo, aduz que os pressupostos de admissibilidade do Recurso Especial encontram-se presentes, repisando, no mais, seus argumentos.

Contraminuta às fls. 296/299e.

A insurgência não merece prosperar.

De início, "inexiste violação ao art. 535, II, do CPC, quando não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, especialmente se o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam" (STJ, AgRg no REsp 1.303.516/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/11/2014).

Confira-se, no que interessa, o acórdão recorrido:

"Presentes os pressupostos de admissibilidade, passo ao conhecimento do recurso.

O Apelante pretende a sua nomeação e posse para o cargo de Engenheiro Júnior tendo em vista a existência de contratação irregular por parte da empresa acionada.

Analisaremos, inicialmente, a preliminar suscitada pela ré de decadência.

Como bem observado pelo Juízo de piso, a mesma não merece prosperar tendo em vista que a motivação se deve ao fato de suposta existência outras vagas e não contratação, onde não há irresignação contra o Edital, mas pela suposta omissão praticada ainda no decorrer da prorrogação do prazo daquele, que findou em 22.07.2008, sendo a ação ajuizada em 15.07.2008, portanto, dentro do prazo legal.

Assim, rejeita-se esta preliminar de decadência.

No mérito, assiste razão ao Apelante.

Analizando-se os autos, constata-se que de acordo com o Edital 001/2006. foram disponibilizadas oito vagas para o cargo de Engenheiro Júnior e na divulgação dos resultados finais, quatorze candidatos foram habilitados, logrando o Apelante a décima segunda colocação.

Foram convocados, no ano de 2007, os demais candidatos até a décima classificação e, por fim, o décimo primeiro através de decisão judicial, restando apenas a convocação dos dois últimos.

O parecer da Procuradoria Geral do Estado, reconhece a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contratação de quarenta e dois funcionários, através de contrato temporário desde o ano de 2003, requerendo a prorrogação destes contratos, por necessidade do serviço, conforme os documentos de fls. 40/44.

Ademais, o Apelado reconhece a continuidade da contratação temporária e atesta a nomeação do décimo primeiro colocado, restando provado, nos autos, a ofensa aos princípios legais, constituindo-se burla à contratação por concurso público.

Apesar da empresa acionada sustentar que se o apelado não logrou classificação dentro do número de vagas ofertadas, não há que se falar em preterição, asseverando ainda que, uma vez preenchidas as vagas disponibilizadas no concurso, a presunção é de ocorrência de excepcional interesse público e consequentemente de ausência de ilegalidade ou abuso de poder na contratação temporária.

A sentença merece reforma vez que se situa no campo da discricionariedade da Administração a convocação de candidato classificado fora do número de vagas, caracterizando mera expectativa de direito do aprovado.

Este fato poderá se convolar em direito subjetivo quando comprovada a preterição do classificado pela inobservância da ordem de classificação ou por meio de contratação de pessoal para preencher aquele determinado cargo ou função, sendo o caso dos autos, inclusive, é a pacífica jurisprudência, conforme revela o seguinte precedente do STJ, abaixo transcrito:

(...)

Verifica-se que o apelante colacionou aos autos documento apto a comprovar a hipótese de preterição decorrente de contratação precária de pessoal, demonstrando assim, irrefutavelmente, o surgimento do seu direito subjetivo de ser nomeado e empossado ao cargo pretendido.

(...)

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, determinando a imediata nomeação e posse do Impetrante, atendendo-se aos requisitos do Edital, no cargos de Engenheiro Júnior" (fls. 206/209e).

Assim, considerando-se que no caso concreto todas as questões suscitadas pelo agravante foram apreciadas pela Corte de origem de forma clara, precisa e fundamentada, não procede a tese de violação ao art. 535, II, do CPC.

Em relação à decadência, a Corte de origem entendeu que o Mandado de Segurança foi impetrado, tempestivamente, dentro do prazo de validade do concurso, para impugnar suposto ato omissivo da autoridade impetrada, que não teria nomeado candidato aprovado no certame.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, a recorrente não rebateu tal fundamento.

Registre-se que a parte, ao recorrer, deve buscar demonstrar o desacerto do **decisum** contra o qual se insurge, refutando todos os óbices por ele levantados, sob pena de vê-lo mantido.

