



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 53.908 - GO (2017/0091108-8)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : DIEGO DOS SANTOS COSTA
ADVOGADOS : SANDRO DE ABREU SANTOS - GO028253
LUCAS MENDONCA VIEIRA E OUTRO(S) - GO042575
RECORRIDO : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : LEILA MARIA CUNHA PRUDENTE E OUTRO(S) - GO007344

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONCURSO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE GOIÁS. CADASTRO RESERVA. PRETERIÇÃO NA ORDEM DE CONVOCAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. O mandado de segurança possui como requisito inarredável a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço, nessa via, para a dilação probatória. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que seja prontamente exercido. Precedentes.

2. Hipótese em que não ficou configurada, de pronto, a preterição do candidato aprovado em cadastro reserva para o cargo de soldado da Polícia Militar do Estado de Goiás.

3. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que "os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro 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. Nesse sentido: AgInt no RMS 49.983/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 20/3/2017; AgRg no RMS 49.610/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/4/2016; AgRg no RMS 49.219/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/2/2016.

4. Recurso 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, Assusete Magalhães (Presidente), Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de agosto de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Og Fernandes
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 53.908 - GO (2017/0091108-8)

RECORRENTE : DIEGO DOS SANTOS COSTA
ADVOGADOS : SANDRO DE ABREU SANTOS - GO028253
LUCAS MENDONCA VIEIRA E OUTRO(S) - GO042575
RECORRIDO : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : LEILA MARIA CUNHA PRUDENTE E OUTRO(S) - GO007344

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso em mandado de segurança, interposto por Diego dos Santos Costa, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado (e-STJ, fls. 285/287):

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. CONCURSO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. SIMVE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO E O COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO FEITO, ANTE A INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

I - O Governador do Estado de Goiás é quem deve figurar no polo passivo do mandado de segurança, quando se questiona nomeação e posse de certame em que somente ele surge como autoridade legitimada para o ato, por meio de Decreto Executivo (artigo 37, XII, da Constituição Estadual). De corolário, não respondem pelo mandamus o Secretário de Estado de Gestão e Planejamento, tampouco o Comandante Geral da Polícia Militar, os quais devem ser excluídos da lide.

II - "Somente após o término do prazo de validade do concurso público é que se inicia o prazo para o exercício de ação em que o candidato busca o direito subjetivo à nomeação", como preconiza a Súmula nº 24 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, razão pela qual, *in casu*, não há se falar em decadência.

III - A impetração de mandado de segurança não se mostra como a medida judicial consentânea aos interesses do candidato, quando a questão necessita de dilação probatória. Por isso, é de se reconhecer a inadequação da via eleita, tendo em vista que a demanda coletiva (ação civil pública nº 446485.57.2013.8.09.0051 - 201394464851), convolou em mera expectativa o direito à nomeação, esgotando, assim, o proveito útil do mandamus, haja vista que, encontrando-se em fase de cumprimento de sentença, há ainda a necessidade de se relacionar os limites orçamentários gastos com policiais temporários do SIMVE com a existência de vagas, considerando ainda a desistência de candidatos e a classificação de cada um deles.

IV - Extinção do feito, sem resolução do mérito. SEGURANÇA DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defende a parte recorrente, em apertada síntese, que a via judicial adotada foi correta e que o Tribunal local não analisou os diversos elementos probatórios apresentados nos autos do mandado de segurança.

Argumenta que há na hipótese direito líquido e certo não efetivado, o que autoriza a utilização da ação mandamental, consistente na nomeação e posse no cargo de soldado de 2ª Classe da PMGO.

Sustenta que a decisão proferida na Ação Civil Pública relativa ao certame é apenas mais um elemento de prova que demonstra o seu direito líquido e certo à nomeação, tendo sido apresentadas mais vinte e seis provas documentais que corroboram seu direito.

Aduz que, "[...] também anexou documentos comprovando que nem todos os candidatos nomeados compareceram para serem empossados; que a convocação não respeitou a regra da proporcionalidade; que existem diversas vagas ociosas e em vias de ficarem ociosas devido a aposentadoria de policiais militares; que o que determina a Lei 17.866/2012 não está sendo cumprido e que o número de vagas ociosas no cargo de Soldado da polícia militar está acima do permitido; que, após determinação judicial, a Administração foi obrigada a realizar remoção de grande contingente de soldados para outras regiões do Estado e deixando um grande vazio no número de soldados da região metropolitana de Goiânia; além de ter anexado documentos que comprovam dotação orçamentária para a contratação do Recorrente; dentre muitos outros documentos" (e-STJ, fls. 316/317).

