



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.787 - TO (2013/0100181-9)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
RECORRENTE : IVA ALVES COSTA MARINHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
RECORRIDO : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADOR : BRUNO NOLASCO DE CARVALHO E OUTRO(S)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Discute-se no *mandamus* o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em enfermagem do Estado do Tocantins.
2. A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie.
3. No caso, a candidata obteve a 18ª colocação no concurso para o preenchimento de 10 vagas e formação de cadastro de reserva, não havendo nos autos elementos que comprovem a preterição do direito à nomeação, pois não se demonstrou o real surgimento de vagas efetivas para o cargo pretendido, no período de validade do concurso, para a localidade específica.
4. A remoção ou cessão de um servidor para outra localidade não caracteriza "vacância de cargo" para fins de provimento pelos aprovados em concurso público.
5. Da mesma forma, inexistem documentos suficientes para caracterizar a ilegalidade das contratações temporárias, sendo necessária dilação probatória para que se realize juízo de valor a respeito dos pressupostos autorizadores da celebração de contratos com fundamento no art. 37, IX, da Constituição da República.
6. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

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 recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 28 de abril de 2015(Data do Julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques
Presidente

Ministro Og Fernandes
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.787 - TO (2013/0100181-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Iva Alves Costa Marinho contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, assim ementado (e-fls. 155):

MANDADO DE SEGURANÇA - APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - CADASTRO DE RESERVA - INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ABERTURA DE VAGAS - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO 1- O mandado de segurança pleiteia a nomeação de candidato aprovado para o cadastro de reserva, porquanto existiriam cessão e remoção de servidores da localidade, razão pela qual o impetrante aduz a abertura de novas vagas. 2.- O direito líquido e certo à nomeação abarca somente os candidatos aprovados dentro do limite de vagas, tal como previsto inicialmente no edital; aos abrangidos pelo cadastro de reserva existe apenas uma expectativa de direito. 3. Em não se comprovando a abertura de novas vagas, não há de se falar em direito líquido e certo. 4 – Ordem denegada.

Argumenta a recorrente ter sido aprovada em concurso público para o preenchimento do cargo de Técnico em enfermagem, mas o Estado do Tocantins não a nomeou, pois está se valendo indevidamente de contratações temporárias.

Alega que "em que pese a aprovação da recorrente ter sido obtida fora do número de vagas previstas no edital, ela possui direito subjetivo à nomeação para o cargo, considerando que já foram nomeados os aprovados do 1º (primeiro) ao 17º (décimo sétimo) lugar, sendo que na última nomeação foram convocados sete aprovados, dos quais três foram transferidos do Hospital de Alvorada. Assim, a recorrente é a próxima candidata a ser nomeada, e há vagas para serem preenchidas pela Administração Pública".

Acrescenta que, apesar de ser certo que existem mais vagas, o recorrido, ao invés de nomear os remanescentes do cadastro reserva, conforme previsto no edital, lança mão de contratos temporários, às dezenas de milhares, sem especificar a cidade para a qual foram designados, em franca preterição ao direito dos aprovados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contrarrazões às e-fls. 181/189.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (e-fls. 204/208).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.787 - TO (2013/0100181-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Discute-se no *mandamus* o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em Enfermagem do Estado do Tocantins.

A recorrente alega que o ente estatal realiza contratações temporárias, preterindo o direito daqueles que foram aprovados no certame público.

Não assiste razão à irresignação.

Como de sabença, o mandado de segurança é ação de rito especial que exige a comprovação de plano do alegado direito líquido e certo, sendo inadmissível dilação probatória.

No caso, a candidata obteve a 18ª colocação no concurso para o preenchimento de 10 vagas e formação de cadastro de reserva para o cargo de Técnico em Enfermagem a ser provido no Município de Alvorada/TO.

Todavia, não há nos autos elementos que comprovem a preterição do direito à nomeação, não se demonstrando o efetivo surgimento de vagas efetivas para o cargo pretendido, no período de validade do concurso, para a localidade específica, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento, seja pela realização de novo concurso público dentro do prazo de vigência do certame anterior.

Com efeito, o fato de ter havido a remoção a bem do interesse público de dois servidores, assim como a cessão de outro, não leva ao surgimento de novas vagas de caráter efetivo, pois o tipo de provimento que se está a tratar é diverso.

Da mesma forma, inexistem documentos suficientes para caracterizar a ilegalidade das contratações temporárias, sendo necessária dilação probatória para que se realize juízo de valor a respeito dos pressupostos autorizadores da celebração de contratos com fundamento no art. 37, IX, da Constituição da República.