Logo, sendo os fundamentos suficientes para manter o julgado, fica inviabilizado o Recurso. A esse respeito, aplicável, por analogia, a Súmula 283/STF.

Quanto à alegada violação aos arts. 1º, 6º e 10 da Lei 12.016/2009, melhor sorte não assiste à recorrente.

Importa ressaltar que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a análise da violação da Lei 12.016/2009, a fim de aferir a existência de direito líquido e certo à concessão da segurança, demanda exceder os fundamentos colacionados no acórdão guerreado, com a incursão no conteúdo fático-probatório dos autos, o que implica reexame de provas, inviável, em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **MANDADO DE SEGURANÇA**. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE GESTOR DE ATIVIDADES EDUCACIONAIS. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. **CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.** AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL DESPROVIDO.

1. **O Tribunal de origem, a partir da análise das provas carreadas aos autos, constatou que há, no caso, direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo de gestor de atividades educacionais.**

Nesse contexto, a pretensão recursal, tendente a alterar tais conclusões, esbarra, efetivamente, no óbice previsto na Súmula 7 do STJ. Precedentes.

2. Agravo Regimental do ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 164.540/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/12/2013).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. **MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VERIFICAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Inviável em recurso especial a verificação de demonstração de direito líquido e certo em mandado de segurança, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

(...)

4. Recurso especial do Distrito Federal provido, para determinar a submissão do candidato a nova avaliação psicológica" (STJ, REsp 1.231.325/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/11/2013).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VERIFICAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXCLUSÃO DO CERTAME. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURADA.

1. Inviável em recurso especial a verificação de demonstração de direito líquido e certo em mandado de segurança, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

(...)

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.306.759/TO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/08/2013).

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. RECUSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM REJEITADA. VIOLAÇÃO DO ART. 1º DA LEI 12.016/2009. REEXAME. SUMULA 7/STJ.

1. A suposta ofensa do art. 1º da Lei 1.533/51, atual art. 1º da Lei 12.016/09, com a consequente verificação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por mandado de segurança, não tem sido admitida em recurso especial, pois é exigido o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em razão da Súmula 7/STJ.

(...)

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.366.994/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/05/2013).

Do exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, **b**, do CPC, conheço do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial" (fls. 310/315e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconformada, a parte agravante sustenta que:

"A r. decisão monocrática ora recorrida negou seguimento ao REsp interposto pela Agravante sob o argumento de que "todas as questões suscitadas pela agravante foram apreciadas pela Corte de origem de forma clara, precisa e fundamentada", de modo que restaria caracterizada a violação ao art.. 535, II, do CPC.

Tal entendimento seguramente não merece ser mantido, uma vez que a decisão objurgada deixou de apreciar os argumentos suscitados pela Agravante que demonstraram, de forma robusta, a inexistência de prova pré-constituída do direito do Impetrante/Agravado, uma vez que o parecer da Procuradoria Geral do Estado não faz prova da contratação de terceirizados, muito menos que, dentre os supostos contratados, havia algum ocupante do mesmo cargo disputado pelo Agravado ou, ainda, de que a BAHAGÁS permaneceu supostamente terceirando al execução ou, por fim, que o candidato classificado na 11ª colocação teria sido convocado em razão da não realização dessas supostas contratações de terceirizados.

Tampouco se pronunciou o v. acórdão embargado sobre a circunstância de ter sido o Agravado aprovado além do número de vagas e as consequências daí decorrentes (ex.: inexistência de direito à nomeação e posse, uma vez que não ocorrida qualquer preterição).

Com efeito, a omissão perpetrada pelo c. Tribunal a quo é inegavelmente crucial ao julgamento do Recurso Especial interposto pelo Agravante e, sobretudo, ao justo deslinde do feito.

(...)

A decisão agravada sustenta que a Agravante não teria impugnado, a contento, o argumento do Tribunal a quo no sentido de que o Mandado de Segurança foi impetrado tempestivamente – dentro, pois, do prazo decadencial que é conferido ao Impetrante para fazê-lo -, de forma que se aplicaria ao presente caso, por analogia, a súmula 283 do STF.

(...)

