



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 43.879 - MA
(2013/0323757-1)**

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : ORLICA MARIA MARTINS PEREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MARIA LARISSA GUSMÃO SOUZA
ADVOGADO : THIAGO HENRIQUE DE SOUSA TEIXEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

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. (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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), dar provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança da parte autora, nos termos do voto do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente) e Regina



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Helena Costa.

Brasília (DF), 19 de maio de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator p/ Acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 43.879 - MA
(2013/0323757-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : ORLICA MARIA MARTINS PEREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MARIA LARISSA GUSMÃO SOUZA
ADVOGADO : THIAGO HENRIQUE DE SOUSA TEIXEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo ESTADO DO MARANHÃO contra a decisão que deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, assim ementada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE SERVIDORES NO PERÍODO DA VIGÊNCIA DO CERTAME. COMPROVAÇÃO DA PRETERIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

2. Defende o agravante, inicialmente, existência de Repercussão Geral sobre o tema reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 837.311/PI, razão pela qual os autos deveriam ficar sobrestados até o julgamento do aludido Recurso Extraordinário.

3. No mérito, sustenta que a contratação de professores temporários não transforma a mera expectativa de nomeação dos aprovados no concurso público em direito subjetivo à nomeação, pois os processos seletivos deflagrados ao longo do ano têm como finalidade apenas atender a razões de excepcional interesse público. Neste passo, não se pode confundir a contratação de professores temporários, que tem suporte constitucional, com a contratação de professores a título precário, sem embasamento legal.

4. Ressalte-se, ainda, que nem o surgimento de novas vagas dentro do prazo de validade do concurso garante aos candidatos aprovados fora do número de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vagas o direito subjetivo à nomeação, pois o preenchimento daquelas depende da conveniência e oportunidade administrativas, por se tratar de ato discricionário da Administração Pública.

5. Requer a reconsideração da decisão agravada ou que o presente recurso seja levado para apreciação da Turma competente.

6. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 43.879 - MA
(2013/0323757-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : ORLICA MARIA MARTINS PEREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MARIA LARISSA GUSMÃO SOUZA
ADVOGADO : THIAGO HENRIQUE DE SOUSA TEIXEIRA E OUTRO(S)

VOTO VENCIDO

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE SERVIDORES NO PERÍODO DA VIGÊNCIA DO CERTAME. COMPROVAÇÃO DA PRETERIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO MARANHÃO DESPROVIDO.

1. *É entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.*

2. *Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há a contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento das vagas existentes, em manifesta preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.*

3. *Assim, não obstante a aprovação da candidata no concurso público ter sido fora do número de vagas previsto no edital (13 vagas), deverá a Administração nomear a candidata que demonstrou ter sido preterida por contratações temporárias de professores para o mesmo cargo e na mesma lotação em que a impetrante foi aprovada e classificada em 1a. colocação.*

4. *Agravo Regimental do ESTADO DO MARANHÃO desprovido.*

1. *A despeito das alegações do agravante, razão não lhe assiste,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. A questão em debate cinge-se à existência do direito à nomeação de candidato que logrou aprovação em concurso público, ainda que fora do número de vagas previstas no Edital.

3. A matéria tem imediata disciplina na própria Constituição que previu duas ordens de direito ao candidato devidamente aprovado em um concurso público: o direito de precedência, dentro do prazo de validade do certame, em relação aos candidatos aprovados em concurso superveniente e o direito de convocação por ordem descendente de classificação de todos os aprovados.

4. Sobre o tema, a jurisprudência mais abalizada já assentou a orientação de que esses direitos estão condicionados ao poder discricionário da Administração quanto à conveniência e oportunidade do chamamento dos aprovados. Tem-se, pois, que a habilitação em concurso não cria, para o aprovado, direito à nomeação, mas somente uma mera expectativa de direito, salvo quando aprovado dentro do número de vagas ofertadas no Edital.