Salienta que a decisão da Corte estadual não pode ter como base apenas o decidido no acórdão proferido na ação civil pública, mas deve englobar toda a conjuntura fático-probatória que ampara seu direito.

Considera que foram atendidos os requisitos para o regular prosseguimento e julgamento de mérito do mandado de segurança, não havendo falar em ausência de prova pré-constituída.

Requer o provimento do recurso em mandado de segurança e a consequente concessão da segurança pleiteada.

Sem contrarrazões.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ, fl. 347).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 53.908 - GO (2017/0091108-8)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): A irresignação não possui condições de prosperar.

Na origem, o recorrente impetrou mandado de segurança contra suposto ato omissivo do Governador do Estado de Goiás e outros, alegando que foi aprovado no concurso público para soldado da Polícia Militar do Estado de Goiás (PMGO), encontrando-se classificado no 1.914º lugar e compondo o quadro de cadastro reserva.

Defendeu, em síntese, que possui direito líquido e certo à nomeação no cargo, especialmente diante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 5163/GO que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 17.882/2012, a qual regulava a contratação de policiais militares temporários – Serviço de Interesse Militar Voluntário Estadual (SIMVE).

O Tribunal de origem julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita e ausência de interesse de agir, e denegou a segurança nos termos dos arts. 6º, § 5º, e 10 da Lei n. 12.016/2009, no que interessa, sob os seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 294/303):

De fato, o mandado de segurança não se mostra consentâneo aos interesses do candidato.

É que, uma vez proferida sentença em sede de ação civil pública, reconhecendo a ilegalidade do ato convocatório pela sistemática do SIMVE (Serviço de Interesse Militar Voluntário Estadual), cuja inconstitucionalidade foi declarada no julgamento da ADI nº 5163/GO, e obrigando, de consequência, o Estado de Goiás a nomear todos os candidatos considerados aptos ao certame, inclusive em cadastro de reserva, **contudo, somente até o alcance do valor atualmente dispendido com os subsídios do SIMVE, o número de candidatos que poderão ser beneficiados depende diretamente da liquidação e execução da sentença coletiva, devido às variáveis fáticas a serem comprovadas - dilação probatória vedada no rito mandamental.**

Portanto, o impetrante poderia tanto aguardar a execução provisória promovida pelo Ministério Público, como inaugurar o cumprimento individual da sentença coletiva.

Inclusive, em recente decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da comarca de Goiânia, Dr. Ricardo Prata, nos autos da execução provisória de obrigação de fazer (determinada na mencionada ação civil pública), requerida pelo Parquet em desfavor do Estado de Goiás, apurou-se a diferença do total gasto com o SIMVE, nos meses de março a maio de 2015, em relação às despesas com a convocação dos policiais, no mesmo período (processo nº 0341268.54.2015.8.09.0051) .

E a realização deste cálculo, baseado nas planilhas apresentadas pelo Estado de Goiás, só foi possível porque em sede de execução provisória.

Logo, o extermínio da causa é medida que se impõe.

Conforme se constata, a pretensão do recorrente não foi conhecida no Tribunal local ante a inexistência de prova pré-constituída e a consequente necessidade de dilação probatória para fins de comprovação da existência do seu suposto direito líquido e certo.

De fato, a comprovação dos requisitos necessários para a configuração de eventual preterição do candidato, ora recorrente, aprovado em concurso para cadastro reserva, demandaria a necessidade de dilação probatória, notadamente a compatibilidade orçamentária e a situação específica do candidato.

Também, inexistente nos autos a indicação da quantidade de vagas preenchida pelos aprovados na seleção para candidatos ao Serviço de Interesse Militar Voluntário Estadual (SIMVE), as quais deveriam ser ocupadas pelos aprovados no certame do qual participou o recorrente.

Assim, inviável o conhecimento do pleito pela via eleita.

Nesse sentido, com adaptações:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PORTARIA 483, DE 20/4/2016, DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DA TERRA INDÍGENA MURUTINGA/TRACAJÁ COMO DE POSSE PERMANENTE DO GRUPO INDÍGENA MURA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Não se mostra adequada a via do mandado de segurança para examinar o alegado direito líquido e certo à suspensão dos efeitos da portaria do Ministro de Estado da Justiça, na qual a Terra Indígena Murutinga/Tracajá foi declarada de posse permanente do grupo indígena Mura.

