



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.037 - BA
(2013/0347994-8)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LÍLIAN DE NOVAES COUTINHO FIUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : DAVID COSTA MOREIRA
ADVOGADO : MÁRCIO CUNHA RAFAEL DOS SANTOS

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O STJ adota o entendimento de que 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.

2. *In casu*, muito embora o agravado tenha obtido aprovação (2ª colocação) fora do número inicial de vagas previstas no Edital – 1 (uma vaga), verifica-se nos autos que a Administração Pública, antes de expirado o prazo de validade do certame, realizou contratações temporárias, inclusive do próprio impetrante, para o mesmo cargo a que concorreu (Odontólogo/Especialidade: Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Facial para a 6ª Dires – Ilhéus/BA).

3. Nessa circunstância, a toda evidência, não restam dúvidas de que, dentro do prazo de validade do concurso, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por odontólogos pela Administração Pública demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação.

4. Agravo Regimental não provido.

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: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 18 de março de 2014(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.037 - BA
(2013/0347994-8)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LÍLIAN DE NOVAES COUTINHO FIUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : DAVID COSTA MOREIRA
ADVOGADO : MÁRCIO CUNHA RAFAEL DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Estado da Bahia contra decisão que deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança do ora agravado.

No Regimental, o agravante sustenta, em síntese:

Na realidade, o primeiro ponto que se tem como equivocado é a desconsideração da regra editalícia que se faz clara quando explicita que a eventual nomeação dos candidatos aprovados somente se faria “ de acordo com as disponibilidades orçamentárias” . Tudo isso aliás, visto, revisto e reconhecido pelos judiciosos pareceres do Ministério Público Estadual.

Perceba-se que os precedentes citados no bojo da r. Decisão ora agravada não se perfectibilizam com a realidade dos presentes autos. Sem contar que, não tornando enfadonha apenas refere-se à existência de um sem número de precedentes deste eg. STJ, no sentido de não admitir a ingerência na discricionariedade da Administração Pública, nos limites da sua disponibilidade orçamentária que a ela cumpre gerir e observar.

A se manter o entendimento desta r. Decisão ora agravada, o Edital do certame não teria mais nenhuma valia, a necessidade de prova pré-constituída no mandado de segurança se transformaria em mera presunção, mas o que é mais grave, cairia por terra a autonomia da Administração Pública, jamais se podendo afastar do administrador público a margem de discricionariedade para aferir no tempo oportuno, a real necessidade de nomeação de candidatos aprovados em concurso público, destarte, o que vem sempre destacado no bojo da norma editalícia, ao lado da própria interpretação constitucional das balizas do concurso público trazidas no art. 37, da Carta Magna.

Ou seja, a manutenção dos termos da presente Decisão ora agravada, representa em primeiro lugar, a vulneração do art. 5º, LXIX/CF, quando se reconhece como direito líquido e certo, um direito que efetivamente inexistente e mais ainda, viola-se, também de modo direto e frontal a regra do art. 37, caput, e incisos II e IV, também da Carta de 88, cuja interpretação equivocada de algumas decisões desta colendo Sodalício merecem natural revisão, senão neste eg. STJ, no próprio STF, para tanto, desde já requer o debate do foco constitucional, sob pena de cerceamento de defesa e negativa de prestação jurisdicional (fl. 207-208, e-STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Argumenta ainda:

Não se perca de vista que fere o princípio constitucional da independência dos Poderes a prerrogativa de o Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo, ou seja, a valoração dos seus motivos e escolha de seu objeto, inclusive de contratações temporárias que possuem natureza distinta do vínculo estatutário permanente, na medida em que à Administração é autorizado decidir, exclusivamente, sobre a conveniência e oportunidade (fls. 208-209, e-STJ).

Pleiteia, ao final, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito à

Turma.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.037 - BA
(2013/0347994-8)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 17.2.2014.

Não obstante os argumentos expendidos, o inconformismo do agravante não merece guarida.

