



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 49.734 - RJ
(2015/0283462-9)**

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : CAMILA ROSA DA SILVA
ADVOGADOS : LEONARDO DE CARVALHO BARBOZA - RJ116636
THIAGO COSTA SERRA NUNES - RJ198650
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JONER AUGUSTUS TOLEDO DE CARVALHO FOLLY E
OUTRO(S) - RJ082811

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. RE 873.311/PI. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CABAL. ARBITRARIEDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. SUPOSTA PRETERIÇÃO POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.

I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento, pelo regime da repercussão geral, do RE 837.311/PI, relator o Em. Ministro Luiz Fux, fixou a respeito da temática referente a direito subjetivo à nomeação por candidatos aprovados fora das vagas previstas em edital a seguinte tese: "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, caracterizada 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, 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."

II - A contratação de pessoal sem observância da regra constitucional do concurso público tem aptidão para configurar preterição imotivada e arbitrária, mas não há falar em necessária ilegalidade nessa conduta, porque o art. 37, inciso IX, da Constituição da República confere essa habilidade ao Administrador Público, dentro das hipóteses da respectiva lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regência, fazendo-se necessária, contudo, a observância dos requisitos estabelecidos no RE 658.026/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgado pelo regime da repercussão geral, a saber, que (a) os casos excepcionais estejam previstos em lei, (b) o prazo de contratação seja predeterminado, (c) a necessidade seja temporária, (d) o interesse público seja excepcional, e (e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

III - Além disso, também é o entendimento assente nesta Corte de Justiça que o candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas possui somente mera expectativa de direito à nomeação. Eventuais contratações temporárias devem ser efetivamente demonstradas e, por si só, não comprovam a preterição de candidatos. (RMS 52.020, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 5/4/2017; AgInt no RMS 51.806, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 30/3/2017; AgInt no RMS 45.358, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 25/10/2016; e RMS 51.961/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 8/11/2016, DJe 14/11/2016).

IV - Agravo interno 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, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 49.734 - RJ
(2015/0283462-9)**

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de medida liminar, contra suposto ato coator que teria sido praticado pelo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro, que objetiva nomeação e posse do impetrante no cargo de Técnico de Atividade Judiciária, sem Especialidade, com valor da causa fixado em R\$ 1.000,00 (mil reais) (fls. 1-13).

O pedido liminar foi julgado improcedente. (fls. 24-25).

A segurança foi denegada nos termos da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO DE ATIVIDADE JUDICIÁRIA. SUPOSTO DIREITO À NOMEAÇÃO EM FACE DE CONTRATAÇÕES PRECÁRIAS. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A AMPARAR.

Em se tratando de mandado de segurança, o direito invocado deve ser comprovado de plano, do contrário, não há que se falar em liquidez e certeza. O procedimento do writ of mandamus não admite dilação probatória, de modo que, todas as provas dos fatos e situações que embasam o direito invocado devem acompanhar a inicial. Inexistindo prova pré-constituída da alegada contratação irregular de terceirizados/requisição de servidores cedidos de outros órgãos para exercer as mesmas funções do cargo para o qual ainda existiam candidatos aprovados aguardando nomeação, revela-se imprópria a impetração do writ, vez que não preenchidos os requisitos legais. (fl. 54).

Foi interposto recurso ordinário com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal (fls. 80-91).

Foi proferida a decisão ora agravada, de fls. 566-569, pela qual negou-se provimento ao recurso ordinário sob o fundamento de que candidato incluído em cadastro de reserva, no prazo de validade do certame, tem mera expectativa de direito, salvo comprovação de que, de alguma forma, esteja sendo preterido, como, por exemplo, a contratação temporária ilícita. Conforme ementa do julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO, POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

No agravo interno, a parte agravante alega ter sido aprovada, em cadastro reserva, para o cargo de Técnico de Atividade Judiciária, sem Especialidade, referente à 8ª região do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo obtido a 158ª colocação. Alega ter sido preterida por ato da autoridade coatora que manteve diversos contratos com cedidos e terceirizados, que exerciam as mesmas funções do cargo para o qual fora aprovada. (fls. 575-583).

A parte agravada apresentou manifestação pelo não conhecimento do agravo interno (fls. 586-588).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 49.734 - RJ
(2015/0283462-9)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os candidatos classificados em concurso público, fora do número de vagas previstas no edital, têm apenas expectativa de direito à nomeação.

De fato, o surgimento de novas vagas ou mesmo a abertura de outro concurso durante o prazo de validade de concurso anterior não gera, *ipso facto*, o direito à nomeação dos candidatos que compõem cadastro de reserva, exceto nos casos de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública, a serem demonstrados de forma cabal pelo candidato (STF Pleno. RE 837.311/PI. Repercussão Geral. Rel. Min. Luiz Fux. DJe 18.04.2016).

