



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 69958 - SC
(2022/0323367-9)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : **ARIEL SALVARO JORGE GOULARTI**
ADVOGADOS : **CRISTHOFER HERR DA SILVA - SC049637**
: **DENISE AMORIM DUMER - SC046113**
AGRAVADO : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
ADVOGADO : **QUEILA DE ARAUJO DUARTE VAHL - SC012657**

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR DE ARTES. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ALEGADA.

1. O STJ entende que os candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito ao cargo a que concorreram. Precedente: AgRg no REsp 1.233.644/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 13.4.2011.

2. A Corte Especial do STJ passou a seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, segundo a qual "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." (Tema 784/STF) (AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RMS 48.056/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 15.9.2017). No mesmo sentido: AgInt no RMS 52.114/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.8.2017.

3. No que tange à contratação precária, "o Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 12.8.2016) 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. A propósito, ainda: STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 3.2.2017; RMS 51.721/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14.10.2016." (AgInt no RMS 49.856/MT, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.8.2017).

4. "A contratação temporária para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, consoante previsto no artigo 37, IX, da Constituição da República, bem como a existência de cargos efetivos vagos, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos

candidatos regularmente aprovados. Isso porque as hipóteses de contratação temporária, admitidos mediante processo seletivo simplificado (artigo 37, IX, CF), não se confundem com o recrutamento de servidores por concurso público (art. 37, II e III, da CF), por serem institutos diversos." (AgInt no RMS 65.863/MG, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 1.9.2021.)

5. As contratações temporárias previstas no art. 37, IX, da CF têm por finalidade exclusiva o suprimento de necessidades transitórias da administração, diferentemente do recrutamento de servidores efetivos por meio de concurso público, que pressupõe necessidade permanente de pessoal. Uma vez que os atos administrativos possuem presunção de legitimidade, a comprovação de ocorrência de contratações temporárias de maneira irregular (por exemplo, em situação que comportaria a contratação de servidor permanente) demandaria dilação probatória, tarefa inviável na via estreita do *mandamus*, que exige prova pré-constituída.

6. Sendo assim, não há, nos autos, elementos suficientes para demonstrar o surgimento de novas vagas que alcancem a classificação da insurgente, ou a preterição de seu direito de ser nomeada, por contratação irregular de servidor temporário, para o mesmo cargo em que aprovada. Ausente, portanto, a comprovação de direito líquido e certo.

7. Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 21/03/2023 a 27/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 27 de março de 2023.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 69.958 - SC
(2022/0323367-9)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ARIEL SALVARO JORGE GOULARTI
ADVOGADOS : CRISTHOFFER HERR DA SILVA - SC049637
DENISE AMORIM DUMER - SC046113
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : QUEILA DE ARAUJO DUARTE VAHL - SC012657

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática (fls. 321-322, e-STJ) que negou provimento ao recurso.

O agravante alega:

Conforme acostado nos autos do Recurso Ordinário, as escolas 752000123000 -EEF SILVA ALVARENGA e 752000119320 -EEB JOÃO DAGOSTIM, injustificadamente vem contratando professores ACTs, ALÉM DOS LIMITES ESTABELECIDOS NA LEI Nº 16.861, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2015.

(...)

De início, cumpre destacar que nas escolas descritas acima, inexistem quaisquer publicações no sentido de haver projetos com prazo certo de duração ou necessidades a serem atendidas pela FCEE. De pronto, os relatórios extraídos do portal da transparência, demonstram explicitamente que existem professores temporários suprimindo a ausência de professores titulares por questões de ordem médica, porém a contratação de temporários extrapola o limite de professores titulares afastados, e esta questão se arrasta por mais de 1 ano, sem alterações.

(...)

Conforme informações extraídas do portal da transparência, em 2021, período de vigência do edital nº 2271/2017/SED, o colégio mantinha 12 professores temporários exercendo a função de professores titulares, evidenciando total desconformidade ao art. 2º da lei nº 16.861/15, logo, demonstrada a preterição de direito líquido e certo.

(...)

Considerando a decisão, vale destacar que a mesma não considerou que o limite de professores temporários foi excedido por dois anos seguidos, ou seja, não se trata de situação excepcional, a mesma situação não ocorre com outros colégios, logo não se trata de situação relacionada a pandemia, ou qualquer outro fator, isto porque, atípico seria apenas em um ano, agora, tornar a exceder as contratações no ano seguinte,

Superior Tribunal de Justiça

ao invés de convocar os professores qualificados representa conduta ilícita.

Impugnação nas fls. 351-355, e-STJ.

É o **relatório**.