2. Necessária dilação probatória para fins de verificação da exata situação jurídica de cada uma das propriedades dos filiados do sindicato impetrante, de forma seja possível atestar que as áreas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em questão foram ocupadas pacificamente por não indígenas em datas anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988.

3. Na mesma linha de consideração, citam-se os precedentes em casos análogos envolvendo demarcação de terra indígena: (STJ) AgInt no MS 22.808/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 14/02/2017; MS 15.822/DF, Rel. in. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 01/02/2013; MS 14.447/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 30/03/2010; (STF) MS 31240 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 09-09-2014; MS 31245 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 04-09-2015.

4. Ademais, conforme bem observado pela União, o mandado de segurança é via incabível para tutelar a efetividade de eventual ação de conhecimento a ser ajuizada na primeira instância da Justiça Federal.

5. Agravo interno não provido. (AgInt no MS 22.800/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/5/2017, DJe 30/5/2017)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO ATO APONTADO COMO COATOR. EXISTÊNCIA DE ATO ILEGAL E ABUSIVO. DEMONSTRAÇÃO DE PLANO. NECESSIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSÍVEL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - O Mandado de Segurança, entre outros requisitos, exige a prova pré-constituída do ato praticado pela autoridade apontada como coatora, ato esse que possa implicar violação de direito líquido e certo da parte impetrante. Ademais, a prova da existência do ato ilegal e abusivo deve ser demonstrada de plano, pois não se admite dilação probatória na ação mandamental.

III - A simples alegação de ilegalidade, sem demonstração de qualquer ato ilegal praticado pela autoridade coatora, enseja o não reconhecimento do direito líquido e certo, pela ausência de prova pré-constituída.

IV - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

V - Agravo Regimental improvido. (AgRg no MS 17.713/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/5/2017, DJe 30/5/2017)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2015. APLICABILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 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. NOMEAÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, em razão de possuir mera expectativa de direito à nomeação, deve demonstrar a existência de cargo efetivo vago e que a quantidade de contratações precárias irregulares seriam suficientes para alcançar a classificação obtida pela parte Impetrante, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental.

III - O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837311/PI), fixou orientação no sentido 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.

IV - Ausência de prova pré-constituída a indicar preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, razão pela qual ausente o direito líquido e certo à nomeação.

V - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Agravo Interno improvido. (AgInt nos EDcl no RMS 49.086/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DO DIREITO DE NOMEAÇÃO A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA NA VIA MANDAMENTAL. INVIABILIDADE. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. ULTRAPASSAGEM DO LIMITE PRUDENCIAL. FATOR A SER CONSIDERADO PELO GESTOR PÚBLICO.

1. Candidatos aprovados em concurso público, no qual se classificam para além das vagas oferecidas no edital do certame, não detêm direito líquido e certo à nomeação, mas apenas expectativa de direito. Precedentes do STJ e do STF.

2. O direito à nomeação para titularizar cargo público não é automaticamente transmitido a terceiros, razão pela qual a desistência de candidato melhor classificado, só por si, não transfere, necessariamente, esse direito aos demais concorrentes, preservando-se, com isso, o legítimo poder discricionário da Administração Pública, a quem cabe, com exclusividade, avaliar a conveniência e melhor oportunidade de prover seus cargos, considerando critérios que são, em princípio, imunes à revisão judicial. Precedentes.

3. Não se desconhece, contudo, a existência de julgados do STF no sentido de que "o direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior" (ARE 956.521 - AgR/ES, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 16/11/2016). Nesse mesmo sentido também ARE 734.049-AgR/PB, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJ-e de 14/11/2013 e RE 643.674-AgR/AL, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJ-e de 28/08/2013.

4. Todavia, o caso presente não se amolda a tais decisões do STF, porquanto a situação fática do ora recorrente se revela substancialmente diversa. Com efeito, os aludidos precedentes pressupõem a desistência ou o impedimento de candidato melhor classificado, em favor de candidato subsequente. Na hipótese em mesa, porém, foram ofertadas 9 (nove) vagas para o cargo de Analista Executivo de Defesa Social, na localidade de Lavras-MG. O recorrente, classificado em 13.º lugar, demonstrou a nomeação da candidata classificada na 12.ª posição, convocada para suprir a desistência da 7.ª colocada. Logo, a única desistência documentada foi suprida com a convocação de candidata melhor posicionada, segundo a ordem de classificação, o que, só por si, não transforma em direito líquido e certo a mera expectativa do candidato agravante.

