



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.942 - ES
(2016/0234630-8)**

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : ARACELLI FERREIRA LIRIO
ADVOGADOS : PRISCILA BENINCA CARNEIRO NEVES - ES018203
LUANA PETRY VALENTIM - ES016699
AGRAVADO : ESTADO DO ESPIRITO SANTO
PROCURADOR : RODRIGO LORENCINI TIUSSI E OUTRO(S) - ES015729

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 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 STF E DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 30/03/2017, que, por sua vez, julgara Recurso Ordinário interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de **mandamus**, objetivando a nomeação da impetrante, ora recorrente, para o cargo de Farmacêutico, para localidade em que o Edital oferecera 19 (dezenove) vagas e para a qual fora a agravante aprovada na 74ª (septuagésima quarta) posição, figurando no cadastro reserva.

III. Consoante restou decidido pelo STF – no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do RE 873.311/PI (TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 15/04/2016) –, como regra, o candidato aprovado em concurso público como excedente ao número de vagas ofertadas inicialmente ("cadastro de reserva") não tem o direito público subjetivo à nomeação, salvo na hipótese de surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso, durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição, de forma arbitrária e imotivada, pela Administração, cumprindo ao interessado, portanto, o dever de comprovar, de forma cabal, esses elementos.

IV. O Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 12/08/2016) entende válida a contratação temporária, quando tiver por finalidade evitar a interrupção da prestação do serviço, isso sem significar vacância ou a existência de cargos vagos. Assim, a contratação temporária de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal – nem é indicativo da existência de cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em cadastro reserva –, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação ou a existência de cargos vagos. Nesse sentido: STJ, RMS 51.721/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/10/2016; AgInt no RMS 51.305/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/10/2016.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V. No caso, a candidata obteve a 74ª colocação para a localidade para a qual concorreu, enquanto que o Edital havia oferecido 19 vagas, não havendo, nos autos, elementos suficientes para demonstrar, seja o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, na localidade para a qual classificada a impetrante, seja a preterição do direito da agravante de ser nomeada, por contratação irregular de servidores temporários. Ausência de comprovação de direito líquido e certo.

VI. 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, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0234630-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt nos EDcl no
RMS 51.942 / ES**

Números Origem: 00250077320158080000 250077320158080000

PAUTA: 23/05/2017

JULGADO: 23/05/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ARACELLI FERREIRA LIRIO
ADVOGADOS : PRISCILA BENINCA CARNEIRO NEVES - ES018203
LUANA PETRY VALENTIM - ES016699
RECORRIDO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : RODRIGO LORENCINI TIUSSI E OUTRO(S) - ES015729

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ARACELLI FERREIRA LIRIO
ADVOGADOS : PRISCILA BENINCA CARNEIRO NEVES - ES018203
LUANA PETRY VALENTIM - ES016699
AGRAVADO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : RODRIGO LORENCINI TIUSSI E OUTRO(S) - ES015729

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.942 - ES
(2016/0234630-8)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto pela ARACELLI FERREIRA LÍRIO, em 07/04/2017, contra decisão de minha lavra – aditada pela decisão que apreciou os Declaratórios opostos –, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por ARACELLI FERREIRA LÍRIO, na vigência do CPC/73, com fundamento no art. 105, II, b, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. REJEITADA. MÉRITO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO IMEDIATA. CANDIDATA APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS. ATENÇÃO AOS DITAMES LEGAIS. MÉRITO ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. CARGOS VAGOS. INEXISTÊNCIA. PRAZO DE VALIDADE DO EDITAL EXPIRADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. PRELIMINAR SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que é dispensável a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, porque estes detêm apenas expectativa de direito a nomeação.

MÉRITO

1 - Conforme precedentes dos Tribunais Superiores, não há que se falar em direito subjetivo à nomeação de candidata aprovada fora do número de vagas ofertadas no edital do concurso, ainda que surjam novas vagas, seja por lei posterior, seja em decorrência de vacância, porque cabe à Administração, em juízo discricionário, melhor alocá-las.