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 69.958 - SC
(2022/0323367-9)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ARIEL SALVARO JORGE GOULARTI
ADVOGADOS : CRISTHOFER HERR DA SILVA - SC049637
DENISE AMORIM DUMER - SC046113
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : QUEILA DE ARAUJO DUARTE VAHL - SC012657

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR DE ARTES. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ALEGADA.

1. O STJ entende que os candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito ao cargo a que concorreram. Precedente: AgRg no REsp 1.233.644/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 13.4.2011.

2. A Corte Especial do STJ passou a seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, segundo a qual "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." (Tema 784/STF) (AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RMS 48.056/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 15.9.2017). No mesmo sentido: AgInt no RMS 52.114/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.8.2017.

3. No que tange à contratação precária, "o Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 12.8.2016) 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. A propósito, ainda: STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 3.2.2017; RMS 51.721/ES,

Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14.10.2016." (AgInt no RMS 49.856/MT, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.8.2017).

4. "A contratação temporária para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, consoante previsto no artigo 37, IX, da Constituição da República, bem como a existência de cargos efetivos vagos, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados. Isso porque as hipóteses de contratação temporária, admitidos mediante processo seletivo simplificado (artigo 37, IX, CF), não se confundem com o recrutamento de servidores por concurso público (art. 37, II e III, da CF), por serem institutos diversos." (AgInt no RMS 65.863/MG, rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 1.9.2021.)

5. As contratações temporárias previstas no art. 37, IX, da CF têm por finalidade exclusiva o suprimento de necessidades transitórias da administração, diferentemente do recrutamento de servidores efetivos por meio de concurso público, que pressupõe necessidade permanente de pessoal. Uma vez que os atos administrativos possuem presunção de legitimidade, a comprovação de ocorrência de contratações temporárias de maneira irregular (por exemplo, em situação que comportaria a contratação de servidor permanente) demandaria dilação probatória, tarefa inviável na via estreita do *mandamus*, que exige prova pré-constituída.

6. Sendo assim, não há, nos autos, elementos suficientes para demonstrar o surgimento de novas vagas que alcancem a classificação da insurgente, ou a preterição de seu direito de ser nomeada, por contratação irregular de servidor temporário, para o mesmo cargo em que aprovada. Ausente, portanto, a comprovação de direito líquido e certo.

7. Agravo Interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 2.3.2023.

O Tribunal de origem dirimiu a controvérsia nos seguintes termos:

No caso dos autos, a impetrante foi aprovada no concurso público inaugurado pelo Edital n. 2271/2017/SED, publicado em 14.08.2017, no qual estava prevista a existência de 1 (uma) vaga para a disciplina de "arte" da região de Criciúma - GERED 21 (evento 1, EDITAL5 fl. 39), sendo que a impetrante foi classificada na 8ª (oitava) colocação (evento 1, OUT6, fl. 3), ou seja, fora do número de vagas, possuindo mera expectativa de direito à nomeação, de acordo com as vagas disponíveis e no poder discricionário do administrador (RE n. 598.099, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 10.8.11).

Ademais, observa-se que a homologação do certame ocorreu no dia 12.12.17 (Portaria n. 3330/SED), tendo havido a sua prorrogação por mais dois anos através da Portaria n. P/2728 (evento 1, OUT7, fls.10), cujo prazo de validade restou suspenso no período em que vigorou o Decreto Legislativo Estadual n. 18.332/20.

Neste interstício, "foram realizadas 4 (quatro) chamadas para o cargo de Professor de Arte para a Coordenadoria Regional de Educação de Criciúma, as quais foram realizadas em 14/12/2017, 03/12/2018, 27/12/2020 e 12/01/2022" contemplando os candidatos aprovados até a sétima colocação (evento 42, fls. 5).

Para fundamentar a ocorrência de preterição do seu direito à nomeação, a impetrante alega que: (a)"conforme ofício da 21ª CRE, constam vagas de professores de artes na região em que a impetrante foi qualificada";(b)"está em aberto, ou pior, já fora contratado, um profissional em caráter temporário para assumir a posição de titular na referida escola"; (c)"o candidato Daniel de Moura, classificado na 26ª posição do certame, foi nomeado de forma ilícita, descumprindo determinação legal do edital" (evento 1, fls. 6-10).

Os argumentos, contudo, não merecem prosperar.

