



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000378282

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008738-83.2024.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante LUCINÉIA MAESTÁ DE LIMA, é apelado MUNICÍPIO DE COROADOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente), PAULO GALIZIA E MARCELO SEMER.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

ANTONIO CARLOS VILLEN

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 498/25

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 1008738-83.2024.8.26.0077

COMARCA: BIRIGÜI – 2ª VARA CÍVEL

APELANTE: LUCINÉIA MAESTÁ DE LIMA

APELADO: MUNICÍPIO DE COROADOS

JUIZ: LUCAS GAJARDONI FERNANDES

CONCURSO PÚBLICO. Mandado de segurança. Município de Coroados. Cargo de Técnico de Enfermagem. Impetrante aprovada fora do número de vagas previsto no edital. Aprovação que não confere direito à nomeação. Entendimento do STF, Tema 784, com repercussão geral reconhecida. Credenciamento de profissionais de saúde para exercerem atividade temporária de modo a suprir excepcional interesse público. Preterição não evidenciada. Inexistência de direito líquido e certo. Sentença que denegou a ordem. Recurso não provido.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidata aprovada fora do número de vagas no Concurso Público promovido pelo Município de Coroados (Edital nº 001/2024) para provimento de uma (1) vaga do cargo de Técnico de Enfermagem pelo regime celetista, que pleiteia a sua nomeação imediata para o cargo.

A r. sentença denegou a ordem.

A impetrante apelou. Alega que foi aprovada em 5º lugar no concurso e que foi “*contratada precariamente, de forma terceirizada*”, após nomeação dos dois primeiros colocados e desclassificação da terceira colocada no certame. Afirma que a negativa de sua nomeação se baseou nas restrições impostas pela Lei nº 9.504/97, diante da proximidade das eleições municipais. Alega que tal justificativa “*é desarrazoada, uma vez que o próprio Município, durante o mesmo período, convocou e nomeou outros aprovados*”

no mesmo concurso para o cargo de Professor PEB I, sem qualquer impedimento.”. Sustenta que o art. 37, inc. IV da CF prevê o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital. Assevera que a Súmula nº 15 do STF estabelece que, dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Afirmar que a contratação de servidores terceirizados evidencia a necessidade do preenchimento das vagas. Argumenta com os princípios que regem a Administração Pública (art. 37 da CF) e com a tese firmada no Tema 784 (STF). Menciona julgados em reforço à tese defendida. Pede o provimento do recurso para que a segurança seja concedida.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 179/188).

É O RELATÓRIO.

O edital do concurso previa o preenchimento de 01 vaga para o cargo de Técnico de Enfermagem do Município de Coroados (fl. 19). A impetrante, no entanto, foi aprovada em 5º lugar (fl. 69).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 598.099, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 10.08.2011, v.u., já consolidou o entendimento no sentido de que apenas os aprovados dentro do número de vagas previstas no edital têm direito à nomeação. Os aprovados fora do número de vagas têm mera expectativa de direito, condicionado ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Por outro lado, no Recurso Extraordinário nº 837.311, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 9.12.2015, a Corte, em sede de repercussão geral, se manifestou no seguinte sentido (grifei):

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.
ARBÍTRIO. 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.

(...)

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 inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

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

- i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099);
- ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do

STF);

iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

Em consonância com tal entendimento, para que os aprovados fora do número de vagas previstas no edital tenham a expectativa de direito convolada em direito à nomeação, é de rigor, além da existência de novas vagas, a demonstração de inequívoca necessidade de provimento imediato dos cargos e de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração. Não é o que ocorre no caso concreto.

Não prospera a alegação da impetrada de que foi preterida em razão da manutenção de agentes contratados de modo precário e temporário. Os documentos por ela juntados não são suficientes sequer para demonstrar a existência de cargos efetivos vagos de Técnico de Enfermagem no Município. Saliente-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE nº 768.267, Rel. Ministra Carmen Lúcia, 2ª Turma, j. 05.11.2013, decidiu que a “*contratação precária de agentes públicos somente configura preterição da ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente, ainda que fora do número de vagas do edital, quando tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos.*”.

Anote-se que o entendimento supramencionado tem sido aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO.

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE DAS CONTRATAÇÕES. TESE VEICULADA APENAS QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO INTERNO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. CONCURSO PÚBLICO. **CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. TEMA JULGADO EM REPERCUSSÃO GERAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA DA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO. NÃO DEMONSTRADO.** APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

(...)

III - O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837311/PI), fixou orientação no sentido de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da

administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

IV - 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. Precedentes. (...)

(AgInt no RMS n. 69.020/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, j. 10.10.2022 – grifei.)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FO-RA DO NÚMERO DE VAGAS. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CARGOS VAGOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA VEDADA NA VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

I - A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o candidato aprovado fora do número de

vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, convolando-se em direito subjetivo somente na hipótese de comprovação do surgimento de cargos efetivos durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da administração pública em preenchê-las.

II - A admissão de temporários, fundada no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende 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.

III - Na hipótese em debate, não ficou comprovada a preterição de candidatos em razão da existência de contratação precária, bem como a ausência de cargos efetivos a serem providos originariamente. Ademais, eventual comprovação demandaria necessária dilação probatória, o que não se admite nesta via mandamental.

IV - Dada a ausência de prova pré-constituída das alegações da recorrente, e da impossibilidade de dilação probatória na via do mandado de segurança, forçoso o reconhecimento da ausência de direito líquido e certo a ser amparado nesta via mandamental.

V - Negado provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança. (RMS n. 63.848/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado 22.9.2020 – grifei)

Convém anotar, ademais, que pelo memorando de fl. 160 a Administração informou o seguinte: *“os Técnicos de Enfermagem em questão foram contratados por período determinado via CIMSA – Consórcio público Intermunicipal de Saúde – Birigui, através de uma empresa credenciada. Outrossim, cumpre esclarecer que o município de Coroados compõe os consorciados do Consórcio público intermunicipal de Saúde – CIMSA, o qual mediante processos licitatórios consegue disponibilizar profissionais para atender as situações emergenciais dos municípios. No presente também é pertinente esclarecer que a Secretaria Municipal de Saúde se valeu deste dispositivo em decorrência da necessidade momentânea, não sendo uma substituição de servidor efetivo, mas apenas de forma sazonal [...]”*.

Tudo isso evidencia que a impetrante não foi preterida pela Administração, que não a nomeou por razões de conveniência e oportunidade, as quais não estão sujeitas ao crivo do Poder Judiciário. Além disso, o contrário do alegado pela apelante, não há prova pré-constituída do alegado vício. Por isso, a análise da necessidade das contratações temporárias mencionadas demandaria dilação probatória incompatível com a natureza do *mandamus*. Mais uma circunstância a corroborar o acerto da denegação da ordem.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ANTONIO CARLOS VILLEN
RELATOR