5. Por outro lado, caso haja omissão ou recusa na nomeação de candidato devidamente aprovado em concurso público, cujo prazo ainda não expirou, e ficar comprovado nos autos a necessidade de a Administração preencher as vagas existentes, o candidato passa, então, a ter direito subjetivo a ser nomeado.

6. A Administração não pode, assim, providenciar recrutamento de servidores através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual ainda existam candidatos aprovados aguardando a nomeação. Tal direito subjetivo tem fundamento na constatação da existência de vaga em aberto e da premente necessidade de pessoal apto a prestar o serviço atinente ao cargo em questão. Nesse sentido:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO
REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - CONCURSO
PÚBLICO - APROVAÇÃO DE CANDIDATOS FORA DO NÚMERO DE
VAGAS DO EDITAL - NOVAS VAGAS - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA -*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO - ACÓRDÃO JULGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ - SÚMULA 83/STJ - ART. 67 DA LEI 9.478/97, REGULAMENTADO PELO DECRETO 2.745/98 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF.

1. É firme nesta Corte o entendimento de que deve ser reconhecido o direito subjetivo a nomeação aos candidatos aprovados fora das vagas em concurso público se, no prazo de validade do certame, suceder contratação precária para o preenchimento de vagas existentes do órgão, em nítida preterição dos aprovados.

2. É inviável em recurso especial a análise de tese que não foi prequestionada na instância de origem. Súmula 282/STF.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 256.010/RN, 2T, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 7.5.2013).



ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR. CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. A expectativa de direito à nomeação se transforma em direito subjetivo com relação aos candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital se, ainda no prazo de validade do concurso público, há contratação precária para o exercício dos cargos em disputa. Precedentes.

2. Hipótese em que o próprio recorrente firmou contrato de trabalho por tempo determinado, que foi objeto de renovação, para exercer as funções do cargo de Médico, com especialidade em Cirurgia Pediátrica, para o qual prestou concurso público e foi aprovado em primeiro lugar, demonstrando a necessidade de preenchimento de vaga.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RMS 19.952/SC, 6T, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 29.4.2013).



ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO A NOMEAÇÃO. POSTERIOR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO PARA O MESMO CARGO. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a mera expectativa de nomeação de 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 em concurso público, estariam aptos a ocupar o cargo ou a função.

2. Se a Administração, durante o prazo de validade de concurso, contrata terceiros em situação precária para exercer cargos vagos que deveriam ser preenchidos apenas por meio de concurso público, a mera expectativa de direito transforma-se em direito líquido e certo, pois incompatível com os princípios da moralidade e da boa-fé, ressalvadas as situações constitucionalmente previstas.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem não analisou se a vaga pretendida pela ora agravante foi preenchida de forma irregular. Necessidade de retorno dos autos.

Agravo regimental improvido (AgRg no AgRg no REsp. 1.333.715/RJ, 2T, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 4.3.2013).

7. Os documentos carreados aos autos comprovam que o Estado realizou a contratação precária de servidores para ocupar o cargo de Professor de Língua Portuguesa, com lotação na cidade de Itapecuru-Mirim/MA durante a vigência do concurso, como alegado pela Impetrante.

8. Assim, não obstante a aprovação da candidata no concurso público ter sido fora do número de vagas previsto no edital (13 vagas), deverá a Administração nomear a candidata que demonstrou ter sido preterida por contratações temporárias de professores para o mesmo cargo e na mesma lotação em que a impetrante foi aprovada e classificada em 180. colocação.

9. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESTADO DO MARANHÃO.

10. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 43.879 - MA
(2013/0323757-1)**

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : ORLICA MARIA MARTINS PEREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MARIA LARISSA GUSMÃO SOUZA
ADVOGADO : THIAGO HENRIQUE DE SOUSA TEIXEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

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. (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.

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Estado do Maranhão contra a decisão da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho que deu provimento ao recurso ordinário da impetrante (fls. 165/170, e-STJ), sob a conclusão, em suma, "a Administração não pode, assim, providenciar recrutamento de servidores através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual ainda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existam candidatos aprovados aguardando a nomeação. Tal direito subjetivo tem fundamento na constatação da existência de vaga em aberto e da premente necessidade de pessoal apto a prestar o serviço atinente ao cargo em questão."