No que concerne à existência de vagas para o cargo de professor habilitado em artes para a mesma região em que a impetrante foi qualificada, infere-se do ofício expedido pela Coordenadoria Regional de Educação de Criciúma que tal quantitativo discrimina apenas "as vagas disponíveis para remoção e conseqüentemente para chamada do concurso de ingresso de acordo com as orientações enviadas pela SED", mensurando a carga horária disponível em cada unidade escolar (evento 1, OFIC12). Nessa linha, a Corte Superior já se manifestou no sentido de "o preenchimento de vagas por integrantes dos quadros da Administração a princípio não configura ilicitude, pois, de acordo com a jurisprudência do STJ, 'a

inobservância da ordem de classificação que se configura ilegal é aquela interna aos trâmites do certame, ou seja, aquela que ocorre entre candidatos' (REsp 1.222.085/RJ, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 31.3.2011) [...]

A possibilidade de preenchimento de vagas por integrantes do quadro de pessoal da Administração a despeito de haver concurso vigente decorre da discricionariedade administrativa, não se podendo imaginar que a existência de candidatos aprovados fora do número de vagas impeça a movimentação interna de servidores públicos, sob pena de exagerada redução da capacidade gerencial do órgão.

Nesse sentido: "a remoção de servidores, por caracterizar forma derivada de provimento, não importa em preterição dos candidatos aprovados em concurso público que aguardam nomeação" (MS 38.590/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 20/10/2014). [...]" (RMS n. 61.985/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/11/2019, DJe de 12/5/2020).

Logo, a existência de vagas destinadas à remoção não viola o direito líquido e certo da impetrante na exata medida em que não resta configurada a ocorrência de preterição, tampouco ofensa ao princípio do concurso público.

De outro vértice, no que tange à alegada preterição na nomeação diante de contratações temporárias realizadas pela Administração, o art. 37, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

E, consoante já asseverou o Superior Tribunal de Justiça, "a contratação temporária para atender a necessidade transitória de excepcional interesse público não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados, bem como a existência de cargos efetivos vagos, porquanto, nesse regime especial de contratação, o agente exerce funções públicas como mero prestador de serviços, sem a ocupação de cargo ou emprego público na estrutura administrativa, constituindo vínculo precário, de prazo determinado" (STJ, AgInt nos EDcl no RMS n. 63.883/MG, rel^a. Min. Regina Helena Costa, j. 8.2.21 - grifou-se).

Aliás, "o Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJede12.8.2016) 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 (...)" (STJ, AgInt no RMS n. 49.856/MT, rel^a. Min. Assusete Magalhães, DJe 25.8.17)" (STJ, AgInt no RMS n. 63.371/RN, rel. Min. Herman Benjamin, j. 8.2.21 - grifou-se).

Demais disso, embora a impetrante alegue eventual ilegalidade na contratação de profissional temporário para ministrar as aulas apontadas, não fez qualquer prova neste sentido.

É dizer, não demonstrou que a administração pública tenha lançado edital de processo seletivo, tampouco que tenha havia contratação de servidor temporário para o exercício das atividades inerentes ao cargo ora pretendido - ônus que lhe incumbia, a teor do art. 373, I, do CPC.

Por fim, no que toca à alegação de inobservância à ordem de classificação diante da nomeação do candidato Daniel de Moura para o cargo de "professor", apesar de sido classificado em posição posterior a sua - 26ª colocação (evento 1, OUT6, fls. 3), os documentos colacionados aos autos não comprovam, indubitavelmente, que a sua nomeação ocorreu em razão da classificação no concurso regido pelo Edital n. 2271/2017/SED, especialmente porque, segundo consta no "espelho de chamada do concurso", o candidato não foi nomeado pela autoridade coatora para tomar posse no cargo público (evento 42, INF_MAND_SEG1, fls. 11-16).

Aliado a isso, verifica-se que o nome do candidato Daniel de Moura aparece também como aprovado na 9ª colocação para o cargo de professor da disciplina de "sociologia" para a 21ª Gerência de Educação de Criciúma (evento 1, OUT6, fls. 13), o que, com mais razão, infirma a alegação de preterição, visto que, ainda que o candidato tenha sido nomeado para o cargo de "Professor" junto à Secretaria de Estado da Educação, a aludida nomeação refere-se a especialidade distinta daquela almejada pela impetrante.

Ao reverso, da análise do caderno processual, não se vislumbra indícios de que tenha ocorrido inobservância da ordem classificatória tampouco que tenham surgidas novas vagas dentro do período de validade do certame, de modo que a impetrante não logrou êxito em demonstrar ilegalidades ou abusividades cometidas pela Administração, inexistindo direito líquido e certo a ser resguardado a seu favor.

Conforme consignado no *decisum* agravado, verifica-se que a decisão recorrida está amparada em análise cuidadosa dos fatos e documentos exibidos, com sólida fundamentação para confirmar a regularidade e legalidade do ato de autoridade.

