



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.353 - MS
(2016/0284638-4)**

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : FRANCISCO CLEITON ADRIANO
ADVOGADO : FRANCISCO CLEITON ADRIANO (EM CAUSA PRÓPRIA) E
OUTRO - MS011207
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : PABLO HENRIQUE GARCETE SCHRADER E OUTRO(S) -
MS008692

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO CLASSIFICADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA. COMISSIONADOS, TERCEIRIZADOS, ESTAGIÁRIOS E CONTRATOS TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/1988. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

1. Os candidatos aprovados em concurso público, no qual se classificam para além das vagas oferecidas no instrumento convocatório, possuem mera expectativa de direito à nomeação. Precedentes.

2. Esta é também a orientação do STF, firmada em repercussão geral (RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, Repercussão Geral - DJe de 18/04/2016).

3. A paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.353 - MS
(2016/0284638-4)**

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : FRANCISCO CLEITON ADRIANO
ADVOGADO : FRANCISCO CLEITON ADRIANO (EM CAUSA PRÓPRIA) E
OUTRO - MS011207
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : PABLO HENRIQUE GARCETE SCHRADER E OUTRO(S) -
MS008692

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Cuida-se de agravo interno manejado por Francisco Cleiton Adriano contra a decisão de fls. 910 a 17, pela qual, com fundamento nos arts. 932, VIII, do CPC e 34, XVIII, do RISTJ, bem como na Súmula 568/STJ, se negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, fls. 807 a 837.

A decisão agravada foi firmada nos seguintes fundamentos:

(A) esta Corte tem entendido 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. Precedentes do STJ*" (RMS 47.861/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015); e

(B) a paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação do autor, ou autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados fora do número de vagas ofertado pelo edital condutor do certame.

Nas razões do agravo interno, a parte agravante sustenta que o próprio edital condutor do certame estabeleceu que seriam ocupadas pelos aprovados no concurso as vagas que vierem a surgir, relativas ao cargo de Auditor Estadual de Controle Externo, obedecida a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem classificatória, durante o prazo de validade ora previsto.

Prosseguindo em sua irresignação, o recorrente assevera que, *"no caso em tela, o concurso destina-se ao preenchimento dos cargos de Auditor Estadual de Controle Externo, cargo efetivo, que não pode ser ocupado por outros servidores, justamente por se tratar de necessidades permanentes da Administração"* (fl.928).

Retomando a linha argumentativa, repisa que *"no entendimento da doutrina especializada, caracteriza-se preterição ao candidato concursado e aprovado a contratação de terceiros em caráter precário pela Administração enquanto vigente o concurso. O que era mera expectativa de direito se transforma em direito adquirido."* (fl. 928).

Requer, por isso, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao Colegiado do STJ.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou petição de impugnação às fls. 935 a 950, na qual defende o desprovimento do agravo interno.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.353 - MS
(2016/0284638-4)**

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): Nada obstante a argumentação da parte agravante, tenho que a decisão agravada não merece reparos, pois, espelha, com fidelidade, o **atual** entendimento jurisprudencial desta Corte, no sentido 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. Precedentes do STJ"* (**RMS 47.861/MG**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015).

No mesmo sentido, confira-se, ainda:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE VAGAS NO DECORRER NO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.

1. Hipótese em que a impetrante, classificada fora do número de vagas previstas no edital, requer a sua nomeação e posse, sob a alegação de surgimento de duas vagas durante a validade do certame (com as quais atinge a sua colocação), uma decorrente da aposentadoria de servidora do quadro do Ministério do Trabalho e outra oriunda de remoção de candidato empossado nas vagas de Deficiente Físico.

2. A Primeira Seção desta Corte, nos autos do **MS 17.886/DF**, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.10.2013, reafirmou expressamente o entendimento já consolidado neste Tribunal, em alinhamento ao decidido pelo STF nos autos do **RE 598.099/MG**, de que os **candidatos aprovados fora dos número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reservas 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. Precedentes: **AgRg no RMS 38.892/AC**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/04/2013; **AgRg no RMS 37.745/RO**, Rel. Min. Ari Pargendler,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Turma, DJe 07/12/2012; AgRg no RMS 21362/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado TJ/RS), Sexta Turma, DJe 18/04/2012; RMS 34789/PB, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 25/10/2011; AgRg no RMS 28.915/SP, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 29/04/2011; AgRg no RMS 26.947/CE, Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 02/02/2009.

