



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 40.707 - TO
(2013/0016683-8)**

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : ELIZETE ROSA DA COSTA CASTRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
AGRAVADO : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADOR : KLEDSON DE MOURA LIMA E OUTRO(S)

EMENTA

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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2015 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 40.707 - TO
(2013/0016683-8)**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto por ELIZETE ROSA DA COSTA CASTRO, contra decisão de minha lavra, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por ELIZETE ROSA DA COSTA CASTRO, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. CONTRATOS TEMPORÁRIOS. EXISTÊNCIA DE VAGAS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O mandado de segurança exige prova pré-constituída como condição essencial à verificação do direito líquido e certo.
2. A impetrante não logrou comprovar a criação de vagas para o cargo de Técnico em Enfermagem para o Município de Araguaçu, e, no que tange à alegação da existência de profissionais contratados temporariamente para exercer o cargo, além de não se tratar de assunto pacífico a assertiva de que tal circunstância importa em preterição aos candidatos aprovados em concurso público, a ensejar o direito líquido e certo à nomeação, a impetrante sequer demonstrou que tais contratações tenham sido direcionadas à localidade para a qual concorreu à vaga, ou seja, Araguaçu, o que implica na inequívoca conclusão de ausência de direito líquido e certo.
3. Segurança denegada" (fl. 128e).

No acórdão, objeto do Mandado de Segurança, o Tribunal de origem denegou a segurança, firme no entendimento de que "a impetrante logrou ser aprovada, no aludido concurso, na 45ª colocação (fl. 03, do anexo " *inic3* "), enquanto que o Edital havia oferecido 11 vagas para o Município de Araguaçu, segundo informa a autoridade impetrada, e, ao que consta dos documentos juntados, a última candidata nomeada foi a de classificação 34ª (fl. 02, do anexo " *inic10* "). As cópias dos Diários da Justiça onde constam as contratações temporárias de Técnicos em Enfermagem (anexos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*inic13*" a "*inic18*"), porém, não comprovam que as contratações temporárias tenham sido direcionadas ao município de Araguaçu" (fl. 130e).

A recorrente, ainda inconformada, afirma, em síntese, que, faz jus à nomeação pois, "os impetrados, ao invés de nomear os remanescentes do cadastro de reserva, conforme previsão editalícia, lançam mão de contratos temporários às dezenas de milhares, em franca preterição ao direito dos aprovados albergados pelo referido cadastro e ainda, utilizam-se como no presente caso, de outra denominação de cargo, porém com as mesmas atribuições, ou seja, contratam assistentes administrativos de saúde ao invés de auxiliar de serviço de saúde, com as mesmas atribuições" (fl. 141e).

O ESTADO DO TOCANTINS apresentou contrarrazões (fls. 154/160e).

O Ministério Público Federal, opina pelo não provimento do Recurso Ordinário (fls. 175/181e):

"1. Processual Civil e Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Concurso Público. Cadastro Reserva. Contratos Temporários. Existência de Vagas.

Alegada preterição em nomeação. Convocação e contratação temporária para o cargo de Técnico de Enfermagem. Preterição. Configurada.

2. Direito subjetivo à nomeação. Existência de novas vagas. Validade do concurso. Nomeação dos candidatos aprovados. Direito Líquido e Certo. Precedentes do STJ.

3. Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança para reformar o acórdão recorrido."

Os autos vieram-me conclusos, por atribuição, em 21 de fevereiro de 2014.

O recurso não merece seguimento.

De início, como consabido, ambas as Turmas da Primeira Seção desta Corte têm externado o entendimento de que "o candidato aprovado em concurso publico fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação (...) compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições" (STJ, RMS 33.875/MT, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe de 22/06/2012). No mesmo sentido, ainda, dentre outros:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO E POSSE DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO ATÉ A SUPERVENIÊNCIA DO TERMO FINAL DE VALIDADE DO CONCURSO.

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 dentro do número de vagas previsto no edital.
2. A instância ordinária denegou a segurança tendo em vista que nenhum candidato que precede ao recorrente na ordem classificatória foi nomeado e o prazo de validade do concurso público ainda não expirou.
3. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente, em síntese, que prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas no edital tem direito subjetivo à nomeação e posse.
4. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do certame. Precedentes.
5. No caso dos autos, embora o recorrente tenha alcançado posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital, não havia comprovado que o prazo de validade do concurso já havia expirado-se, tampouco a existência de preterição na ordem classificatória ou a contratação precária para o exercício das funções do cargo para o qual ele obteve aprovação, de modo que impossível seria apenas a imediata nomeação.
6. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido para assegurar, no prazo de validade do concurso, a nomeação do recorrente no cargo a que se habilitou com êxito" (STJ, RMS 33.925/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/02/2012).