Vê-se, ainda, que a Agravante destinou tópico específico para tratar acerca do prazo decadencial para se impetrar o mandado de segurança, registrando que "a outra solução não poderia chegar o v. acórdão recorrido que não a de extinguir o mandamus sem resolução do mérito, face à consumada decadência do direito à impetração do writ. Assim não agindo, todavia, é evidente que perpetrou grave mácula ao art. 23 da Lei nº 121.016/2009, negando-lhe vigência ao não aplicá-lo a situação que a ele se subsume."(fl. 251)

(...)

Por fim, aduz o r. decisum que, para analisar se houve violação à Lei 12.016/2009 e, por conseguinte, se constatar a existência, ou não,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direto líquido e certo da parte impetrante, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, o que não seria admitido nessa fase processual em razão da vedação da Súmula 07.

Com efeito, é cediço que o Recurso Especial não se presta a reexaminar o conteúdo de fatos de provas discutido nos autos. Impende destacar, entretanto, que no presente caso, a inexistência de direito líquido e certo de Agravado é matéria que não demanda a reanálise de provas, mas, sim, reavaliação.

Nesse sentido, conforme demonstrado pela BAHIAAGÁS no Recurso Especial interposto, não há prova pré-constituída que fundamente as alegações do Agravado, tampouco que pudesse dar ensejo ao manejo do writ, uma vez que o direito líquido e certo deveria ter sido demonstrado, de plano, quando da propositura da ação mandamental, o que não ocorreu in casu. Não se pode, porém, considerar como prova pré-constituída do direito invocado as informações constantes do Parecer da Procuradoria Geral do Estado acostado aos autos às fls. 40 a 49, que, em verdade, apenas cuidou de responder simples questionamento feito à PGE, sendo que do seu conteúdo não se extrai qualquer conclusão acerca de que: 1) tenha havido efetiva contratação de empregados terceirizados; 2) dentre estes houvesse algum que fosse ocupante do mesmo cargo disputado pelo Recorrido; 3) a BAHIAAGÁS permanecesse terceirizando a execução das atividades típicas de engenharia, e; 4) o candidato classificado na 11ª colocação teria sido contratado, revelando, pois, se r aludido documento incapaz de provar a justeza da sua pretensão do Agravado.

Ora, é evidente a inexistência de prova pré-constituída acerca dos pontos acima destacados, o que testifica uma frontal e irretorquível mácula aos arts. 1º, 6º e 10º da Lei 12.016/2009, estes que exigem, cada qual a seu modo, a rígida observância à prova pré-constituída como pressuposto para o manejo do writ.

Verifica-se, portanto, que o que pretende a Agravante não é o reexame das provas constantes nos autos.

(...)" (fls. 321/325e).

Por fim, requer "seja reformada monocraticamente a r. decisão agravada ou, assim não entendendo V. Exa., que submeta o presente Agravo Regimental a julgamento pela r. Turma desse c. STJ, onde, por certo, será conhecido e provido, para o fim de reformar integralmente a r. decisão agravada, dando-se seguimento ao REsp nº 814.809 - BA" (fl. 326e).

O agravado, por sua vez, em impugnação (fls. 336/337e), aduz que:

"O argumento não convence porque parte da premissa equivocada de que o mandado de segurança estaria a questionar o edital do concurso público. A ação busca corrigir omissão ilegal consubstanciada na não convocação do candidato aprovado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso público para cargo cujas funções estavam sendo atribuídas, por meio de contratos temporários, a pessoas não submetidas ao certame.

O Agravado não questiona, portanto, as regras do edital, mas o ato omissivo praticado durante a vigência do concurso, razão pela qual é irretocável – porque alinhada à jurisprudência do STJ – a conclusão a que chegou o Tribunal de Justiça no sentido de que “ este fato poderá se convolar em direito subjetivo quando comprovada a preterição do classificado pela inobservância da ordem de classificação ou por meio de contratação de pessoal para preencher aquele determinado cargo ou função, sendo o caso dos autos ”. (folha 207)

Quanto à existência de prova pré-constituída, a Corte a qua consignou expressamente que “o apelante colacionou aos autos documento apto a comprovar a hipótese de preterição decorrente de contratação precária de pessoal, demonstrando assim, irrefutavelmente, o surgimento do seu direito subjetivo de ser nomeado e empossado ao cargo pretendido”. (folha 208)

Essa quadra inviabiliza que, em julgamento de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça reavalie se a documentação carreada ao processo era apta a demonstrar o direito líquido e certo defendido; porque, na esteira da jurisprudência do STJ 2 , exigiria o reexame das provas”.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 814.809 - BA (2015/0292417-2)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Sem razão a parte agravante.