3. Segurança denegada.

(MS 20.079/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 14/04/2014)

Este também é o entendimento da Suprema Corte, como se pode aferir, dentre outros, dos precedentes resumidos nas seguintes ementas:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 inoccorrência 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, Repercussão Geral - DJe de 18/04/2016)

Agravo regimental em agravo de instrumento. Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Candidato aprovado fora do número de vagas do edital. Preterição não caracterizada. Direito subjetivo à nomeação. Inexistência. Precedentes. Necessidade do reexame do conjunto fático-probatório. Incidência da súmula 279/STF. Agravo Regimental não provido.

1. A preterição do candidato em concurso público, quando aferida pelas instâncias ordinárias, não pode ser revista pela Suprema Corte, em face da incidência da Súmula nº 279/STF.

2. O recurso extraordinário não se presta para o exame de questões que demandem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional.

3. A jurisprudência do STF já firmou o entendimento de que tem direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do concurso público a que se submeteu. Nesses casos, a Administração tem um dever de nomeação, salvo situações excepcionais plenamente justificadas. Contudo, a criação de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não gera, automaticamente, direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, salvo se comprovados arbítrios ou preterições. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AI 804.705 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/11/2014)

Também é certo que a paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame.

É que os temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. Cuida-se, pois, de institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem.

Em tempo:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NÃO COMPROVADA A ALEGADA PRETERIÇÃO POR CONTRATO TEMPORÁRIO. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato atribuído ao Secretário de Estado de Educação e ao Governador do Estado do Maranhão.

2. Alega a impetrante que tem direito à nomeação imediata para ocupar o cargo de Professor de Língua Portuguesa do Ensino Médio, com exercício no Município Itapecuru-Mirim-MA, diante da preterição decorrente da contratação temporária de professores para o exercício do referido cargo.

3. A candidata no Concurso Público realizado ficou em 18º lugar, e havia treze vagas. Não logrando a impetrante êxito em classificar-se dentro do número de vagas do Edital, não há cogitar-se direito líquido e certo à nomeação, uma vez que os aprovados em vagas remanescentes, i.e., além daquelas previstas para o cargo, possuem, apenas, mera expectativa de direito, diferentemente dos que obtiveram aprovação no limite do número de vagas definido no Edital do concurso - que terão direito subjetivo à nomeação. Precedentes do STJ.

4. A simples contratação de servidores temporários, por prazo determinado, não induz, por si só, à configuração de quebra da ordem classificatória do concurso público, por se tratar de medida autorizada pelo art. 37, IX, da Constituição Federal. Se a Administração preencheu as vagas destinadas aos cargos de provimento efetivo de acordo com a ordem classificatória do concurso público vigente e, além disso, contratou terceiros de forma temporária, para o exercício de função pública, presume-se que há excepcional interesse público a demandar essa conduta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(conforme voto do Min. Arnaldo Esteves Lima, no RMS nº 33.315, julgado em 15/02/2011, 1ª Turma do STJ).

5. Agravo Regimental provido.

(AgRg no RMS 43.879/MA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 09/06/2015)

Por todo o exposto, tenho que a argumentação da parte agravante não abala a fundamentação da decisão recorrida, esta harmônica com a atual jurisprudência desta Corte, razão pela qual **nego provimento** ao presente agravo interno.

Por fim, na hipótese de improcedência deste recurso por votação unânime do colegiado, condena-se o agravante ao pagamento de multa ao Estado de Mato Grosso do Sul, que ora se fixa em um por cento (1%) do valor atualizado da causa, percentual mínimo previsto no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2016/0284638-4

AgInt no
RMS 52.353 / MS

Números Origem: 14017915320168120000 1401791532016812000050000

PAUTA: 13/12/2016

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FRANCISCO CLEITON ADRIANO
ADVOGADO : FRANCISCO CLEITON ADRIANO (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTRO - MS011207
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : PABLO HENRIQUE GARCETE SCHRADER E OUTRO(S) - MS008692

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FRANCISCO CLEITON ADRIANO
ADVOGADO : FRANCISCO CLEITON ADRIANO (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTRO - MS011207
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : PABLO HENRIQUE GARCETE SCHRADER E OUTRO(S) - MS008692

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA 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 Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.