



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.003 - SC
(2016/0240604-0)**

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : JOÃO MARCOS MOUZARTT FRANCISCO
ADVOGADOS : KELTON VINÍCIUS AGUIAR E OUTRO(S) - SC027135
JOSÉ EDER SALET AGUIAR - SC012961
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : SIGRID ANJA REICHERT E OUTRO(S) - SC010055B

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. RE 873.311/PI. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CABAL. ARBITRARIEDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento com repercussão geral do RE 873.311/PI, rel. Min. Luiz Fux, que como regra o candidato de concurso público aprovado como excedente ao número de vagas ofertadas inicialmente ("cadastro de reserva") não tem o direito público subjetivo à nomeação, salvo na hipótese de surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e de ocorrer a preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração, cumprindo ao interessado, portanto, o dever de comprovar esses elementos.

2. A contratação temporária de terceiros não constitui pura e simplesmente ato ilegal nem tampouco é indicativo necessário da existência de cargo vago, pois, para a primeira hipótese, deve ser comprovado o não atendimento às prescrições do RE 658.026/MG, rel. Min. Dias Toffoli.

4. Por outro lado, cediço que a contratação temporária faz-se para o desempenho de função pública, cuja noção distingue-a de cargo público, assim por que o desempenho daquela não necessariamente implica o reconhecimento da existência de vacância deste.

5. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende válida a contratação temporária para o desempenho de função típica de cargo de natureza permanente quando tiver por finalidade evitar a interrupção na prestação do serviço, situação na qual, por exemplo, o servidor titular do cargo estiver afastado temporariamente, isso sem significar vacância. Como exemplo: ADI 3721/CE, rel. o Em. Ministro Teori Zavascki.

6. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 28 de março de 2017.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.003 - SC
(2016/0240604-0)**

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **JOÃO MARCOS MOUZARTT FRANCISCO**
ADVOGADOS : **KELTON VINÍCIUS AGUIAR E OUTRO(S) - SC027135**
: **JOSÉ EDER SALET AGUIAR - SC012961**
AGRAVADO : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADOR : **SIGRID ANJA REICHERT E OUTRO(S) - SC010055B**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): João Marcos Mouzartt Francisco interpõe agravo interno contra a decisão monocrática assim ementada:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. RE 873.311/PI. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CABAL. ARBITRARIEDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PROVIDO.

Reitera o argumento da inexistência de motivo idôneo para o seu provimento no cargo, ressaltando que há cargos vagos e que a preterição é arbitrária.

Impugnação em e-STJ fls. 312/316.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.003 - SC
(2016/0240604-0)**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. RE 873.311/PI. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CABAL. ARBITRARIEDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento com repercussão geral do RE 873.311/PI, rel. Min. Luiz Fux, que como regra o candidato de concurso público aprovado como excedente ao número de vagas ofertadas inicialmente ("cadastro de reserva") não tem o direito público subjetivo à nomeação, salvo na hipótese de surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e de ocorrer a preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração, cumprindo ao interessado, portanto, o dever de comprovar esses elementos.

2. A contratação temporária de terceiros não constitui pura e simplesmente ato ilegal nem tampouco é indicativo necessário da existência de cargo vago, pois, para a primeira hipótese, deve ser comprovado o não atendimento às prescrições do RE 658.026/MG, rel. Min. Dias Toffoli.

4. Por outro lado, cediço que a contratação temporária faz-se para o desempenho de função pública, cuja noção distingue-a de cargo público, assim por que o desempenho daquela não necessariamente implica o reconhecimento da existência de vacância deste.

5. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende válida a contratação temporária para o desempenho de função típica de cargo de natureza permanente quando tiver por finalidade evitar a interrupção na prestação do serviço, situação na qual, por exemplo, o servidor titular do cargo estiver afastado temporariamente, isso sem significar vacância. Como exemplo: ADI 3721/CE, rel. o Em. Ministro Teori Zavascki.

6. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): As razões do agravo interno são improcedentes.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

A questão da existência ou não do direito à nomeação por candidato aprovado como excedente ("cadastro de reserva") foi definitivamente resolvida na jurisprudência quando o Supremo Tribunal Federal julgou, com repercussão geral, o **RE 873.311/PI**, rel. Min. Luiz Fux, ocasião em que assentada a tese de que isso ocorrerá apenas quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração.

Portanto, são dois, em tese, os requisitos que precisam estar presentes para que o direito do interessado seja reconhecido e, portanto, são esses os dois fundamentos fático-jurídicos de que precisa fazer prova.