Nesse sentido, esta Corte de Justiça já se manifestou:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO. REMOÇÃO DE SERVIDOR PARA OUTRA LOCALIDADE. VACÂNCIA DO CARGO NÃO CARACTERIZADA. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. ATO DISCRICIONÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por Carlos Eduardo Dias de Almeida com o objetivo de assegurar direito à nomeação para o cargo de Técnico Judiciário do Estado de Rondônia, no qual foi aprovado na 11ª posição, isto é, fora do número das vagas inicialmente previstas (oito vagas) para a Comarca de Presidente Médici, cidade para a qual concorreu.

2. O agravante alega que possui direito subjetivo à nomeação, porquanto ocorreu a remoção da servidora Aline Silva Ribeiro de Moraes, 9ª colocada, para outra localidade (Vilhena/RO), surgindo assim vaga na localidade de Presidente Médici.

3. A jurisprudência do STJ firmou que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito líquido e certo à nomeação. Durante o período de validade do certame, compete à Administração, atuando com discricionariedade, nomear os candidatos aprovados de acordo com sua conveniência e oportunidade.

4. Esse entendimento (poder discricionário da Administração para nomear candidatos aprovados no certame durante sua validade) é limitado na hipótese de haver contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos e ainda existirem candidatos aprovados no concurso. Nessas situações, a expectativa de direito destes seria convolada, de imediato, em direito subjetivo à nomeação.

5. Tal direito também se manifesta quando, durante o prazo de validade do concurso, demonstrado o interesse da Administração Pública, surgirem novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento, seja pela realização de novo concurso público dentro do prazo de vigência do certame anterior.

6. Não caracteriza "vacância de cargo" para fins de provimento pelos aprovados em concurso público a simples remoção de um servidor para outra comarca.

7. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prorrogação do prazo de validade do concurso público é faculdade outorgada à Administração, exercida segundo critérios de conveniência e oportunidade, os quais não estão suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário.

8. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 39.748/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 10/05/2013)

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRECÁRIA DE TERCEIROS. DECRETO DE CALAMIDADE PÚBLICA (ART. 37, IX, CF/88). PRETERIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por candidata aprovada em 14º lugar para o cadastro de reserva de certame que dispunha inicialmente de apenas duas vagas para o cargo de Assistente de Serviços de Saúde no Município de Araguaçu/TO. Refere que foram convocados os 8 primeiros classificados, dos quais, todavia, 2 desistiram e não tomaram posse.

2. **No caso concreto, a impetrante obtivera aprovação fora do número de vagas previstas no edital. Na particularidade dos autos, a convocação dos 8 primeiros aprovados não atinge a esfera pessoal da requerente, considerando ainda existir à sua frente outros 3 candidatos a serem nomeados antes de ser chamada para assumir o cargo público. Nesse panorama, a concessão da segurança implicaria verdadeira quebra da ordem de classificação dos aprovados que antecedem a impetrante.**

3. Ademais, a prova dos autos demonstra que as contratações temporárias foram motivadas por situação de calamidade pública (art. 37, IX, CF/88), hipótese que gera ao Estado uma vinculação jurídica precária, bastante diferente daquela mantida com o servidor efetivo, de natureza permanente. Precedente.

4. A remoção de servidor não assegura direito líquido e certo à nomeação, seja porque se trata de formas diversas de provimento - derivado e originário -, seja porque o deslocamento de um único servidor ainda não atingiria a classificação titularizada pela 14ª colocada. Precedentes.

5. Nesse panorama, não há prova cabal de que tenha havido preterição da impetrante, de modo que não ostenta direito líquido e certo à nomeação.

6. Recurso Ordinário não provido (STJ, RMS 39.271/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/10/2013).

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. CANDIDATO. CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO. NOMEAÇÃO. DECORRÊNCIA. PRETERIÇÃO. CONTRATAÇÃO. TERCEIROS. SUPERVENIÊNCIA. VACÂNCIA. AUSÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. **É vetusta a lição de que o processo mandamental constrói-se mediante rito angusto, destituído de dilação probatória, de sorte que o demandante deve necessariamente alicerçar a sua causa de pedir em prova pré-constituída por si próprio.**

2. **Caso concreto em que a agravante pleiteava a nomeação a cargo público, mas não comprovava a preterição ocasionada pela contratação temporária de terceiros para a mesma função nem a exoneração dos candidatos que lhe precediam na ordem de classificação, a partir do quê, então, surgira supostamente a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vacância.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no RMS 41.952/TO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/05/2014).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Discute-se no *mandamus* o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em Enfermagem do Estado do Tocantins.