Outrossim, tem-se externado que "eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, geram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública" (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1.398.319/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/03/2012), bem como que "o candidato incluído em cadastro de reserva, no prazo de validade do certame, tem mera expectativa de direito, salvo comprovação de que, de alguma forma, esteja sendo preterido, como, por exemplo, a contratação temporária ilícita (STJ, RMS 33.875/MT, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe de 22/06/2012; REsp 1.224.645/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 22/05/2012; AgRg no RMS 29.283/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe de 21/11/2011; AgRg no REsp 1.233.644/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, DJe de 13/04/2011; AgRg no RMS 32.094/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 14/02/2011).

Nesse contexto, à luz do entendimento jurisprudencial que vem sendo externado pelo STJ, o direito à nomeação daqueles que não foram aprovados para os cargos previstos no edital está condicionado à comprovação da inobservância da ordem de classificação ou da existência de contratações irregulares.

Isso considerado, no caso específico dos autos, contudo, não há prova que indique a preterição da impetrante, seja pela inobservância da ordem de classificação, seja por contratações irregulares em cargos efetivos vagos ou criação de vagas para a localidade para a qual prestou concurso.

Em casos análogos, inclusive, já decidiu esta Corte:

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

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

2. **Caso concreto em que a agravante pleiteava a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

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

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

"ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS. DECRETO DE CALAMIDADE PÚBLICA (ART. 37, IX, CF/88). PRETERIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por candidata aprovada em 14º lugar para o cadastro de reserva de certame que dispunha inicialmente de apenas duas vagas para o cargo de Assistente de Serviços de Saúde no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Município de Araguaçu/TO. Refere que foram convocados os 8 primeiros classificados, dos quais, todavia, 2 desistiram e não tomaram posse.

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

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

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

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

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

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

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

2. É forçoso, no entanto, a comprovação dessa situação por quem a alega, não havendo no caso concreto evidência de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a contratação temporária efetuada pela Administração tocaninense tenha sido exatamente para as mesmas funções do cargo público oferecido no edital do concurso.

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

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

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

2. **De acordo com a jurisprudência do STJ, o candidato aprovado fora do número de vagas possui direito de ser nomeado, caso demonstre a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito, em virtude da contratação de servidores temporários.**

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

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (RMS 40.714/TO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 14/03/2013)

Ainda, cita-se os seguintes julgados monocráticos: STJ, RMS 44.545/TO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 06/08/2014; RMS 41.955/TO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe de 24/04/2014; RMS 44.875/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 25/02/2014.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, **caput**, do CPC, **nego seguimento** ao Recurso Ordinário".

Inconformada, sustenta a agravante que:

"A negativa de seguimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança sob o argumento de que não há prova que indique a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preterição da Agravante, data máxima vênia, não procede, uma vez que **a Agravante demonstrou exaustivamente nos autos que a contratação de terceiros em caráter precário para as mesmas atribuições requeridas no cargo oficialmente designado por meio de concurso público, e para o qual fora aprovada, acaba por afastar sua chance de lograr nomeação e, por conseguinte, garantir sua estabilidade financeira e profissional.**

Outrossim, **é público e notório que, a despeito da formação do cadastro de reserva e da vigência do certame, o Agravado tem abastecido as vagas de que necessita para o correto cumprimento do seu dever de provedor público de serviços de saúde mediante contratação precária de terceiros.**

Neste sentido, **o Superior Tribunal de Justiça assevera que a expectativa de direito de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas convola-se em direito líquido e certo quando há a contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes.**

(...)

A Agravante pugna por seu direito subjetivo à nomeação, escorada no entendimento de que havendo a contratação de terceiros de forma precária em paralelo ao concurso público para o qual fora aprovada, está comprovada sua preterição e, logo, comprovado também está seu direito de ingressar no cargo público a que faz jus. (...)" (fls. 202/205e).

Por fim, requer "o conhecimento do presente agravo, por ser próprio e tempestivo, e, ao final, seu provimento, para conhecer o Recurso Ordinário e, ao final seu provimento para deferir a segurança pretendida à Agravante" (fl. 208e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 40.707 - TO
(2013/0016683-8)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A decisão ora agravada não merece censura.