2 - A contratação temporária, nos termos do art. 37, inciso IX, da Carta da República, não enseja por si só, a convolação da expectativa de direito da candidata aprovada no cadastro de reserva em direito líquido e certo, a ponto e ensejar a sua imediata nomeação, devendo ser comprovado, para tanto, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma cabal pela requerente, que a admissão de pessoal foi realizada de forma ilegal, em desrespeito ao preceito constitucional, que exige os requisitos do "tempo determinado" e "excepcional interesse público" e com afronta à Lei específica (Lei nº 8.745/93), ônus ao qual não se desincumbiu a parte. Ademais, o prazo de validade do edital expirou, não havendo mais obrigação do ente público, que nomeou candidatos aprovados além do número de vagas.

3 - Ordem denegada".

Inconformada, nas razões recursais, sustenta a parte recorrente que:

"Por meio do Edital nº 01/2013 o Governo do Estado do Espírito Santo promoveu concurso público, com intermédio da Secretaria de Estado da Saúde, no qual foram oferecidas 19 vagas para o cargo de farmacêutico, tendo a Impetrante, ora Recorrente, participado da seleção pública para o referido cargo e classificada em 74º lugar no resultado final do concurso.

Sabe-se que a última nomeação ocorreu em 14/09/2015, tendo sido nomeado naquela Ocasão o candidato classificado na 28ª colocação. Pois bem. Mesmo com a abertura do concurso em voga e, após estas convocações, a Recorrente tomou conhecimento de que o Recorrido possui em seus quadros diversos profissionais com vínculo precário, contratados para designação temporária, de maneira irregular.

Constata-se que os contratos são de longo tempo, com renovações sucessivas e as lotações são as mesmas para qual o concurso destinou. Ademais, foi possível verificar por meio de fichas extraídas do portal da transparência que existem, no total, 57 farmacêuticos em contratos temporários na Região Metropolitana.

(...)

Além disso, o Recorrido divulgou a informação que diante da nova lei promulgada, nº 809/15, os contratos temporários existentes não seriam renovados, o que causou uma série de paralisações nos hospitais, uma vez que com o encerramento dos contratos os atendimentos nos hospitais ficaram comprometidos, o que claramente comprova as alegações de que os cargos ocupados por a título de designação temporária são de pura natureza de cargo efetivo, devendo ser ocupados pelos classificados em concurso público, como é o caso da Recorrente.

Não restam dúvidas que a manutenção dos profissionais supracitados no quadro efetivo do Recorrido impede a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convocação e nomeação da Recorrente para assumir seu cargo efetivamente, em clara preterição aos seus direitos.

(...)

A toda evidência percebe-se que a Recorrente preenche todos os requisitos para a devida investidura no cargo, sendo usurpada de seus direitos por contratações a título precário, renovadas insistentemente ano após ano, dando aval para que pessoas ingressem na administração pública sem prestar concurso público, para assumir cargos temporários que se tornam eternos, data vênua.

(...)

A fim de reiterar a tese de existência de Vagas, deve-se realçar o fato de que NO DIA 13/10/2015 FOI ABERTO PROCESSO SELETIVO PARA A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PARA A ÁREA DA SAÚDE com a justificativa de que tais contratações visavam atender as áreas não contempladas pelo concurso no qual a Recorrente foi aprovada.

(...) o que se observa no presente caso é a utilização dessa possibilidade de forma abusiva. Sequer foi comprovada a necessidade e urgência dessas contratações. Ora, a existência de inúmeros profissionais nos quadros do Recorrido para os cargos de farmacêutico, com vínculo temporário, sendo renovados ano a ano comprova a existência dessas vagas e a necessidade de preenchê-las por aprovados no concurso ofertado.

(...)

Portanto, uma vez comprovada a preterição sofrida diante da manutenção nos quadros do Governo do Estado do Espírito Santo de enfermeiros com vínculo temporário de maneira ilegal, bem como da necessidade de preenchimento dessas vagas requer seja reconhecido o direito à nomeação da Recorrente que, conforme saciadamente narrado, tendo sua classificação final no certame abrangida pelo quantitativo de que carece a Administração Pública.

(...) (fls. 551/571e)

Contrarrazões a fls. 577/582e.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 591/596e, pelo provimento do recurso.

Sem razão a parte recorrente. Isso porque o Tribunal de origem nada mais fez do que aplicar a tese que veio a ser sufragada pelo Supremo Tribunal Federal em razão do julgamento, pelo regime da repercussão geral, do RE 837.311/PI, relator Ministro LUIZ FUX, ocasião em que debatida exatamente a mesma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

controvérsia.