A decisão agravada está assim ementada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE SERVIDORES NO PERÍODO DA VIGÊNCIA DO CERTAME. COMPROVAÇÃO DA PRETERIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

Nas razões do agravo regimental, alega o agravante, em apertada síntese, que a contratação de professores temporários- de forma precária-, não tem o condão de convolar a expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público fora das vagas ofertadas, haja vista que os processos seletivos deflagrados ao longo do ano têm como finalidade apenas atender razões de excepcional interesse público, consoante firmado pela jurisprudência do Tribunal de origem e deste Superior Tribunal de Justiça.

Nesse passo, diz ainda, que não há confundir a contratação de professores temporários, que tem suporte constitucional, com a contratação de de professores a título precário, sem embasamento legal.

Afirma, ademais, que nem mesmo o surgimento de novas vagas durante prazo de validade do concurso gera o direito subjetivo à nomeação, pois o seu preenchimento é ato discricionário da Administração Pública e, portanto, depende da conveniência e oportunidade administrativas.

Sustenta, ainda, que a contratação de professores temporários tem respaldo na Lei Estadual nº 6.915/97 e visa, tão somente, atender a necessidade de excepcional interesse público por meio de processo seletivo simplificado, que não pode ser confundido com o concurso público para o preenchimento de cargo efetivo (fls. 185, e-STJ).

Por fim, alega que "o Estado do Maranhão não dispõe de recursos orçamentários suficientes para a criação de cargos para a nomeação de todos os candidatos excedentes no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso sem comprometer os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000)" (fls. 191/192, e-STJ).

Com razão o agravante. Vejamos.

Preambularmente, a concessão da segurança – e, por extensão, o provimento do respectivo recurso ordinário – pressupõe a existência de direito líquido e certo a ser protegido de ilegalidade ou abuso de poder, conforme dispõe o art. 1º da Lei n. 12.016/2009.

No caso concreto, a impetrante pretende a nomeação para o cargo de Professor de Língua Portuguesa no Ensino Médio Regular, no qual logrou aprovação e classificação em 18º lugar no certame aberto pelo Edital nº 01/2009.

Com efeito, tem-se que a autora, disputando treze (13) vagas para o cargo de professora de língua portuguesa no ensino médio, no município de Itapecuru-Mirim (cf. Edital nº 001/2009 - fls. 25/46), viu-se **aprovada na décima oitava(18ª) colocação** (fls. 18, e-STJ), tendo os candidatos aprovados até o 13º colocado sido regularmente nomeados.

Na situação, a preterição poderia ficar configurada caso a impetrante tivesse demonstrado que, no período de validade do concurso, houvesse a contratação temporária de pelo menos 18 professores para a especialidade em que foi aprovada no certame. Ademais, o edital de abertura do certame previu apenas 13 vagas para a especialidade da impetrante, estando a administração vinculada a este número.

O não-aproveitamento de candidatos aprovados em concurso público ainda na vigência do seu prazo de validade não caracteriza ilegalidade. Aprovação em concurso público que gera mera expectativa de direito. Embora a manifestação do eg. Superior Tribunal de Justiça no sentido de existir direito adquirido quando o candidato alcança classificação dentro do número de vagas previstas no edital.

Importante registrar que o *writ* foi impetrado em 05/09/2011, ainda no prazo de vigência do concurso, haja vista que fora homologado em fevereiro de 2010, e prorrogado por igual período até fevereiro de 2012 (fls. 29/56, e-STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Posto isso, deve-se anotar que ambas as Turmas da Primeira Seção do STJ têm externado o entendimento de que *"o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação [...] compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições"* (RMS 33.875/MT, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 22/06/2012). No mesmo sentido, dentre outros: AgRg no RMS 34.975/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/11/2011; RMS 34.095/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/08/2011.