Com efeito, **in casu**, pretende a impetrante, ora agravante, sua nomeação para o cargo de Técnico de Enfermagem em Araguaçu/TO, para cuja localidade o Edital oferecera 11 vagas (fl. 130e) e para a qual fora a agravante aprovada na 45ª posição, figurando no cadastro reserva.

No acórdão, objeto do Mandado de Segurança, o Tribunal de origem denegou a segurança, firme no entendimento de que "a impetrante logrou ser aprovada, no aludido concurso, na 45ª colocação (fl. 03, do anexo "inic3"), enquanto que o Edital havia oferecido 11 vagas para o Município de Araguaçu, segundo informa a autoridade impetrada, e, ao que consta dos documentos juntados, a última candidata nomeada foi a de classificação 34ª (fl. 02, do anexo "inic10"). As cópias dos Diários da Justiça onde constam as contratações temporárias de Técnicos em Enfermagem (anexos "inic13" a "inic18"), porém, não comprovam que as contratações temporárias tenham sido direcionadas ao município de Araguaçu" (fl. 130e), **in verbis**:

"O cerne da demanda cinge-se na discussão acerca da existência ou não de direito líquido e certo da impetrante de obter investidura, em cargo público de Técnico em Enfermagem, de provimento efetivo, em razão de ter logrado aprovação em concurso público regido pelo Edital nº 001/Quadro Saúde/2008, onde obteve a 45ª colocação, ante a alegação de que apesar de o Edital regimental do certame ter oferecido 11 vagas para o referido cargo, outras vagas para o mesmo cargo estariam sendo ocupadas por profissionais precariamente contratados.

Com efeito, **o edital do certame, em seu item 1.2.2, traz expressa previsão de que "os candidatos que compõem o cadastro de reserva somente serão nomeados, observado o município para o qual tenham concorrido se, durante o período de validade do concurso ocorrer o surgimento de novas vagas, ou, ainda, para a investidura em vaga oferecida pelo presente edital, cujo candidato nomeado não venha a tomar posse, ou, empossado, tenha a sua posse tornada insubsistente ou sem efeito."** (fl. 01, do anexo "inic4").

Observa-se, pois, que o edital regionalizou a oferta das vagas, tendo os candidatos optado pela localidade para a qual pretendiam concorrer à vaga escolhida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre os servidores contratados temporariamente, (...) a impetrante não logrou demonstrar que os servidores contratados tenham sido lotados na localidade para a qual concorreu à vaga, ou seja, Araguaçu.

Efetivamente, a impetrante logrou ser aprovada, no aludido concurso, na 45ª colocação (fl. 03, do anexo "inic3"), enquanto que o Edital havia oferecido 11 vagas para o Município de Araguaçu, segundo informa a autoridade impetrada, e, ao que consta dos documentos juntados, a última candidata nomeada foi a de classificação 34ª (fl. 02, do anexo "inic10").

As cópias dos Diários da Justiça onde constam as contratações temporárias de Técnicos em Enfermagem (anexos "inic13" a "inic18"), porém, não comprovam que as contratações temporárias tenham sido direcionadas ao município de Araguaçu.

A rigor do preceituado na Constituição Federal – inc. LIXI, art. 5º, bem assim do regramento esculpido na Lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança submete-se a procedimento específico, onde não se admite dilação probatória, cabendo ao impetrante comprovar, de plano, que é detentor de determinado direito líquido e certo, bem como, de que tal direito líquido e certo, sofreu ou encontra-se na iminência de sofrer, violação ilegal ou arbitrária, por parte de autoridade pública ou congênere.

(...)

Assim, em não tendo a impetrante logrado provar ser detentora de direito líquido e certo, consistente em obter imediata investidura no cargo público, de provimento efetivo, de Técnico em Enfermagem, em decorrência de aprovação em concurso público, nem a existência de ato ilegal ou arbitrário, comissivo ou omissivo, por parte da autoridade impetrada, nos termos expostos, não há amparo para a concessão da segurança pleiteada pela mesma" (fls. 129/132e).