Os aprovados em concurso público fora do número de vagas têm mera expectativa de direito à nomeação. Ademais, o surgimento superveniente de vagas durante o prazo de validade do concurso não acarreta o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em cadastro de reserva.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da Repercussão Geral (RE 837.311/PI), firmou o entendimento de que o surgir de novas vagas ou o abrir de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente 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. O mencionado julgamento do STF (Tema 784) recebeu esta ementa:

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 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 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 expreso 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, 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. (RE 837.311, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 9/12/2015,

Processo eletrônico repercussão geral-mérito DJe-072 divulg 15/4/2016 public 18/4/2016).

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 100/2007 PELO STF (ADI. 4.876/DF). ALEGAÇÃO DE NOVAS VAGAS. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO NÃO EXPIRADO.

1. Trata-se, na origem, de Ação Mandamental impetrada pela recorrente contra o Governador do Estado de Minas Gerais, objetivando provimento no cargo de Assistente Técnico de Educação Básica, no Município de Belo Oriente/MG, tendo em vista sua aprovação ao cargo almejado na 10ª posição, bem com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual 100/2007 pela Suprema Corte Federal (ADI 4.876/DF), que ensejou a vacância de oito cargos providos sem concurso público, que poderão ser preenchidos por concursados, dentre eles a recorrente.

2. É assente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância -, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Precedentes do STJ.

3. Por conseguinte, se não há direito líquido e certo devidamente caracterizado e comprovado, inviabiliza-se a pretensão mandamental.

4. Ressalta-se que o prazo de validade do concurso em discussão ainda não expirou, segundo informações constantes no acórdão combatido (fl. 168, e-STJ): "o concurso foi homologado em 15/11/2012, estendendo seus efeitos até 15/11/2014, prevendo o instrumento editalício, em seu item 1.5, que o concurso poderia ser prorrogado por outro biênio, o que de fato ocorreu, conforme ato publicado no Diário do Executivo do dia 04/11/2014, fl. 08, findando-se agora, definitivamente, no dia 15/11/2016".

5. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança não provido. (RMS 47.861/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015)

No caso em análise, não se configura nenhuma das hipóteses assentadas no RE 837.311, julgado pelo Supremo Tribunal em regime de

Repercussão Geral, para que possa se falar em direito líquido e certo à nomeação. Isso porque: a) a ora recorrente não foi aprovada dentro do número de vagas previsto no edital; b) não houve preterição na sua nomeação por inobservância na ordem de classificação; c) não há prova pré-constituída de que tenham surgido novas vagas, tampouco de que tenha sido aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e que ocorreu preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

Não fosse isso, nos casos de concursos que ainda estão no prazo de validade, subsiste íntegra a discricionariedade da Administração Pública para efetivar a nomeação dos aprovados, numa janela de conveniência e oportunidade, máxime em face de disponibilidades orçamentárias (cf. RMS 61.240/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/10/2019; AgInt nos EDcl no RMS 58.952/PB, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 22/8/2019).

Noutro passo, a alegação de que a Administração tem contratado servidores temporários para as mesmas funções não demonstra, por si só, a “preterição arbitrária e imotivada” de candidato aprovado fora do número de vagas.

"A contratação temporária para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, consoante previsto no artigo 37, IX, da Constituição da República, bem como a existência de cargos efetivos vagos, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados. Isso porque as hipóteses de contratação temporária, admitidos mediante processo seletivo simplificado (artigo 37, IX, CF), não se confundem com o recrutamento de servidores por concurso público (art. 37, II e III, da CF), por serem institutos diversos" (AgInt no RMS 65.863/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 30/8/2021, DJe de 1/9/2021.)

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA CLASSIFICADA PARA ALÉM DAS VAGAS OFERECIDAS NO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ART. 37, IX, DA CF/1988. NECESSIDADES

TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

3. A contratação de servidores temporários, só por si, não caracteriza preterição na convocação e nomeação da autora ou autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo a ensejar o chamamento de candidatos aprovados. É que os temporários, admitidos mediante processo seletivo simplificado, fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem a demandas transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados por meio de concurso público (art. 37, II e III, da CF) e suprem necessidades permanentes de serviço. São, portanto, institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem.

4. Recurso ordinário não provido.

(RMS 65.169/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 29/6/2021)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. TEMA DECIDIDO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. CONTRATAÇÃO/DESIGNAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando orientação do STF oriunda de julgamento realizado sob a sistemática da repercussão geral, consolidou o entendimento de que o candidato classificado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital ou para cadastro de reserva tem mera expectativa de direito à nomeação, sendo certo 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, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.