De início, transcreve-se da sentença:

"CELSO PERICLES DE SA BRITO BRASIL FILHO, qualificado e representado pela Defensoria Pública Estadual, impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato do Sr DIRETOR-PRESIDENTE DA COMPANHIA DE GAS DA BAHIA- BAHIA GÁS, assim como a própria pessoa jurídica. almejando a concessão de provimento liminar, o fazendo mediante a inaugural de fls. 02/10. instruída com os docs., de fls. 11/49. aduzindo que prestou concurso público patrocinado pela Impetrada, objetivando uma vaga de Engenheiro Junior, cod. 204, cuja inscrição tomou o número 91414, na conformidade com o Edital nr. 001/2006, realizando a primeira etapa de prova objetiva. logrando aprovação a submeter-se a etapa seguinte consubstanciada na Habilitação e Avaliação de Títulos. também obtendo êxito, seguindo para a última etapa. esta de nivelamento, também com êxito, cuja colocação final foi de 12º lugar. Todavia, informa que a Impetrada, conquanto tenha realizado concurso público para preenchimento dos cargos vagos, informou no âmbito do Proc. SUCAJ- 0200070341092-0 que estaria celebrando contrato temporário, restando ainda 42 trabalhadores nessa situação jurídica, nos idos de 2006., cujo desligamento teria ocorrido em fevereiro de 2008. resultando no entendimento da existência de vagas que podem e devem ser preenchidas com os demais candidatos aprovados no concurso. tal qual o Impetrante.

Assim, diante da não contratação do Impetrante e da existência de vagas, entende que a omissão do Impetrante justifica a presente medida, pelo que postulou a concessão de liminar para garantir a reserva de vaga em favor do Impetrante ao cargo disputado no certame.

(...)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidato habilitado e aprovado em concurso público patrocinado pela Impetrada. sendo certo que o Edital embasador do certame indica oito vagas a serem preenchidas no cargo escolhido, e o Impetrante foi classificado na 12ª colocação. Sustentou que por existir vagas outras, competia ao Impetrado aproveitar a todos os classificados, ao revés de manter ou prorrogar os contratos temporários celebrados.

De logo rejeito a preliminar de decadência sustentada pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Impetrado. uma vez que a motivação da impetração se deve ao fato de suposta existência de vagas outras e não contratação, onde a irresignação não repousa no âmbito do Edital, mas pela suposta omissão praticada ainda no decorrer da prorrogação do prazo do edital, que findou em 22.7.2008. sendo certo que a impetração se deu aos 15.7.2008. Portanto, dentro do prazo de cento e vinte dias.

(...)

7. Todavia, no caso em exame, o Edital estabeleceu o preenchimento de 08 vagas, sendo que o Impetrante logrou classificação em 12º lugar. Daí. conquanto sua pretensão possua plausibilidade, é certo que a via estrita do mandado de segurança não se presta para o exercício de tal pretensão, na medida em que envolve matéria que reclama uma elasticidade de prova, não compatível com o instrumental utilizado., mesmo porque, também, como se vê, as vagas disputadas no certame era de apenas oito (8), e o Impetrante não integrou esse universo.

resultando em carecer de liquidez o direito invocado.

(...)" (fls. 156/158e).

Por sua vez, o Tribunal de origem, soberano na análise fática dos autos, reverteu tal compreensão, firme na seguinte fundamentação:

"Analisaremos, inicialmente, a preliminar suscitada pela ré de decadência.

Como bem observado pelo Juízo de piso, **a mesma não merece prosperar tendo em vista que a motivação se deve ao fato de suposta existência outras vagas e não contratação, onde não há irresignação contra o Edital, mas pela suposta omissão praticada ainda no decorrer da prorrogação do prazo daquele, que findou em 22.07.2008, sendo a ação ajuizada em 15.07.2008, portanto, dentro do prazo legal.**

Assim, rejeita-se esta preliminar de decadência.

No mérito, assiste razão ao Apelante.