5. A impossibilidade de dilação probatória em sede mandamental, é cediço, torna inviável a pretensão do impetrante em produzir novas provas quando já em processamento seu recurso ordinário.

6. A ultrapassagem do limite prudencial previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal é fator que se presta a legitimar a omissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Gestor Público na convocação de candidatos classificados para além das vagas ofertadas no edital do certame, ou de aprovados para formação de cadastro reserva. Precedentes.

7. Agravo interno do impetrante a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no RMS 52.350/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/5/2017, DJe 12/5/2017, grifos acrescidos)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por Carlos Eduardo Santos Lopes da Luz contra ato do Governador, do Secretário da Administração e do Comandante da Polícia Militar, todos do Estado da Bahia, típico do concurso destinado ao provimento de vagas para o Cargo de Soldado da Polícia Militar do Estado da Bahia.

2. **O Mandado de Segurança detém entre os seus requisitos a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do mandamus. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido.**

3. **Analisando detidamente a situação fática descrita nos autos e a documentação apresentada, patente a falta de prova pré-constituída do direito alegado.**

4. Ademais, na leitura dos autos, constata-se que o impetrante não foi aprovado no concurso dentro do número de vagas oferecidas, ficando fora da lista de classificados.

5. O STJ orienta-se no sentido de não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, omitir-se de praticar atos de nomeação dos aprovados dentro do limite das vagas ofertadas, em respeito às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público. **Contudo, em relação aos candidatos classificados nas vagas remanescentes, o Poder Público pode se utilizar do juízo de conveniência e oportunidade. Por conseguinte, se não há direito líquido e certo devidamente caracterizado e comprovado, inviabiliza-se a pretensão mandamental.**

6. Recurso Ordinário não provido. (RMS 53.254/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 27/4/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda, sobre a inadequação da via eleita, vale ressaltar que o STJ já proferiu julgamento na mesma hipótese constante dos autos, e confirmou o entendimento da Corte Local no sentido de que a via adequada para a irresignação é a execução individual de sentença coletiva, ante o julgamento de Ação Civil Pública e a celebração de termo de ajustamento de conduta entre o Ministério Público local e o Estado de Goiás, que determinou a contratação de todos os candidatos aptos inclusos em cadastro reserva até que se alcançasse o quantitativo de policiais admitidos temporariamente.

A propósito: RMS 52.337/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18/11/2016.

Ademais, sobre o tema em exame, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que "os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro 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, DJe 5/8/2015).

Esta Corte também estabeleceu que a contratação de servidores temporários, por si só, não implica preterição na convocação e nomeação de candidatos, pois os temporários admitidos por meio de processo seletivo, nos termos do art. 37, IX, da CF, atendem a necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (art. 37, II e III, da CF) para suprir necessidades permanentes do serviço.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ENFERMEIRO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARALELA AO PERÍODO DE VALIDADE DO CONCURSO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.

I - A impetrante não está classificada dentro do número de vagas previstas no instrumento convocatório. A atual jurisprudência desta Corte é firme 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 2/6/2015, DJe 5/8/2015).

II - 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.

III - A paralela contratação de servidores temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende necessidades transitórias da Administração e não caracteriza, só por si, preterição dos candidatos aprovados em concurso público para provimento de cargos efetivos.

IV - Agravo interno improvido. (AglInt no RMS 51.478/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 24/3/2017)

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. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento, pelo regime da repercussão geral, do RE 873.311/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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).
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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATAS APROVADAS EM CADASTRO DE RESERVA. ALEGAÇÃO DE SURGIMENTO DE VAGAS E PRETERIÇÃO, COM CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO EM DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

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

II. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança objetivando nomeação de candidatas, aprovadas em cadastro de reserva, para o cargo de Enfermeiro. O Edital ofereceu 30 (trinta) vagas, tendo as ora agravantes sido classificadas nas 566^a, 567^a, 582^a, 584^a, 592^a, 635^a, 649^a, 662^a, 774^a, 828^a, 1206^a e 1228^a posições. Nos termos dos documentos colacionados aos autos, foram nomeados candidatos até a classificação 563^a, durante o prazo de validade do certame.

