



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000440407

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1000897-68.2024.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante/Apelado MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO, é apelada/apelante SIRLEY RAMOS DE CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso do Município e julgaram prejudicado o recurso da impetrante. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente) E OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 6 de maio de 2025.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 36.047

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1000897-68.2024.8.26.0584

COMARCA DE SÃO PEDRO

APELANTES: MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO E OUTRO

APELADOS: SIRLEY RAMOS DE CAMPOS E OUTRO

Juiz de 1ª Instância: Luis Carlos Martins

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO –
MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO
– CANDIDATO APROVADA FORA DO NÚMERO DE
VAGAS – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO
– ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – OFENSA A
DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INEXISTÊNCIA.

1. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX, CF).

2. Candidata aprovada fora do número de vagas disponibilizadas no edital de concurso para provimento do cargo de Serviços Gerais. Ausência de direito subjetivo à nomeação. Ausência de prova de cargo vago a evidenciar preterição imotivada no seu provimento. Contratação temporária que não se presta para tal fim. Precedentes. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder e ofensa a direito individual líquido e certo. Sentença reformada. Segurança denegada. Recurso do Município provido. Recurso da impetrante prejudicado.

A r. sentença de fls. 202/205, cujo relatório se adota, concedeu a segurança e fixou prazo de 30 dias do trânsito em julgado para que a autoridade impetrada nomeie e dê posse à impetrante no cargo para o qual foi aprovada em concurso público, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, limitada a R\$ 50.000,00. Há reexame necessário.

Inconformadas apelam as partes. O Município de São Pedro pleiteia a denegação da segurança argumentando

que a contratação temporária tem previsão editalícia, que não há cargos vagos para dar posse à impetrante, que apenas os candidatos aprovados dentro do número de vagas têm direito subjetivo à nomeação e que é faculdade do Administrador convocar os candidatos aprovados fora do número de vagas ou abrir outro concurso.

A impetrante, por sua vez, apela objetivando a retroação dos efeitos da sentença a 05 de janeiro de 2024, quando encerrado o contrato de trabalho temporário.

Recursos processados, com contrarrazões (fls. 230/241 e 242/245), ausente oposição ao julgamento virtual. A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo do Município (fls. 254/260).

É o relatório.

Merece reforma a r. sentença apelada.

Segundo estabelece a Carta Magna, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX, CF).

“Direito líquido e certo”, ensina HELY LOPES MEIRELLES, “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso na norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua

existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (Mandado de Segurança, RT, 30ª ed., pág. 38).

E continua o renomado autor: "Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança" (ob. cit.).

No caso vertente não se vislumbra ilegalidade ou abuso de poder no encerramento do Concurso Público sem a nomeação da impetrante, aprovada em 106º lugar, muito distante da única vaga disponibilizada no edital.

O direito dos candidatos aprovados em concurso público à nomeação e posse é questão antiga, conhecida e foi pacificada pelo Colendo STF no julgamento dos Temas nº 161 e 784. Na primeira ocasião, a Suprema Corte sedimentou entendimento já há muito firmado no sentido de que "o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação".

Diante da multiplicidade de situações não abarcadas na tese – como é o caso da impetrante, aprovada fora do número de vagas disponibilizadas no edital – a questão foi mais bem esmiuçada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 837.311/PI, quando se consolidou a seguinte tese: "O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos

aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima”. Eis como foi redigida a ementa, com grifos nossos:

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 expresso do Poder Público capaz de

revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, 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 nº 837.311/PI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/12/15)

No caso em exame, a apelante sustenta que a preterição ilegal estaria configurada pela conduta da Administração em recorrer à contratação por prazo determinado para o exercício das mesmas funções do cargo efetivo. No entanto, sem razão, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem assentado que “a simples existência de contratação temporária não faz presumir que existe vacância para o cargo com mesma função, até porque o cargo público deve ser criado por lei”, não pela vontade do Administrador (AgInt no RMS nº 64.610/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, j. 02/09/24).

Nesse sentido:

“AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE SURGIMENTO DE VAGAS NO QUADRO EFETIVO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidata civil aprovada fora do número de vagas em concurso público

para o cargo de Professor de Educação Física do Colégio Militar de Curitiba, ao argumento de que a contratação de professor militar temporário para o exercício das funções importou sua preterição indevida, o que lhe conferiria direito subjetivo à nomeação.

2. Candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital do concurso têm apenas expectativa de direito à nomeação, apenas exurgindo direito subjetivo à nomeação no caso de preterição arbitrária e imotivada. Precedentes.

3. A contratação de servidor temporário para o exercício das funções correspondentes ao cargo para o qual aprovado o candidato não importa, por si só, preterição arbitrária e imotivada, uma vez que a contratação por tempo determinado tem por finalidade atender a necessidade temporária (art. 37, IX, da Constituição da República) e onera o orçamento público apenas no período determinado.

4. Agravo interno não provido." (AgInt no MS nº 22.126/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 13/06/18).

Na mesma linha, a jurisprudência desta

Corte:

"Concurso público – Candidata aprovada fora do número de vagas anunciado no edital, postulando a concessão da ordem para garantia de sua nomeação para o cargo alegando preterição – Ausência de demonstração da existência de cargo vago e disponível para a nomeação, de forma apta a evidenciar a preterição imotivada, não se prestando a este fim a indicação de contratações temporárias para o exercício de funções similares – Precedentes – Recurso da autora desprovido; (...) Recurso do Município desprovido; Recursos desprovidos" (Apelação nº 1006388-89.2023.8.26.0358, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. 05/03/25)

Eventual ilicitude do Município na contratação de servidores temporários para o exercício de funções permanentes não equivale à criação de cargos por lei, com previsão orçamentária para as despesas permanentes, inclusive as de natureza previdenciária. Ausente prova da existência de cargo vago e de preterição arbitrária no seu provimento, de rigor a denegação da segurança.

Por essas razões, dá-se provimento ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recurso do Município para denegar a segurança, prejudicado o recurso da impetrante. Custas na forma da lei, indevida a verba honorária (súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

DÉCIO NOTARANGELI

Relator