2. A contratação temporária para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, nos moldes do art. 37, IX, da Constituição da República, não comprova, isoladamente, a preterição dos candidatos regularmente aprovados.

3. No termos do art. 10 da Lei Estadual n. 10.254, de 20 de julho de 1990 - que instituiu o regime jurídico único do servidor público civil do Estado de Minas Gerais -, é vedada a designação temporária na hipótese de existência de "candidato aprovado em concurso público para a classe correspondente", sendo certo que aprovado é aquele classificado dentro do número de vagas previsto no edital, e não os classificados fora do número de vagas, que detêm mera expectativa de direito.

4. Hipótese em que a candidata foi aprovada fora do número de vagas previstas no edital de concurso público para determinado cargo, não havendo a configuração de nenhuma situação de preterição a ensejar o direito à nomeação.

5. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 64.693/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 30/6/2021)

As contratações temporárias previstas no art. 37, IX, da CF têm por finalidade exclusiva o suprimento de necessidades transitórias da administração, diferentemente do recrutamento de servidores efetivos por meio de concurso público, que pressupõe necessidade permanente de pessoal. Uma vez que os atos administrativos possuem presunção de legitimidade, a comprovação de ocorrência de contratações temporárias de maneira irregular (por exemplo, em situação que comportaria a contratação de servidor permanente) demandaria dilação probatória, tarefa inviável na via estreita do *mandamus*, que exige prova pré-constituída.

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO-MÉDICO VETERINÁRIO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE DEMOSTRAÇÃO DE CARGOS VAGOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA VEDADA VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

[...]

V – Ademais, é fato notório que a admissão de temporários, fundada no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende às necessidades transitórias da Administração e não concorre com a nomeação de efetivos, estes recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF), para suprir necessidades permanentes do serviço. São institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem, pelo que também a presença de temporários nos quadros estatais não pode ser tida, só por si, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos. Neste sentido: AgInt no RMS 51.806/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017 e AgInt no RMS 51.478/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 24/03/2017. Na hipótese em tela, *mutatis mutandis*, apesar da existência de contratos de terceirização, não há, nos autos, comprovação da existência de cargos efetivos vagos, de modo a amparar o pretendido direito do Recorrente à nomeação, não havendo que se falar em direito líquido e certo a ser amparado nesta via.

VI – Por fim, ressalta-se que tal verificação, quanto à existência de cargos vagos, de modo a alcançar o impetrante para a respectiva convocação, demandaria necessária dilação probatória, o que não se admite nesta via mandamental. Neste sentido: AgRg no RMS 35.906/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado

em 21/03/2017, DJe 30/03/2017

VII – Embargos de declaração conhecidos como agravo interno. Agravo interno improvido. (AgInt no MS 22.734/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 12/8/2019).

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ALEGADA.

[...]

4. A "paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame" (STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 03/02/2017

5. Sendo assim, não há, nos autos, elementos suficientes para demonstrar o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, ou a preterição do direito do insurgente de ser nomeado, por contratação irregular de servidores comissionados, para o mesmo cargo em que aprovado. Ausência, portanto, de comprovação de direito líquido e certo.

6. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 60.820/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/6/2019).

Esclareço ainda que "a remoção ou cessão de um servidor para outra localidade não caracteriza vacância de cargo para fins de provimento pelos aprovados em concurso público" (RMS 63.062/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.10.2020).

Dessa feita, não se vislumbra a ilegalidade no ato imputado à autoridade impetrada, nem abuso de poder.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes, não há prover o Agravo que contra ela se insurge.

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Interno.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no RMS 69.958 / SC
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2022/0323367-9

Número de Origem:
50138710320228240000

Sessão Virtual de 21/03/2023 a 27/03/2023

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ARIEL SALVARO JORGE GOULARTI

ADVOGADOS : CRISTHOFER HERR DA SILVA - SC049637
DENISE AMORIM DUMER - SC046113

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : QUEILA DE ARAUJO DUARTE VAHL - SC012657

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
CONCURSO PÚBLICO / EDITAL - CLASSIFICAÇÃO E/OU PRETERIÇÃO

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ARIEL SALVARO JORGE GOULARTI

ADVOGADOS : CRISTHOFER HERR DA SILVA - SC049637
DENISE AMORIM DUMER - SC046113

AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : QUEILA DE ARAUJO DUARTE VAHL - SC012657

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 21/03/2023 a 27/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 28 de março de 2023