Em que pese toda a argumentação da recorrente, verifica-se que o STF, apesar de não ter peremptoriamente obstaculizado situações como a ora examinada, condicionou o seu reconhecimento a uma atuação do candidato interessado em demonstrar, de forma cabal, que a Administração Pública agira com arbitrariedade e mediante decisão imotivada, de sorte que apenas o surgimento de vagas ou a abertura de novo concurso não têm o condão de configurar preterição a direito. Eis a ementa do referido julgado:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. **A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresse do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento" (STF, RE 837.311, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 15/04/2016).

No caso, a argumentação da recorrente prende-se à existência de vagas. Todavia, quanto à necessidade de serviço porque contratados terceiros, verifica-se que não restou demonstrado, com base no que restou decidido pelo STF, o alegado direito líquido e certo.

Ademais, o STF tem jurisprudência remansosa sobre a circunstância de que a contratação temporária fundada no art. 37, inciso IX, da Constituição da República, não implica por si só preterição à regra constitucional do concurso público obrigatório e prévio para o acesso ao quadro funcional estatal. Em hipóteses como essa, a contratação há de servir ao propósito de evitar solução de continuidade do serviço público, quando, por exemplo, os titulares dos cargos licenciam-se por tempo longo. Nesse sentido: STF, ADI 37.21, Rel. Mionistro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 12/08/2016.

Desse modo, cumpre ao candidato interessado comprovar que a Administração Pública desatendeu aos requisitos prescritos também pelo Supremo Tribunal Federal no RE 658.026/MG, para que a contratação seja tida como constitucional, in verbis:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, "à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos". 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso 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) 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. 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social" (STF, RE 658.026, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, REPERCUSSÃO GERAL, DJe de 30/10/2014)

Deixando, como no caso concreto, de comprovar efetivamente o alegado, que fala em demonstração cabal de atuação arbitrária e imotivada da Administração Pública, não há como ser reconhecido o direito líquido e certo da recorrente. Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/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. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS RECURSAIS. PROCESSO MANDAMENTAL.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 expresse 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 cabal 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, para atuarem como enfermeiros 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.

(...)

9. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido" (STJ, RMS 51.721/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/10/2016).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E STF. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/88. NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO PROVADA.

1. 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 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. Esta é também a orientação do STF, como se pode aferir, dentre outros, dos seguintes precedentes: RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, Repercussão Geral - DJe de 18/04/2016 e AI 804.705 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/11/2014.

3. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracteriza, só por si, preterição dos candidatos aprovados em concurso público para provimento de cargos efetivos.

4. As alegações da existência de contratações temporárias por indicação política e sem observância das formalidades legais demandaria dilação probatória, incompatível com a estreita via do mandado de segurança, mormente quando apresentadas apenas nas razões do recurso ordinário.

5. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no RMS 51.305/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/10/2016).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS. MÉRITO ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. CARGOS VAGOS. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. DENEGAR A ORDEM.

1. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por Aloisia Joseph da Silva com o objetivo de assegurar direito à nomeação para o cargo de Técnico em laboratório do Estado do Espírito Santo, no qual foi aprovado na 5ª posição, isto é, fora do número das vagas inicialmente previstas (quatro vagas). (...)

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança não provido" (STJ, RMS 51.321/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, b, do RISTJ, nego provimento ao Recurso Ordinário" (fls. 598/608e).

Ainda inconformada, após a rejeição dos Declaratórios (fls. 633/645e), sustenta a ora agravante que:

"(...) mesmo com a abertura do concurso em voga e, após estas convocações, **a Impetrante tomou conhecimento de que o Impetrando possui em seus quadros diversos profissionais com vínculo precário, contratados para designação temporária, de maneira irregular.**

As informações extraídas do portal da transparência comprovam existência de 67 contratos temporários, sendo que diversos desses profissionais se mantêm de maneira "temporária" há pelo menos sete anos, o que por si só rechaça qualquer argumentação de legalidade de tais contratações temporárias.

(...)

Não restam dúvidas que a manutenção dos profissionais supracitados no quadro efetivo do Agravado, impede que a Agravante seja convocada e nomeada para assumir seu cargo efetivamente, em clara preterição aos seus direitos.

A irregularidade da contratação temporária se confirma quando, além de não existir qualquer justificativa da urgência e temporariedade do serviço prestado, é feita de maneira reiterada, descumprindo a legislação, em clara burla ao concurso público, o que resta evidenciado com a ficha pessoal dos servidores em designação temporária.