Depreende-se dos precedentes citados, que aqueles que impetram mandado de segurança, no prazo de validade do certame, objetivando a nomeação em razão de entenderem haver cargos vagos a serem preenchidos, não têm direito subjetivo à nomeação nem à reserva de vaga, porquanto ausente direito líquido e certo.

Ainda, *"eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública"* (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1398319/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/03/2012). Sobre o tema, mutatis mutandis, vide, dentre outros: RMS 33.875/MT, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 22/06/2012; AgRg no REsp 1234880/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, DJe 27/10/2011.

Depreende-se, portanto, que o posicionamento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça induz à conclusão de que o candidato constante de cadastro de reserva, ou, naqueles concursos que não se utiliza essa expressão, tenha logrado aprovação fora do número de vagas previsto no edital, só terão direito à nomeação nos casos em que cabalmente comprovada preterição, seja pela inobservância da ordem de classificação, seja por contratações irregulares.

Tem-se que, nessas situações, a necessidade e o interesse da Administração, no preenchimento de vagas além daquelas previstas originalmente no edital do concurso, pode ser presumida pelo magistrado, daí porque pode-se reconhecer, judicialmente, o direito à nomeação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impondo-se ao administrador a contratação, sem que seja ofendido o princípio constitucional da Independência dos Poderes.

Fora dessas hipóteses, não se apresenta adequada a imposição judicial de provimento de cargos ou empregos públicos, porquanto o Poder Judiciário não pode substituir a gerência administrativa e orçamentária das pessoas jurídicas de direito público, entidades ou órgãos da administração, obrigando-os ao provimento de cargos ou à contratação de pessoas, pois, além de ser da competência privativa da autoridade competente o provimento de cargos públicos (v.g.: art. 84, XXV, da Constituição Federal de 1988), há eventual necessidade de observância das autonomias funcional, administrativa e orçamentária, conforme o caso.

Convém sinalizar que, no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE 598.099/MS, no qual fora reconhecida a repercussão geral do tema, foi ressaltado *"que o dever da administração e, em consequência, o direito dos aprovados, não se estende a todas as vagas existentes, nem sequer àquelas surgidas posteriormente, mas apenas àquelas expressamente previstas no edital de concurso. Isso porque cabe à Administração dispor dessas vagas da forma mais adequada, inclusive transformando ou extinguindo, eventualmente, os respectivos cargos"*.

Como acima se verifica, à luz do entendimento jurisprudencial que vem sendo externado pelo STJ e pelo STF, o direito à nomeação daqueles que não foram aprovados para os cargos previstos no edital está condicionado à comprovação da inobservância da ordem de classificação ou da existência de contratações irregulares/ilícitas, o que não se observa no caso dos autos.

Concluído, doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que os candidatos aprovados em concurso público têm mera expectativa de direito à nomeação, porquanto dependentes do juízo de oportunidade e conveniência da Administração, não menos correto, porém, que tal direito nasce se dentro do prazo de validade do certame, são preenchidas as vagas existentes por terceiros não concursados, mormente à título de contratação precária. No caso *sub examine*, não demonstrada a alegada preterição da impetrante necessária à constituição do direito subjetivo à nomeação, deve ser negado provimento ao recurso.

Por tudo isso, **dou provimento ao agravo regimental para negar provimento ao**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso ordinário em mandado de segurança.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0323757-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
RMS **43.879 / MA**

Números Origem: 00050281320118100000 0045902013 0246252011 45902013 50281320118100000

EM MESA

JULGADO: 19/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

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 : MARIA LARISSA GUSMÃO SOUZA
ADVOGADO : THIAGO HENRIQUE DE SOUSA TEIXEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : ORLICA MARIA MARTINS PEREIRA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : ORLICA MARIA MARTINS PEREIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MARIA LARISSA GUSMÃO SOUZA
ADVOGADO : THIAGO HENRIQUE DE SOUSA TEIXEIRA E OUTRO(S)

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 maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), deu provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança da parte autora, nos termos do voto do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa.