



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.961 - MG (2016/0236098-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : ALESSANDRA GONÇALVES DA SILVA
ADVOGADO : RICARDO ARAUJO NUNES LEITE - MG142441
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JASON SOARES DE ALBERGARIA NETO E OUTRO(S) - MG046631

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. 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, no julgamento, pelo regime da repercussão geral, do RE 837.311/PI, relator o Em. Ministro Luiz Fux, fixou a respeito da temática referente a direito subjetivo à nomeação por candidatos aprovados fora das vagas previstas em edital 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."

2. Não comprovada de forma cabal, portanto, na forma do item 3 referido, a ocorrência de preterição arbitrária e imotivada, por parte da Administração Pública, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público, é correta a denegação da ordem mandamental.

3. O referido julgado do Supremo Tribunal Federal não impede por completo o reconhecimento do direito no caso de candidatos aprovados fora do número de vagas previsto em edital, mas apenas exige em tal situação uma atuação processual mais robusta do candidato, impondo-lhe o ônus de provar de modo rigoroso a situação arbitrária e imotivada de preterição.

4. A contratação de pessoal sem observância da regra constitucional do concurso público tem **aptidão** para configurar preterição imotivada e arbitrária, mas não há falar em **necessária ilegalidade nessa conduta**, porque o art. 37, inciso IX, da Constituição da República, confere essa habilidade ao Administrador Público, dentro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das hipóteses da respectiva lei de regência, fazendo-se necessário, contudo, a observância dos requisitos estabelecidos no RE 658.026/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgado pelo regime da repercussão geral, a saber, que (a) os casos excepcionais estejam previstos em lei, (b) o prazo de contratação seja predeterminado, (c) a necessidade seja temporária, (d) o interesse público seja excepcional, e (e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração

5. Esclareça-se, neste último, que a contratação temporária para o exercício de funções relacionadas a cargos de natureza permanente, a atividades corriqueiras do Estado, embora indesejável, pode ou não caracterizar ilegalidade, a depender de configuradas ou não situações emergenciais e transitórias.

6. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assenta que a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não constitui obrigatoriamente ato ilegal quando recair sobre funções relacionados a "cargos permanentes" e a atividades corriqueiras, ordinárias, desde que justificada a emergencialidade e o propósito de evitar solução de continuidade na prestação do serviço público. Em caso análogo, mas sobre a contratação temporária de professores, confira-se a ADI 3.721/CE (Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Acórdão Eletrônico DJe-170 Divulg 12-08-2016 Public 15-08-2016).

7. Sendo assim, cumpria ao interessado demonstrar cabalmente, como indicado no RE 837.311/PI, que a contratação temporária de terceiros, no caso concreto, fugia à autorização constitucional, segundo a compreensão sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, e que causava a preterição ao aventado direito à nomeação, pena de denegação da ordem.

8. Observe-se ainda que a teor do que tratam 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, a criação e o provimento de cargos constituem matéria de reserva legal, que deverá observar outrossim prévia dotação orçamentária e autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias.

9. Dessa forma, a circunstância de alguém ser contratado temporariamente, mesmo na conjectura de ilegalidade dessa contratação, não tem o condão de criar cargo nem vacância em favor de candidato aprovado em cadastro de reserva, porque cargo somente se cria por lei, atendidas as condições do art. 169 da Constituição.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança 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 recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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

Brasília (DF), 08 de novembro de 2016.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.961 - MG (2016/0236098-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : ALESSANDRA GONÇALVES DA SILVA
ADVOGADO : RICARDO ARAUJO NUNES LEITE - MG142441
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JASON SOARES DE ALBERGARIA NETO E OUTRO(S) - MG046631

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Alessandra Gonçalves da Silva interpõe recurso ordinário com fundamento no art. 105, inciso II, alínea "b", da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO - ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SEPARAÇÃO DE PODERES - INGERÊNCIA JUDICIAL VEDADA. Não adquire direito à nomeação os candidatos tidos como excedentes porque adrede aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos, haja vista que o edital só vincula o poder público à contratação de aprovados que se comportem dentro do número de vagas existentes. A aprovação em concurso público gera apenas expectativa de direito "spei ius" à nomeação, sendo defeso ao Poder Judiciário impor ao Estado a admissão, posse e exercício no cargo de candidato aprovado em concurso público, tirante apenas a preterição de candidato em detrimento de outro com classificação inferior no certame.

(TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.15.089625-6/000, Relator(a): Des.(a) Belizário de Lacerda, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 24/02/2016, publicação da súmula em 03/03/2016)

Sustenta, em síntese, que se fez aprovar em 42.º lugar em concurso público para o provimento de quinze vagas de Assistente Executivo de Defesa Social do quadro de servidores do Estado de Minas Gerais, para a 9.ª Região Integrada de Segurança Pública (RISP) de Uberlândia.