Por sua vez, a impetrante afirma, em síntese, que faz jus à nomeação, pois "os impetrados, ao invés de nomear os remanescentes do cadastro de reserva, conforme previsão editalícia, lançam mão de contratos temporários às dezenas de milhares, em franca preterição ao direito dos aprovados albergados pelo referido cadastro e ainda, utilizam- se como no presente caso, de outra denominação de cargo, porém com as mesmas atribuições, ou seja, contratam assistentes administrativos de saúde ao invés de auxiliar de serviço de saúde, com as mesmas atribuições" (fl. 141e).

Sem razão, contudo.

De fato, com relação aos candidatos aprovados em cadastro reserva, a Primeira Seção desta Corte, recentemente, revendo posicionamento anterior, firmou o seguinte entendimento, **in verbis**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CLÁUSULA EDITALÍCIA. **PREENCHIMENTO DAS VAGAS PREVISTAS EM EDITAL E DAQUELAS QUE SURGISSEM DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. CADASTRO DE RESERVA. COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE VACÂNCIA. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MAIS BEM CLASSIFICADO. IMEDIATA INCLUSÃO DO IMPETRANTE NO ROL DE CANDIDATOS DENTRO DO LIMITE DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. VERIFICAÇÃO DE PRETERIÇÃO. REQUISIÇÃO DE SERVIDORES DE OUTROS ÓRGÃOS. EXACERBAMENTO. PEDIDO DE EFEITOS PATRIMONIAIS ANTERIORMENTE À DATA DA IMPETRAÇÃO. INVIABILIDADE.**

1. **Com exceção a casos de não observância da ordem de classificação ou de contratação temporária de terceiros no prazo do certame, a jurisprudência nacional centenária orientou-se sempre pela inexistência de direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público, atribuindo-lhe, em princípio, mera expectativa de direito.**

2. Essa perspectiva ganhou sentido diametralmente oposto nos últimos anos, culminando recentemente no julgamento, com repercussão geral, do RE 598.099/MS, relator o Em. Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

3. Em tal assentada, **o Supremo Tribunal Federal superou sua própria jurisprudência para estabelecer, de acordo com as balizas do caso concreto, que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas ofertados em edital tem o direito público subjetivo à nomeação, cumprindo à Administração Pública o dever de providencia-la, no prazo de validade do certame, ressalvada situação superveniente, imprevisível, grave e necessária que a impeça de dar cumprimento a tal dever, devendo haver, nessa medida, ato administrativo que justifique essas premissas, passível, sempre, de sindicabilidade judicial.**

4. Em linhas gerais, o substrato do referido *leading case* deita raízes nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé, propugnando que se a Administração Pública lança edital para o provimento de determinado número de cargos públicos, é porque está a dizer à parcela da população interessada (i) que existem cargos vagos, (ii) que há necessidade de serviço e de preenchimento desses cargos e (iii) que, por isso, recrutará esse número determinado de profissionais mediante concurso público, como ordena a Constituição da República.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Dessa forma, conclui o Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública que assim procede, isto é, com a abertura de concurso, gera mais que legítima expectativa no candidato de que, em havendo vagas e sendo ele aprovado e classificado dentro do número ofertado em edital, será convocado para assumir o posto público, de maneira que a Administração tem o dever de dar consecução àquilo a que ela mesma se propôs, ressalvada a excepcionalidade da situação que, segundo as premissas retrodestacadas, deve ser declinada em ato administrativo sobre o qual se pode vindicar o crivo do Poder Judiciário.

6. No citado *leading case*, originário de demanda recursal deste Superior Tribunal de Justiça (RMS 25.957/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29.05.2008, DJe 23.06.2008), **a premissa de discussão cingia-se à verificação do direito à nomeação em caso de concorrência a determinado número de vagas previsto em edital, não havendo debate tampouco decisão sobre a hipótese de concurso para a formação de cadastro de reserva.**

7. **De todo modo, a ratio para tais casos é a mesma: se a Administração Pública lança edital para a formação de cadastro de reserva, é porque está a declarar que, naquele momento, embora não tenha necessidade de serviço, convém ser prudente arregimentar profissionais interessados em fazer parte de quadro funcional público, para que, no momento em que eventualmente surgir a necessidade, disponha de uma lista de pessoas interessadas em ingressar no serviço público.**

8. Não se admite, por absoluta falta de lógica, a ideia de que a Administração realize despesa e cobre por inscrições para fazer um concurso público de formação de cadastro de reserva apenas para, durante seu prazo de validade, ter uma lista dos melhores candidatos somente por tê-la e, uma vez cessada a validade, descarta-la por falta de serventia.