Analisando-se os autos, constata-se que de acordo com o Edital 001/2006, foram disponibilizadas oito vagas para o cargo de Engenheiro Júnior e na divulgação dos resultados finais, quatorze candidatos foram habilitados, logrando o Apelante a décima segunda colocação.

Foram convocados, no ano de 2007, os demais candidatos até a décima classificação e, por fim, o décimo primeiro através de decisão judicial, restando apenas a convocação dos dois últimos.

O parecer da Procuradoria Geral do Estado, reconhece a contratação de quarenta e dois funcionários, através de contrato temporário desde o ano de 2003, requerendo a prorrogação destes contratos, por necessidade do serviço,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme os documentos de fls. 40/44.

Ademais, o Apelado reconhece a continuidade da contratação temporária e atesta a nomeação do décimo primeiro colocado, restando provado, nos autos, a ofensa aos princípios legais, constituindo-se burla à contratação por concurso público.

Apesar da empresa acionada sustentar que se o apelado não logrou classificação dentro do número de vagas ofertadas, não há que se falar em preterição, asseverando ainda que, uma vez preenchidas as vagas disponibilizadas no concurso, a presunção é de ocorrência de excepcional interesse público e consequentemente de ausência de ilegalidade ou abuso de poder na contratação temporária.

A sentença merece reforma vez que se situa no campo da discricionariedade da Administração a convocação de candidato classificado fora do número de vagas, caracterizando mera expectativa de direito do aprovado.

Este fato poderá se convolar em direito subjetivo quando comprovada a preterição do classificado pela inobservância da ordem de classificação ou por meio de contratação de pessoal para preencher aquele determinado cargo ou função, sendo o caso dos autos, inclusive, é a pacífica jurisprudência, conforme revela o seguinte precedente do STJ, abaixo transcrito:

(...)

Verifica-se que o apelante colacionou aos autos documento apto a comprovar a hipótese de preterição decorrente de contratação precária de pessoal, demonstrando assim, irrefutavelmente, o surgimento do seu direito subjetivo de ser nomeado e empossado ao cargo pretendido.

(...)" (fls. 206/209e).

Após a rejeição dos Declaratórios opostos (fls. 227/235e), foi interposto Recurso Especial, no qual o ora agravante aduziu, inicialmente, que houve afronta ao art. 535, II, do CPC/73, asseverando, para tanto, que o Tribunal de origem rejeitou seus Embargos Declaratórios, sem, contudo, sanar as omissões apontadas no acórdão embargado, acerca da inexistência de prova pré-constituída do direito alegado pelo impetrante, e que o recorrido teria sido aprovado fora do número de vagas.

No mérito, apontou malferimento aos seguintes dispositivos:

I) arts. 1º, 6º e 10 da Lei 12.016/2009, diante da inexistência de prova pré-constituída do direito pleiteado, bem como que o impetrado foi aprovado fora do número de vagas e que "é cediço que para o manejo de mandado de segurança faz-se necessário, como pré-requisito, que o direito perquirido possua liquidez e certeza, bem como deve estar presentes a prova pré-constituída, o que não se observa no *mandamus* impetrado pelo Recorrido, haja vista que o mesmo não procedeu à juntada, aos autos, de documentação probante da efetiva contratação dos 42 funcionários que ele afirma se encontrarem em situação irregular nos quadros da BAHIA GÁS, muito menos de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

algum desses supostos contratados a que se refere estivesse a ocupar o cargo de "engenheiro júnior", para o qual concorreu o Recorrido, porquanto a consulta sobre a possibilidade de prorrogação de contratos de trabalho não se configura na efetiva contratação de pessoas, como quer fazer crer o Recorrido" (fl. 247e);

II) art. 23 da Lei 12.016/2009, reiterando a decadência do direito de impetrar o **writ**, "uma vez que a suposta preterição não restou comprovada e que, pois, eventual "omissão" em sua convocação não implica mácula a qualquer direito, ao v. acórdão recorrido restariam duas soluções possíveis, apenas: a) entender que o Recorrido insurge-se contra o quantitativo de vagas previsto no Edital, com o que estaria configurada a decadência do seu direito à impetração do writ, ou; b) afastar o direito pleiteado, porque inexistente, uma vez que, repita-se, o recorrido foi aprovado fora do número de vagas" (fls. 250/251e).