Aduz que nada obstante a sua classificação fora do contingente de vagas ofertadas no edital, tomou conhecimento da existência de pessoal contratado irregularmente e temporariamente para o desempenho das mesmas atividades do cargo para o qual havia sido aprovada, afirmando outrossim que a demanda de serviço na referida unidade exige ao menos sessenta e dois profissionais para fazer frente ao trabalho, sem prejuízo de que as vagas da concorrência especial de deficiente não foram preenchidas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em vista disso, propunha o reconhecimento da necessidade de serviço e da preterição ao seu direito público subjetivo à nomeação.

O Tribunal "a quo" denegou a ordem na forma sintetizada em ementa transcrita anteriormente, em seguida a impetrante interpondo o recurso ordinário sob exame, no qual reitera a causa de pedir e o pedido iniciais.

Contrarrazões em e-STJ fls. 538/543.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário, segundo os termos reproduzidos na ementa assim redigida (e-STJ fls. 564/566):

REFERÊNCIA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.961 - MG (2016/0236098-3)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. 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, no julgamento, pelo regime da repercussão geral, do RE 837.311/PI, relator o Em. Ministro Luiz Fux, fixou a respeito da temática referente a direito subjetivo à nomeação por candidatos aprovados fora das vagas previstas em edital 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."

2. Não comprovada de forma cabal, portanto, na forma do item 3 referido, a ocorrência de preterição arbitrária e imotivada, por parte da Administração Pública, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público, é correta a denegação da ordem mandamental.

3. O referido julgado do Supremo Tribunal Federal não impede por completo o reconhecimento do direito no caso de candidatos aprovados fora do número de vagas previsto em edital, mas apenas exige em tal situação uma atuação processual mais robusta do candidato, impondo-lhe o ônus de provar de modo rigoroso a situação arbitrária e imotivada de preterição.

4. A contratação de pessoal sem observância da regra constitucional do concurso público tem **aptidão** para configurar preterição imotivada e arbitrária, mas não há falar em **necessária ilegalidade nessa conduta**, porque o art. 37, inciso IX, da Constituição da República, confere essa habilidade ao Administrador Público, dentro das hipóteses da respectiva lei de regência, fazendo-se necessário, contudo, a observância dos requisitos estabelecidos no RE 658.026/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgado pelo regime da repercussão geral, a saber, que (a) os casos excepcionais estejam previstos em lei, (b) o prazo de contratação seja predeterminado, (c) a necessidade seja temporária, (d) o interesse público seja excepcional, e (e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Esclareça-se, neste último, que a contratação temporária para o exercício de funções relacionadas a cargos de natureza permanente, a atividades corriqueiras do Estado, embora indesejável, pode ou não caracterizar ilegalidade, a depender de configuradas ou não situações emergenciais e transitórias.

6. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assenta que a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não constitui obrigatoriamente ato ilegal quando recair sobre funções relacionados a "cargos permanentes" e a atividades corriqueiras, ordinárias, desde que justificada a emergencialidade e o propósito de evitar solução de continuidade na prestação do serviço público. Em caso análogo, mas sobre a contratação temporária de professores, confira-se a ADI 3.721/CE (Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Acórdão Eletrônico DJe-170 Divulg 12-08-2016 Public 15-08-2016).

7. Sendo assim, cumpria ao interessado demonstrar cabalmente, como indicado no RE 837.311/PI, que a contratação temporária de terceiros, no caso concreto, fugia à autorização constitucional, segundo a compreensão sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, e que causava a preterição ao aventado direito à nomeação, pena de denegação da ordem.

8. Observe-se ainda que a teor do que tratam 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, a criação e o provimento de cargos constituem matéria de reserva legal, que deverá observar outrossim prévia dotação orçamentária e autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias.

9. Dessa forma, a circunstância de alguém ser contratado temporariamente, mesmo na conjectura de ilegalidade dessa contratação, não tem o condão de criar cargo nem vacância em favor de candidato aprovado em cadastro de reserva, porque cargo somente se cria por lei, atendidas as condições do art. 169 da Constituição.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): As razões recursais não convencem do aventado desacerto do acórdão.

Antes, no entanto, de tratar do caso em si, é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 2/STJ: *"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça."*

No quanto pertinente à controvérsia, limita-se a saber se a recorrente é ou não titular de direito público subjetivo à nomeação em determinado cargo público apesar de haver se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

classificado fora do número de vagas ofertadas no edital de abertura de concurso público.

A argumentação esposada pela recorrente remete tão-somente à circunstância de que apesar de haver se classificado em denominado "cadastro de reserva", ela seria titular do direito público subjetivo à nomeação na medida em que existiriam cargos vagos porque a Administração do Pública local havia celebrado a contratação temporária de terceiros para o desempenho das mesmas atividades do cargo pleiteado por si, sem prejuízo de que a demanda de serviço justificaria a sua nomeação, bem como a ausência de provimento das vagas ofertadas em concorrência especial para pessoas com deficiência.

Uma vez, portanto, que circunscreveu sua causa de pedir a isso, o Tribunal "a quo" denegou-lhe a ordem pretendida ao fundamento da ocorrência de mera expectativa de direito.