III. O acórdão recorrido denegou a segurança, asseverando que "somente os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público têm direito subjetivo à nomeação dentro do prazo de validade do certame. Os demais candidatos, que forem classificados em posições superiores à quantidade de vagas ofertadas, possuem mera expectativa de direito, podendo ou não vir a ser nomeados sob análise discricionária da Administração Pública. No presente caso, em função de ter se classificado fora do número de vagas ofertadas no edital, caberia a impetrante demonstrar ter havido a quebra na ordem classificatória ou a sua preterição, o que não ocorreu. Logo, não há que se falar de direito líquido e certo a nomeação".

IV. Consoante a jurisprudência do STJ, "a aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas. A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas" (STJ, RMS 32.105/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/08/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V. Entretanto, em se tratando de mandado de segurança, tal prova deve ser pré-constituída, de forma a não ensejar dúvida quanto à existência de direito líquido e certo do impetrante.

VI. Em que pese a afirmação de que as impetrantes teriam sido preteridas, em virtude da realização de contratações temporárias ou de terceirizados, pelo Estado da Bahia, bem como em face de desistência de candidatos convocados, observa-se, da documentação acostada aos autos, que as recorrentes não conseguiram demonstrar a efetiva ocorrência da preterição do direito à nomeação, porquanto, pelas provas produzidas, não é possível extrair tal fato, de forma conclusiva.

VII. Agravo Regimental improvido. (AgRg no RMS 44.292/BA, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA OFICIAL DE APOIO JUDICIAL DO TJMG. FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TEMPORÁRIOS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte tem firmado o entendimento 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).

2. A paralela contratação de servidores temporários, só por si, não caracteriza preterição na convocação e nomeação de candidatos, ou autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento dos aprovados em cadastro de reserva. 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.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 49.610/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/3/2016, DJe 22/4/2016)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATA APROVADA EM CADASTRO RESERVA. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO, POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I. Trata-se de *mandamus*, objetivando a nomeação da impetrante, ora recorrente, para o cargo de Técnico de Enfermagem, em Araguaçu/TO, para cuja localidade o Edital oferecera 11 vagas e para a qual fora a agravante aprovada na 45ª posição, figurando no cadastro reserva.

II. Consoante a mais recente jurisprudência do STJ, "seja por criação legal, seja por vacância decorrente de fato do servidor (aposentadoria, demissão, exoneração), o surgimento de vagas no decorrer do prazo de validade do concurso gera para o candidato aprovado o direito de ser convocado para provê-las, ressalvada a hipótese, como asseverado à unanimidade de votos pelo Supremo Tribunal Federal, de ocorrência de situação necessária, superveniente, imprevisível e grave, a ser declinada expressa e motivadamente pela Administração Pública" (STJ, MS 19.369/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/09/2015).

III. Do mesmo modo, a situação dos candidatos aprovados em cadastro reserva convola-se em direito líquido e certo à nomeação, 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. Nesse sentido: STJ, AgRg no AgRg no RMS 39.669/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/09/2015.

IV. No caso, a candidata obteve a 45ª colocação para o Município de Araguaçu/TO, para o qual concorreu, enquanto que o Edital havia oferecido 11 vagas, para o aludido Município, não havendo, nos autos, elementos suficientes para demonstrar, seja o surgimento de novas vagas, para a localidade para a qual aprovada a impetrante, alcançando a sua classificação no certame, seja a preterição do direito da agravante de ser nomeada.

V. Agravo Regimental improvido. (AgRg no RMS 40.707/TO, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 30/6/2016)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO PARA CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO.

1. Os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, nos termos do RE 598.099/MS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 38.892/AC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/4/2013, DJe 19/4/2013)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0091108-8

RMS 53.908 / GO

Números Origem: 00925945120168090000 201690925949 9259451

PAUTA: 08/08/2017

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

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

RECORRENTE : DIEGO DOS SANTOS COSTA
ADVOGADOS : SANDRO DE ABREU SANTOS - GO028253
LUCAS MENDONCA VIEIRA E OUTRO(S) - GO042575
RECORRIDO : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : LEILA MARIA CUNHA PRUDENTE E OUTRO(S) - GO007344

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Militar -
Regime - Ingresso e Concurso

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, Assusete Magalhães (Presidente), Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.