(...)

Ademais, a manutenção dos vínculos precários em detrimento daqueles constantes em cadastro de reserva do concurso torna



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda mais clara a preterição dos candidatos regularmente aprovados em rigoroso concurso público, além de evidenciar o desrespeito ao compromisso que a Administração Pública assumiu perante o Ministério Público e inobservância de normas constitucionais.

(...)

Ademais, o cargo de farmacêutico não é um cargo que justifica a temporariedade.

(...)

Ora Excelência, não procedem, data vênia, os argumentos dos nobres Desembargadores ao afirmarem a inexistência de vagas, pois especificamente no caso em tela é pública e notória a preterição, uma vez que: a) Foram nomeados os 28 primeiros classificados em concurso público; b) Durante a vigência do certame, a Administração manteve em seus quadros profissionais sob designação temporária, renovando, contudo, os contratos sucessivamente, mesmo contando com cadastro de reserva disponível para preenchimento permanente dessas vagas; c) Presume-se a necessidade de composição dos quadros da Administração Pública com pessoal efetivo, aprovado em concurso público; d) Com o vencimento do concurso em 30/10/2015, diante da não renovação do prazo de validade do certame, a Administração Pública deixou de nomear 67 farmacêuticos, isto porque 67 farmacêuticos em designação temporária desenvolvem atividades que em nada se diferenciam das atividades do corpo de servidores efetivos, por anos ininterruptos, em clara burla ao mandamento constitucional de necessidade de prévia aprovação em concurso público; e) Caso as nomeações tivessem ocorrido, em obediência ao Termo de Ajustamento de Conduta que compelia o Estado a substituir contratados temporariamente por servidores efetivos, seriam empossados os classificados em posição muito além da classificação da Recorrente, que ocupa a 74ª posição do resultado final; f) Foi comprovada a desistência de pessoas nomeada e aposentadorias, que levou a pessoas atrás da autora serem nomeadas judicialmente.

(...)

Clarividente, portanto, é a disponibilidade orçamentária para arcar com as remunerações dos servidores, pois se calcula que há real necessidade de preenchimento efetivo do cargo ocupado por contratado “temporariamente”, dados suficientes para demonstrar a aptidão da Agravante à nomeação e posse.

(...)

Em consequência, a preterição é uma, mas não a única, circunstância reveladora de que o Poder Público considera necessário, atualmente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preencher um dado cargo. Por isso, sempre que outros elementos possam ser apresentados como real, concreta, efetiva comprovação — objetivamente demonstrável — de que o Estado já definiu o momento necessário ao preenchimento dos cargos, ao aprovado deve-se reconhecer o direito à nomeação" (fls. 654/669e).

Por fim, requer "o julgamento do presente recurso na turma competente com a consequente modificação da decisão recorrida" (fl. 670e).

Impugnação da parte agravada, a fls. 673/676e, pelo improvimento do recurso. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.942 - ES
(2016/0234630-8)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A pretensão recursal não merece prosperar.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, objetivando a nomeação da impetrante, ora recorrente, para o cargo de Farmacêutico, para localidade em que o Edital oferecera 19 (dezenove) vagas e para a qual fora a agravante aprovada na 74ª (septuagésima quarta) posição, figurando no cadastro reserva.

A argumentação defendida pela recorrente cinge-se, tão-somente, à circunstância de que, apesar de ter sido classificada em denominado "cadastro reserva" – porquanto classificada em 74ª posição, quando ofertadas 19 vagas –, seria ela titular do direito público subjetivo à nomeação, na medida em que existiriam cargos vagos, haja vista que a Administração Pública local havia realizado a contratação temporária de terceiros, para o desempenho das mesmas atividades do cargo pleiteado.

O Tribunal de origem denegou a segurança, nos seguintes termos:

"Inicialmente, destaco que a exigência na realização de concurso público para a contratação de servidores efetivos (cargos e empregos públicos) na administração pública direta e indireta, decorre do art. 37, 'caput' e inciso II, da Carta da República.

Referida norma visa resguardar a ampla concorrência e escolher, dentre os candidatos, aqueles que mais preparados estão para o desempenho da função pública.

(...)