É entendimento assente nesta Corte de Justiça que o candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas possui somente mera expectativa de direito à nomeação. Eventuais contratações temporárias devem ser efetivamente demonstradas e, por si só, não comprovam a preterição de candidatos. Assim, para transformar a expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação, deve existir prova pré-constituída nos autos da ilegalidade da contratação temporária celebrada pela Administração, bem como a existência de cargo público vago.

Dessa forma, é o entendimento dominante nesta Corte:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. RE 873.311/PI. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CABAL. ARBITRARIEDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento, pelo regime da repercussão geral, do RE 837.311/PI, relator o Em. Ministro Luiz Fux, fixou a respeito da temática referente a direito subjetivo à nomeação por candidatos aprovados fora das vagas previstas em edital a seguinte tese: "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, caracterizada 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, 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."

2. Não comprovada de forma cabal, portanto, na forma do item 3 referido, a ocorrência de preterição arbitrária e imotivada, por parte da Administração Pública, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público, é correta a denegação da ordem mandamental.

3. O referido julgado do Supremo Tribunal Federal não impede por completo o reconhecimento do direito no caso de candidatos aprovados fora do número de vagas previsto em edital, mas apenas exige em tal situação uma atuação processual mais robusta do candidato, impondo-lhe o ônus de provar de modo rigoroso a situação arbitrária e imotivada de preterição.

4. A contratação de pessoal sem observância da regra constitucional do concurso público tem aptidão para configurar preterição imotivada e arbitrária, mas não há falar em necessária ilegalidade nessa conduta, porque o art. 37, inciso IX, da Constituição da República, confere essa habilidade ao Administrador Público, dentro das hipóteses da respectiva lei de regência, fazendo-se necessário, contudo, a observância dos requisitos estabelecidos no RE 658.026/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgado pelo regime da repercussão geral, a saber, que (a) os casos excepcionais estejam previstos em lei, (b) o prazo de contratação seja predeterminado, (c) a necessidade seja temporária, (d) o interesse público seja excepcional, e (e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

5. Esclareça-se, neste último, que a contratação temporária para o exercício de funções relacionadas a cargos de natureza permanente, a atividades corriqueiras do Estado, embora indesejável, pode ou não caracterizar ilegalidade, a depender de configuradas ou não situações emergenciais e transitórias.

6. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assenta que a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não constitui obrigatoriamente ato ilegal quando recair sobre funções relacionados a "cargos permanentes" e a atividades corriqueiras, ordinárias, desde que justificada a emergencialidade e o propósito de evitar solução de continuidade na prestação do serviço público. Em caso análogo, mas sobre a contratação temporária de professores, confira-se a ADI 3.721/CE (Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Acórdão Eletrônico DJe-170 Divulg 12-08-2016 Public 15-08-2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Sendo assim, cumpria ao interessado demonstrar cabalmente, como indicado no RE 837.311/PI, que a contratação temporária de terceiros, no caso concreto, fugia à autorização constitucional, segundo a compreensão sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, e que causava a preterição ao aventado direito à nomeação, pena de denegação da ordem.

8. Observe-se ainda que a teor do que tratam os arts. 48, inciso I, 61, § 1.º, inciso II, alínea "a", e 169, § 1.º, incisos I e II, todos da Constituição da República, a criação e o provimento de cargos constituem matéria de reserva legal, que deverá observar outrossim prévia dotação orçamentária e autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias.

9. Dessa forma, a circunstância de alguém ser contratado temporariamente, mesmo na conjectura de ilegalidade dessa contratação, não tem o condão de criar cargo nem vacância em favor de candidato aprovado em cadastro de reserva, porque cargo somente se cria por lei, atendidas as condições do art. 169 da Constituição.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 51.961/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/11/2016, DJe 14/11/2016).

Nesse contexto, verificando-se dos autos que a agravante não logrou êxito em comprovar a suposta ilegalidade das eventuais contratações temporárias por ela mencionadas e não sendo o número de contratações motivo suficiente para se concluir pela ilegalidade, correta a decisão agravada.

Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0283462-9

AgInt no
RMS 49.734 / RJ

Números Origem: 00484091720148190000 484091720148190000

PAUTA: 03/08/2017

JULGADO: 03/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SANDRA VERÔNICA CUREAU

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CAMILA ROSA DA SILVA
ADVOGADOS : LEONARDO DE CARVALHO BARBOZA - RJ116636
THIAGO COSTA SERRA NUNES - RJ198650
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JONER AUGUSTUS TOLEDO DE CARVALHO FOLLY E OUTRO(S) -
RJ082811

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor
Público Civil - Regime Estatutário - Nomeação

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : CAMILA ROSA DA SILVA
ADVOGADOS : LEONARDO DE CARVALHO BARBOZA - RJ116636
THIAGO COSTA SERRA NUNES - RJ198650
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JONER AUGUSTUS TOLEDO DE CARVALHO FOLLY E OUTRO(S) -
RJ082811

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)."

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