No caso, a alegação primordial é de que o surgimento de vagas e a preterição arbitrária decorriam do mesmo fato, vale dizer, a contratação temporária ilegal de terceiros.

É dizer: para o ora agravante, a circunstância de haver a contratação temporária de terceiros conduzia à constatação da existência de vagas e, ainda, revelava a arbitrariedade e a falta de motivação porque como ela se destinava ao desempenho das mesmas funções do cargo pleiteado, então isso seria ilegal.

No entanto, as suas premissas eram todas equivocadas e não se prestavam a comprovar nenhum desses requisitos.

Como dito na monocrática, uma contratação temporária, para ser considerada ilegal, deve ser feita sem observância dos requisitos esculpidos no **RE 658.026/MG**, julgado com repercussão geral, de que foi relator o Em. Ministro Dias Toffoli.

Assim, uma contratação temporária somente será considerada ilegal quando ela for feita (a) para casos excepcionais não previstos em lei, (b) quando o seu prazo de contratação não for predeterminado, (c) quando a necessidade não for temporária, (d) quando o interesse público não for excepcional, (e) quando a necessidade de contratação não for indispensável e (f) quando a contratação ocorrer para os serviços ordinários permanentes do Estado e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O ora agravante simplesmente não fez prova de nada disso, vale dizer, ele simplesmente alegou que a contratação era ilícita porque para o desempenho das mesmas funções do cargo pleiteado por si.

Nesse quadrante, aliás, pontuei na monocrática que embora a repercussão geral tenha sido firmada nos moldes expostos anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência que permite que a contratação ocorra para cargos de natureza permanente, segundo os precedentes que destaquei — dentre eles, a ADI 3721/CE, rel. o Em. Ministro Teori Zavascki —, de modo que cumpria ao ora agravante esclarecer também que a eventual contratação não se destinava a suprir vacância temporária, mas isso ele também não fez.

Por outro lado, a contratação ela ocorre no mais das vezes para o desempenho de função e não de cargo, de maneira que a circunstância de ela ocorrer não traduz necessariamente a existência de vacância, ainda que se dê para cargo efetivo.

Nesse diapasão, citei como exemplo o caso de contratação temporária de professores: o ensino público é um serviço essencial e impassível de interrupção e a conjectura hipotética de que haja um determinado professor afastado para fazer um mestrado não indica que haja um cargo vago permanentemente, mas apenas de modo temporário.

Como, por outro lado, os alunos desse professor não podem ficar prejudicados por falta de alguém que ministre as aulas, é possível que se contrate um terceiro para suprir temporariamente essa falta e isso não será nem ilegal tampouco servirá como evidência da existência de um cargo vago, exatamente porque o seu titular, no exemplo afastado para cursar um mestrado, ao fim deste retornará ao cargo.

Dessa forma, a contratação temporária por si só não faz prova da existência de cargo vago, como tive oportunidade de salientar na monocrática, mas apenas da necessidade de serviço.

Cargo, aliás, somente se cria por lei formal e não por simples contrato administrativo, conforme disciplinam os arts. 48, inciso I, 61, § 1.º, inciso II, alínea "a", e 169, § 1.º, incisos I e II, todos da Constituição da República.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A síntese disso é que para fazer jus à exceção prevista no **RE 873.311/PI**, não basta a mera alegação de que houve a contratação temporária de terceiros, mas também a alegação e comprovação de que a contratação não observou os requisitos legais e de que havia "in concreto" cargos vagos.

Além disso tudo, a aposentadoria é efetivamente indicativo da vacância, mas isso por si não denota arbitrariedade nem falta de motivação, que também constitui elemento ensejador do direito vindicado e que deveria igualmente ser demonstrado.

Como nada disso ficou provado, o caso era de desprover o recurso ordinário, resultado o qual mantenho.

Assim, **nego provimento ao agravo interno.**

É como penso, é, pois, como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0240604-0

**AgInt nos EDcl no
RMS 52.003 / SC**

Números Origem: 20150895474 20150895474000000 91568575320158240000

PAUTA: 28/03/2017

JULGADO: 28/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOÃO MARCOS MOUZARTT FRANCISCO
ADVOGADOS : KELTON VINÍCIUS AGUIAR E OUTRO(S) - SC027135
 JOSÉ EDER SALET AGUIAR - SC012961
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : SIGRID ANJA REICHERT E OUTRO(S) - SC010055B

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : JOÃO MARCOS MOUZARTT FRANCISCO
ADVOGADOS : KELTON VINÍCIUS AGUIAR E OUTRO(S) - SC027135
 JOSÉ EDER SALET AGUIAR - SC012961
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : SIGRID ANJA REICHERT E OUTRO(S) - SC010055B

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

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.