2. A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie.

3. No caso, a candidata obteve a 1.667ª colocação no concurso para o preenchimento de 135 vagas e formação de cadastro de reserva, não havendo nos autos elementos suficientes para demonstrar a preterição do direito de ser nomeada.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento (RMS 44.191/TO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe de 18/12/2013).

CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. SUPOSTA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MESMO CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se por admitir a convolação da mera expectativa de direito em direito público subjetivo quando o candidato aprovado fora do número de vagas tem sua nomeação preterida diante do surgimento, dentro do período de validade do concurso, de vacância do cargo ou de contratação temporária para as mesmas funções.

2. É forçoso, no entanto, a comprovação dessa situação por quem a alega, não havendo no caso concreto evidência de que a contratação temporária efetuada pela Administração tocantinense tenha sido exatamente para as mesmas funções do cargo público oferecido no edital do concurso.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg nos EDcl no RMS 40.715/TO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/09/2013).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Discute-se no *mandamus* o direito à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas em concurso público, em virtude da contratação de servidores temporários.

2. **De acordo com a jurisprudência do STJ, 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 virtude da contratação de servidores temporários.**

3. **Na espécie, não há no writ elementos conclusivos acerca dos cargos vagos destinados ao município de Palmas, nem do número de servidores contratados temporariamente para exercer a atividade de assistente social naquela localidade, o que impossibilita a aferição do suscitado direito subjetivo à nomeação.**

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 40.714/TO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 14/03/2013)

O Tribunal de origem, ao analisar a matéria, assim se manifestou (e-fls.

159/160):

De efeito, compulsando os autos, verifica-se que a impetrante foi aprovada no Concurso Público destinado ao preenchimento do cargo de técnico de enfermagem, com lotação prevista para a cidade de Alvorada/TO, do quadro de profissionais da Secretaria da Saúde do Estado do Tocantins (Edital nº 001/Quadro Saúde/2008), figurando no cadastro de reserva na 18ª posição.

Como é sabido, a simples aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, configurando mera expectativa de direito à investidura no cargo concorrido, sobretudo no caso dos autos, em que o impetrante foi aprovado no cadastro de reserva.

O direito líquido e certo à nomeação abarca somente os candidatos aprovados dentro do limite de vagas, tal como previsto inicialmente no edital, aos abrangidos pelo cadastro de reserva reside uma expectativa de direito e a vedação à preterição.

(...)

Sendo assim, conforme bem salientado pelo representante Ministerial (Evento 89), os fatos alegados pela impetrante (quais sejam as 03 remoções/cessões de servidores), não geram a abertura de novas vagas a fim de ensejar o direito líquido e certo da mesma para o preenchimento destas vagas.

A aprovação da impetrante não gera o direito à nomeação, tendo em vista que, no presente caso, a Administração não está obrigada a efetuar quaisquer nomeações, estando estas sujeitas a seu interesse e conveniência, de acordo com sua necessidade.

Cabe ressaltar, ainda, que o Estado do Tocantins está acima do limite



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prudencial de gastos com pessoal de 46,55%, nos termos do artigo 22, parágrafo único da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme o Diário Oficial n. 3474, de 28 de setembro de 2011; nele consta que o total de despesas com pessoal atingiu grau elevado de 48,27%, sendo que o limite máximo permitido é de 49%, nos termos do artigo 19, inciso II da Lei Complementar 101/2000.

Portanto, sem a análise discricionária de conveniência e oportunidade do gestor público para novas nomeações, bem como a adequação de despesas com pessoal, tendo em vista os limites máximos e prudenciais, previstos na Lei Complementar 101/2000, poderia gerar graves danos aos cofres público, bem como um ato antijurídico por parte do gestor público.

Por fim, em que pese a publicação de termo de compromisso de serviço público de caráter temporário, do Diário Oficial do Estado de n. 3.565, de 08 de fevereiro de 2012, não podemos extrair que a contratação temporária se deu para a localidade da vaga pretendida pela impetrante.

A via do *writ* não admite dilação probatória e a simples menção de contratações temporárias, sem a devida comprovação da localidade para a qual estas contratações se deram, não gera direito líquido e certo a ser defendido pela via do *mandamus*.

Isto posto, no mérito, ante a legalidade do ato combatido e a ausência de direito líquido e certo a ser amparado por este *mandamus*, NEGO PROVIMENTO ao presente *writ*.

Nesse contexto, não há direito líquido e certo à nomeação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0100181-9

RMS 41.787 / TO

Números Origem: 50003237320128270000 786165256112

PAUTA: 28/04/2015

JULGADO: 28/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : IVA ALVES COSTA MARINHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
RECORRIDO : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADOR : BRUNO NOLASCO DE CARVALHO E OUTRO(S)

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

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 recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.