9. **Parece-me óbvio, portanto, que a formação de cadastro de reserva tem por finalidade configurar uma lista de mão-de-obra disponível para que, por economia e eficiência, no momento em que advir a necessidade pública, os candidatos em espera possam ser convocados sem a necessidade de instauração de novo certame.**

10. Assim, sendo essa a finalidade inescindível, a Administração Pública, tal qual faz para com os concursos com número de vagas pré-determinado, incute no aprovado no cadastro de reserva a ideia de que, em algum momento, surgida a necessidade de serviço, será



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ele convocado, gerando uma legítima expectativa a qual, em homenagem aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé, merece amparo jurídico caso não venha a ser legalmente provida.

11. É dizer, portanto, que 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. Nesse sentido: AI 728.699 AgR (Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013).

12. Dessa forma, na hipótese, por exemplo, de aposentadoria de servidor e consequente vacância de cargo, a Administração pode aproveitar-se disso para extingui-lo, em vez de provê-lo novamente, deixando, portanto, de convocar candidato aprovado, desde que exerça essa prerrogativa de modo expresso e fundamentado; ou se houver cronograma prévio de provimento dos novos cargos em correspondência ao cronograma financeiro-orçamentário; ou, ainda, se na criação dos novos cargos a estes for definido no perfil funcional, dentre outros fatos alegáveis, todos em defesa do interesse público, porém jamais para driblar os princípios da isonomia e, sobretudo, da impessoalidade.

13. Diga-se, por oportuno, que a possibilidade de a Administração Pública escusar-se à nomeação de candidato aprovado, como ressaltado claramente pelo Em. Ministro Relator do RE 599.098/MS, diz com a ocorrência de vicissitudes que alterem a ordem do dia e impeçam o desenrolar natural do serviço público, não se podendo opor à supremacia do interesse público um interesse meramente individual, pena de, aí sim, engessar o Estado.

14. **O que não há tolerar-se, no entanto, é a atuação arbitrária do Estado na realização de concurso, na formação de cadastro de reserva e no pouco caso que usualmente faz com os anseios dos candidatos que se submetem às suas regras, deixando escoar o prazo apesar do surgimento de vacância e, pressupõe-se, de necessidade de serviço.**

15. Portanto, o edital de concurso vincula tanto a Administração quanto o candidato ao cargo público ofertado, fazendo jus o aprovado a ser nomeado dentro do limite de vagas previsto e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

durante o prazo de validade do certame, quando houver previsão editalícia, nas vagas que eventualmente surgirem, principalmente quando a própria Administração a isso se obriga mediante estipulação em cláusula editalícia. Cf. RE 227.480 (Relator Min. Menezes Direito, Relatora p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008)

16. **No caso concreto, o candidato concorreu às vagas destinadas a Portadores de Necessidades Especiais (PNE), e se classificou fora do limite ofertado inicialmente, embora dentro de cadastro de reserva estipulado no edital (Itens 2.2, 3, 3.1, 3.1.1 e 3.1.2, e-STJ fls. 104/105), tendo, no entanto, comprovado o surgimento de tantas vagas quanto fossem necessárias para alcança-lo** e, demais disso, que o candidato imediatamente mais bem classificado que si renunciou expressamente ao direito à nomeação.

17. Reforça também o acolhimento da pretensão a constatação de que a necessidade de pessoal do órgão público em referência é suprida exacerbadamente mediante a cessão de servidores provenientes de outros órgãos públicos, o que tem o condão de configurar a preterição do direito do candidato aprovado em concurso. Nesse sentido: MS 18.881/DF (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 05.12.2012) e MS 19.227/DF (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 13.03.2013, DJe 30.04.2013).

18. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação de cobrança, operando efeitos patrimoniais apenas a contar da data da impetração (MS 19.218/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 21/06/2013). Súmula 271/STF.

19. Mandado de segurança concedido parcialmente" (STJ, MS 19.369/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/09/2015).

Desse contexto, pode-se extrair a orientação de que a situação dos candidatos aprovados em concurso público, 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:

"DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. APROVAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CADASTRO DE RESERVA. SUPERVENIÊNCIA. CRIAÇÃO. VAGAS. DEMONSTRAÇÃO. NECESSIDADE. SERVIÇO. PRETENSÃO. NOMEAÇÃO. INDEFERIMENTO. EXAME. AFIRMAÇÃO. LAUDO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO. COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. RECURSOS FINANCEIROS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. PRECEDENTES DESTA SEGUNDA TURMA.