Via de consequência, está também a Administração totalmente vinculada ao elencado no Edital, não podendo dele se distanciar tanto nas etapas do procedimento do concurso público, quanto no ato de nomeação, obrigando-se a preencher todas as vagas ofertadas.

(...)

Em relação àqueles que lograram aprovação além das vagas previstas no edital, ou seja, no cadastro de reserva, a situação é distinta. Isso porque não possuem direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito, que se convola naquele somente em situações excepcionalíssimas.

Em recente precedente, consubstanciado no julgamento do recurso extraordinário nº 837311 RG/PI, acórdão proferida na sessão planária de 09 de dezembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que mesmo quando evidenciado o surgimento de novas vagas no período de validade do edital do concurso público, aqueles que estão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aprovados no cadastro de reserva não possuem direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito.

Para alcançar a nomeação, seria necessário o candidato comprovar de forma robusta estar a Administração praticando ilegalidade, com inequívoca preterição do seu direito.

(...)

Quanto se fala na contratação de temporários pela Administração Pública, o raciocínio deve ser similar. Explico.

A Constituição Federal permite, no art. 37, mesmo dispositivo que exige a realização de concurso público para composição de parte do corpo de servidores/empregados públicos que irão atuar na Administração Direta e Indireta, a contratação de pessoal por tempo determinado. (art. 37, IX, CREB) A Lei nº 8.745/93 disciplina a matéria, elencando no art. 2º as atividades que permitem a contratação por tempo determinado e demandam certa urgência na execução e prestação do serviço.

O inciso 4º do citado dispositivo legal, por sua vez, estipula o prazo máximo de duração dos referidos contratos.

Constata-se, assim, que havendo respeito à norma constitucional e infraconstitucional, nenhuma ilegalidade deve ser reconhecida, pois a Administração exercerá um direito tutelado pela norma jurídica.

(...)

Conclui-se, com isso, que a expectativa do direito à nomeação dos candidatos aprovados além das vagas previstas no edital do concurso, somente convola-se em direito público e subjetivo, **quando constatado e atestado através das provas documentais pré-constituídas pelo requerente, que a pessoa jurídica da Administração direta ou indireta realiza contratações precárias visando não suprir necessidade excepcional e temporária, mas formar o seu corpo de servidores, burlando a exigência do concurso público.**

Além disso, deve comprovar o autor que o número de contratações foi suficiente para alcançá-lo na lista classificatória, caracterizando a sua preterição.

No caso em apreço, constato que a Administração Pública cumpriu por completo os ditames do edital, no prazo de validade do concurso.

Dos documentos colacionados aos autos, vislumbro que a impetrante foi aprovada na 74 (septuagésima quarta) colocação (fl. 116), de modo que o edital previa somente 19 (dezenove) vagas para o cargo de Farmacêutico, com lotação na região metropolitana (fl. 108) A fl. 123 consta que a Administração Pública procedeu à nomeação de 28 (vinte e oito) candidatos aprovados no certame, sendo as últimas realizadas em 12 de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

setembro de 2014, ultrapassando o número de vagas previstas no edital.

Importante frisar que o resultado final do concurso foi homologado em 31 de outubro de 2013 (fl. 117), expirando seu prazo de validade em 31 de outubro de 2015, sem prorrogação.

Além disso, os documentos de detalhamento das contratações temporárias às fis. 125/382 são insuficientes, vez que deixam de comprovar qualquer ilegalidade na contratação por parte do Ente Público.

Somado a isso, muitas das contratações temporárias apresentadas foram efetivadas antes da abertura do edital do concurso, em 2013, não ensejando qualquer preterição do direito à nomeação da impetrante.

No mais, deixou de demonstrar a autora que o quantitativo de pessoal temporário é suficiente para a sua nomeação (74 - septuagésima quarta - colocação), vez que os documentos apresentados não aludem a área específica (região) de atuação dos contratados, limitando-se a aferir o cargo de farmacêutico e a localização geral da Secretaria de Estado de Saúde.

Inviável, portanto, proceder à nomeação de candidata aprovado fora do número de vagas prevista no edital, ademais, quando todos as vagas ofertadas já foram preenchidas e inexistente ilegalidade patente demonstrada nos autos, de contratação descompasso com a Lei nº 8.745/93 e o art da Constituição Federal" (fls. 518/526e).

Com efeito, não se olvida que a jurisprudência do STJ 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 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" (STJ, RMS 53.495/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/05/2017).