O Tribunal *a quo*, ao dirimir a controvérsia, concluiu pela ausência de direito líquido e certo do impetrante, ora agravado, porque este não teria sido aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso público, realizado pela Secretaria da Administração e da Saúde do Estado do Bahia para cargo de Odontólogo - Especialidade: Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Facial, para a 6ª Dires - Ilhéus/BA.

Contudo, conforme consignado na decisão agravada, o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas estabelecidas em edital possuem direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, não havendo mera expectativa de direito.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte e do Supremo, têm direito à nomeação os candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital de concurso.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 28.671/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 25/04/2012).

Já em relação aos candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, o STJ entende não possuírem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. DIREITO ADQUIRIDO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA. PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, para cadastro de reserva, não possui direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito.*

(...).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1233644/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/04/2011, grifei).

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

Em caso análogo, esta Corte assim se manifestou:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA NO CERTAME FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONVOCAÇÃO E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter nomeação e posse em razão de aprovação em concurso público fora do número de vagas previsto no edital.

2. A instância ordinária denegou a segurança tendo em vista que, embora a recorrente tenha sido aprovada no concurso, sua classificação encontra-se fora do número de vagas previsto no edital.

3. O STJ adota o entendimento de que 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.

Precedentes.

4. No caso dos autos, comprovou-se que o prazo de validade do concurso não se expirou por ocasião da realização de concurso para contratação precária de candidatas para o exercício das funções do cargo para o qual a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrente obteve aprovação, de modo que merece reforma o acórdão da Corte de origem, sobretudo quando se observa que o art. 2º, inc. VII, da Lei estadual n. 6.915/1997, a qual regula a contratação temporária de professores no âmbito do Estado do Maranhão, fixa que a contratação temporária somente é possível quando não existam candidatos aprovados em concurso público e devidamente habilitados.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

(RMS 34.319/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/02/2012).

In casu, muito embora o agravado tenha obtido aprovação (2ª colocação) fora do número inicial de vagas previstas no Edital – 1 (uma vaga), verifica-se nos autos que a Administração Pública, antes de expirado o prazo de validade do certame, realizou contratações temporárias, inclusive do próprio impetrante, para o mesmo cargo a que concorreu (Odontólogo/Especialidade: Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Facial para a 6ª DIRES – Ilhéus/BA).

Esclareço ainda que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581113, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe 30.8.2011, proclamou o entendimento de que a criação de vagas por lei federal, durante o prazo de validade do concurso público, garante o direito à nomeação àqueles que foram aprovados fora das vagas originalmente previstas no edital.

Eis a ementa do referido julgado:

EMENTA Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Posterior regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a determinar o aproveitamento, para o preenchimento daqueles cargos, de aprovados em concurso que estivesse em vigor à data da publicação da Lei.

1. A Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação.

2. Na hipótese de haver novas vagas, prestes a serem preenchidas, e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso.

3. Recurso extraordinário provido.

(RE 581113, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 05/04/2011, DJe-103 DIVULG 30-05-2011 PUBLIC 31-05-2011 EMENT VOL-02533-01 PP-00168).

Nessa circunstância, a toda evidência, não restam dúvidas de que, dentro do prazo de validade do concurso, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por odontólogos pela Administração Pública demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação.

Portanto, não havendo falar em reparo na decisão, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0347994-8

AgRg no
RMS 44.037 / BA

Números Origem: 03112139520128050000 311213952012805

PAUTA: 18/03/2014

JULGADO: 18/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DAVID COSTA MOREIRA
ADVOGADO : MÁRCIO CUNHA RAFAEL DOS SANTOS
RECORRIDO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LÍLIAN DE NOVAES COUTINHO FIUZA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LÍLIAN DE NOVAES COUTINHO FIUZA E OUTRO(S)
AGRAVADO : DAVID COSTA MOREIRA
ADVOGADO : MÁRCIO CUNHA RAFAEL DOS SANTOS

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

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