Sem razão, contudo.

De fato, como ressaltado pela decisão ora agravada, de plano – e à luz do que decidido pelo acórdão recorrido –, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

A propósito, ainda:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada.

(...)

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 433.424/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/02/2014).

Ademais, não cabem Declaratórios com objetivo de provocar prequestionamento, se ausentes omissão, contradição ou obscuridade no julgado (STJ, AgRg no REsp 1.235.316/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, DJe de 12/05/2011), bem como não se presta a via declaratória para obrigar o Tribunal a reapreciar provas, sob o ponto de vista da parte recorrente (STJ, AgRg no Ag 117.463/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJU de 27/10/1997).

No mais, o acórdão impugnado está em harmonia com os precedentes do STJ e do STF, no sentido de que a expectativa de direito daquele candidato inserido em cadastro reserva convola-se em direito subjetivo à nomeação, caso demonstrado, de forma cabal, que a Administração, durante o período de validade do certame, proveu cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, mediante contratação precária, fato que configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer, para os concursados, o direito à nomeação, por imposição do art. 37, IV, da Constituição Federal.

Nesse sentido: STF, RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 15/12/2015; STJ, RMS 41.687/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/02/2016; STJ, AgRg no RMS 46.935/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/11/2015.

Além disso, consoante já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, "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/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 15/12/2015).

No caso, tal como observado pela decisão ora combatida, restou reconhecido, pelo Tribunal de origem, a existência de cargos vagos e disponíveis para o provimento, pelo impetrante, classificado em 12º lugar no certame, sendo possível, nesse caso, falar-se em convolação da expectativa de direito em sua liquidez e certeza, por suficiência do acervo probatório dos autos.

Logo, rever tal conclusão e acatar a pretensão recursal, no sentido de que inexistente direito líquido e certo à nomeação do candidato, é pretensão inviável, na via eleita, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. ABERTURA DE NOVO CERTAME AINDA NA VALIDADE DO ANTERIOR. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LÍQUIDO E CERTO. EXAME DAS REGRAS DO EDITAL. ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.

(...)

2. 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.

(...)

4. *In casu*, o Tribunal *a quo* consignou que foi aberto novo certame, na validade do concurso anterior, na mesma área que o impetrante concorrera - Química. Portanto, a expectativa de direito se convalidou em direito subjetivo à nomeação.

5. Por outro lado, para contrariar o estatuído pelo Tribunal *a quo*, acatando o argumento da recorrente de que "a abertura de novo edital não implicou em preterição do direito do recorrido, uma vez que decorreu da necessidade de preenchimento de vagas destinadas a localidades distintas daquelas em que especificamente o recorrido se inscreveu e concorreu", seria necessário examinar as regras contidas no edital, o que é impossível no Recurso Especial, ante os óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

6. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.402.265/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/03/2014).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGANP. CLASSIFICAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE SERVIDORES. EXISTÊNCIA DE VAGAS DISPONÍVEIS NOS QUADROS DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA DOS CANDIDATOS APROVADOS NO CADASTRO DE RESERVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 269, I DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. O Tribunal de origem concluiu pela suficiência da prova pré-constituída, de maneira que, para a reversão dessa conclusão, como pretende o agravante, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, circunstância vedada pelo enunciado 7 da Súmula de jurisprudência desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AREsp 313.905/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/11/2013).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0292417-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 814.809 / BA**

Números Origem: 01003059620088050001 1003059620088050001

PAUTA: 23/08/2016

JULGADO: 23/08/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHIA GÁS
ADVOGADOS : HÉLIO SANTOS MENEZES JUNIOR
SÍLVIA CRISTINA MIRANDA SANTOS
ANA LUISA SILVA MARTINS
CAIO GONÇALVES AMORIM
AGRAVADO : CELSO PÉRICLES DE SÁ BRITO BRASIL FILHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHIA GÁS
ADVOGADOS : HÉLIO SANTOS MENEZES JUNIOR
SÍLVIA CRISTINA MIRANDA SANTOS
ANA LUISA SILVA MARTINS
CAIO GONÇALVES AMORIM
AGRAVADO : CELSO PÉRICLES DE SÁ BRITO BRASIL FILHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região), os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.