1. Primeiramente, friso que, **na esteira de precedentes do STJ e do STF (ementas abaixo transcritas), a expectativa de direito daquele candidato inserido em cadastro de reserva somente se convola em direito subjetivo à nomeação caso demonstrado de forma cabal que a Administração, durante o período de validade do certame, proveu cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, por meio de contratação precária (por comissão, terceirização), fato que configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, IV, da Constituição Federal.**

2. **Conforme decidido no julgamento do RMS 39.167/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/8/2014, DJe 12/8/2014: "Em matéria de concurso público, a Administração Pública tem o dever de nomear tanto os candidatos aprovados dentro do limite de vagas previsto do edital de abertura quanto aqueles que se classificaram em cadastro de reserva, nesta última hipótese quando demonstrado o surgimento da vacância e a necessidade de serviço. Essa obrigação, contudo, pode ser excepcionada desde que motivadamente e em caso da ocorrência de situação caracterizada pela superveniência, pela imprevisibilidade, pela gravidade e pela necessidade. Inteligência do entendimento consolidado no RE 598.099/MS, relator o Em. Ministro Gilmar Mendes."**

3. No caso dos autos, a Administração Pública do Distrito Federal conseguiu demonstrar que a pretensão de nomeação do recorrente apresentava-se impossível em razão da ausência de dotação orçamentária e de recursos financeiros, o que poderia ensejar a violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

4. Agravo Regimental provido" (STJ, AgRg no AgRg no RMS 39.669/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/09/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, conforme Item 1.2.2 do Edital em comento (fl. 26e), os candidatos que compõem o cadastro reserva somente serão nomeados, observado o Município para o qual tenham concorrido, se, durante o período de validade do concurso, ocorrer o surgimento de novas vagas, ou, ainda, para a investidura em vaga oferecida pelo presente edital, cujo candidato nomeado não venha a tomar posse, ou, empossado, tenha a sua posse tornada insubsistente ou sem efeito. Ou seja, **é necessária a existência de vaga na localidade escolhida**, e para a qual o candidato tenha concorrido.

Todavia, a agravante deixou de comprovar sua preterição, pelo surgimento de vagas para a localidade para a qual concorreu, qual seja, Araguaçu/TO.

Da mesma forma, quanto à existência de contratos temporários, firmados pelo impetrado com profissionais para o cargo de Técnico de Enfermagem, as provas carreadas aos autos, igualmente, não são capazes de demonstrar o alegado, pois, em momento algum, a impetrante conseguiu provar a existência de vagas, na localidade disputada, em número tal capaz de atingir sua classificação.

Ou seja, não há provas de que Técnicos de Enfermagem tenham sido contratados temporariamente, pelo Governo Estadual, para trabalhar em Araguaçu/TO, em número tal que traduza o direito líquido e certo, afirmado pela impetrante.

Em outras palavras, pelo conjunto probatório produzido, vislumbra-se ausência de provas pré-constituídas, aptas a embasar ofensa a direito líquido e certo. Nesse sentido:

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

1. Discute-se no mandamus o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em enfermagem do Estado do Tocantins.
2. A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie.
3. No caso, a candidata obteve a 18ª colocação no concurso para o preenchimento de 10 vagas e formação de cadastro de reserva, não havendo nos autos elementos que comprovem a preterição do direito à nomeação, pois não se demonstrou o real surgimento de vagas efetivas para o cargo pretendido, no período de validade do concurso, para a localidade específica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A remoção ou cessão de um servidor para outra localidade não caracteriza "vacância de cargo" para fins de provimento pelos aprovados em concurso público.

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

6. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento" (STJ, RMS 41.787/TO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2015).

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

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

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

Ante todo o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.
É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0016683-8 PROCESSO ELETRÔNICO RMS **AgRg no 40.707 / TO**

Números Origem: 437215698512 50005879020128270000

PAUTA: 13/10/2015

JULGADO: 13/10/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ELIZETE ROSA DA COSTA CASTRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
RECORRIDO : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADOR : KLEDSON DE MOURA LIMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital - Classificação e/ou Preterição

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ELIZETE ROSA DA COSTA CASTRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
AGRAVADO : ESTADO DO TOCANTINS
PROCURADOR : KLEDSON DE MOURA LIMA E OUTRO(S)

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 Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.