O STF, em regime de repercussão geral, por sua vez – e em que pese toda a argumentação da recorrente –, apesar de não ter, peremptoriamente, obstaculizado situações como a ora examinada, condicionou o seu reconhecimento a uma atuação do candidato interessado em demonstrar, de forma cabal, que a Administração Pública agira com arbitrariedade e mediante decisão imotivada, de sorte que apenas o surgimento de vagas ou a abertura de novo concurso não têm o condão de configurar preterição a direito. Eis a ementa do referido julgado:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*).
2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.
3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.
4. O Poder Judiciário não deve atuar como 'Administrador Positivo', de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoccorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento" (STF, RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 15/04/2016).

Ao que se tem, portanto, o Tribunal de origem nada mais fez do que aplicar a tese que veio a ser sufragada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em razão do julgamento, em regime de repercussão geral, do RE 837.311/PI, Relator o Ministro LUIZ FUX, ocasião em que debatida exatamente a mesma controvérsia.

Ademais, quanto à evidenciação da necessidade de serviço, porque contratados terceiros, o STF tem jurisprudência remansosa sobre a circunstância de que a contratação temporária, fundada no art. 37, inciso IX, da Constituição da República, não implica, por si só, preterição à regra constitucional do concurso público obrigatório e prévio, para o acesso ao quadro funcional estatal.

Em hipóteses como essa, a contratação há de servir ao propósito de evitar solução de continuidade do serviço público, quando, por exemplo, os titulares dos cargos licenciam-se por tempo longo. Nesse sentido: STF, ADI 3.721/CE, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 12/08/2016.

Desse modo, cumpre, ainda, ao candidato interessado comprovar que a Administração Pública desatendeu aos requisitos prescritos também pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 658.026/MG, para que a contratação temporária seja tida como constitucional, **in verbis**:

"Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na **internet** e trata, 'à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

temporária de servidores públicos'.

2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.

3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso 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) 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.

4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal.

5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de **la culture de gestion**, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva.

6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito **ex nunc**, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social" (STF, RE 658.026/MG, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, REPERCUSSÃO GERAL, DJe de 30/10/2014)

Por todos os ângulos, portanto, deixando a impetrante de comprovar, efetivamente, o alegado – o STF fala em demonstração cabal de atuação arbitrária e imotivada da Administração Pública –, não há como ser reconhecido o direito líquido e certo da recorrente.

Nesse sentido, do mesmo concurso, a propósito, os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/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. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS RECURSAIS. PROCESSO MANDAMENTAL.

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 cabal a situação arbitrária e imotivada de preterição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, para atuarem como enfermeiros 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.

(...)

9. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido" (STJ, RMS 51.721/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEGUNDA TURMA, DJe de 14/10/2016).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E STF. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/88. NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO PROVADA.

1. 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 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. Esta é também a orientação do STF, como se pode aferir, dentre outros, dos seguintes precedentes: RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, Repercussão Geral - DJe de 18/04/2016 e AI 804.705 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/11/2014.

3. 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.

4. As alegações da existência de contratações temporárias por indicação política e sem observância das formalidades legais demandaria dilação probatória, incompatível com a estreita via do mandado de segurança, mormente quando apresentadas apenas nas razões do recurso ordinário.

5. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no RMS 51.305/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/10/2016).

Registre-se, por fim, que apurar a existência de contratações temporárias, sem a observância das formalidades legais, demandaria dilação probatória, incompatível com a estreita via do **writ**.

Ante todo o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0234630-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt nos EDcl no
RMS 51.942 / ES**

Números Origem: 00250077320158080000 250077320158080000

PAUTA: 15/08/2017

JULGADO: 15/08/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. SAMARA DAPHNE BERTIN

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ARACELLI FERREIRA LIRIO
ADVOGADOS : PRISCILA BENINCA CARNEIRO NEVES - ES018203
LUANA PETRY VALENTIM - ES016699
RECORRIDO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : RODRIGO LORENCINI TIUSSI E OUTRO(S) - ES015729

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ARACELLI FERREIRA LIRIO
ADVOGADOS : PRISCILA BENINCA CARNEIRO NEVES - ES018203
LUANA PETRY VALENTIM - ES016699
AGRAVADO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : RODRIGO LORENCINI TIUSSI E OUTRO(S) - ES015729

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 Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.