Agiu com acerto, porque fez aplicar a tese que veio a ser sufragada pelo Supremo Tribunal Federal em razão do julgamento, pelo regime da repercussão geral, do **RE 837.311/PI**, relator o Em. Ministro Luiz Fux, ocasião em que debatida exatamente a mesma controvérsia.

Em que pese note-se que o Supremo Tribunal Federal não tenha peremptoriamente obstaculizado "de per si" situações como a ora examinada, condicionou o seu reconhecimento a uma atuação do interessado em demonstrar, de forma cabal, que a Administração Pública agira com arbitrariedade e mediante decisão imotivada, de sorte que apenas o surgimento de vagas ou a abertura de novo concurso não têm o condão de configurar preterição a direito:

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. 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. 1. O postulado do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

Como, no caso concreto, a argumentação da recorrente prende-se à existência de vagas enquanto fator de evidenciação da necessidade de serviço porque contratados terceiros, tenho como não demonstrado, com base naquilo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o alegado direito líquido e certo.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência remansosa sobre a circunstância de que a contratação temporária fundada no art. 37, inciso IX, da Constituição da República, não implica por si só preterição à regra constitucional do concurso público obrigatório e prévio para o acesso ao quadro funcional estatal.

Nesse sentido, a jurisprudência aludida firma-se em que se exige a demonstração de caráter "emergencial", inclusive nas regulações legais sobre a matéria, mas que a temporariedade da contratação não precisa recair exatamente fora do âmbito de funções corriqueiras do estado, é dizer, há a possibilidade de que funções de determinados cargos públicos de caráter permanente e essencial para a prestação de serviço público sejam objeto da referida contratação.

Em hipóteses como essa, a contratação há de servir ao propósito de evitar solução de continuidade do serviço público, quando, por exemplo, os titulares dos cargos licenciam-se por tempo longo:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR 22/2000, DO ESTADO DO CEARÁ. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES DO ENSINO BÁSICO. CASOS DE LICENÇA. TRANSITORIEDADE DEMONSTRADA. CONFORMAÇÃO LEGAL IDÔNEA, SALVO QUANTO A DUAS HIPÓTESES: EM QUAISQUER CASOS DE AFASTAMENTO TEMPORÁRIO (ALÍNEA "F" DO ART. 3º). PRECEITO GENÉRICO. IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETOS DE ERRADICAÇÃO DO ANALFABETISMO E OUTROS (§ ÚNICO DO ART. 3º). METAS CONTINUAMENTE EXIGÍVEIS. 1. O artigo 37, IX, da Constituição exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de "necessidade temporária de excepcional interesse público" que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medida atípica. 2. A Lei Complementar 22/2000, do Estado do Ceará, autorizou a contratação temporária de professores nas situações de “a) licença para tratamento de saúde; b) licença gestante; c) licença por motivo de doença de pessoa da família; d) licença para trato de interesses particulares; e) cursos de capacitação; e f) e outros afastamentos que repercutam em carência de natureza temporária”; e para “fins de implementação de projetos educacionais, com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense” (art. 3º, § único). 3. As hipóteses descritas entre as alíneas “a” e “e” indicam ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparecimento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergencialidade está suficientemente demonstrada. O mesmo não se pode dizer, contudo, da hipótese prevista na alínea “f” do art. 3º da lei atacada, que padece de generalidade manifesta, e cuja declaração de inconstitucionalidade se impõe. 4. Os projetos educacionais previstos no § único do artigo 3º da LC 22/00 correspondem a objetivos corriqueiros das políticas públicas de educação praticadas no território nacional. Diante da continuada imprescindibilidade de ações desse tipo, não podem elas ficar à mercê de projetos de governo casuísticos, implementados por meio de contratos episódicos, sobretudo quando a lei não tratou de designar qualquer contingência especial a ser atendida. 5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais a alínea “f” e o § único do art. 3º da Lei Complementar 22/00, do Estado do Ceará, com efeitos modulados para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento.

(ADI 3721, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 12-08-2016 PUBLIC 15-08-2016)

Nesse julgado, o Em. Ministro Teori Zavascki faz remissão à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que inicialmente não aceitava como possível a contratação temporária para cargos ditos permanentes, isto é, para o desempenho de funções que tivessem relação a atividades ordinárias da Administração, ao depois evoluindo, no entanto, para considerar constitucionais, nessa hipótese, a contratação havida com tal finalidade, desde que respeitado sempre o caráter emergencial e extraordinário, observando-se a possibilidade de contingências que fogem ao controle da Administração Pública:

Em alguns julgados, a Corte chegou a referendar o entendimento de que a contratação temporária não poderia sequer ter por objeto atividades de cunho permanente, porque isto equivaleria a um verdadeiro contrassenso com a mensagem do art. 37, IX, da CF. Foi o que se concluiu, por exemplo, na ADI 3430, que possui a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disponha. **II - Para que se efetue a contratação temporária**, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. **III - O serviço público de saúde é essencial**, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais **funções**. **IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade**. **V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos**. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. **VI - Ação que se julga procedente**. (ADI 3430, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2009, DJe de 23/10/2009)

Mais à frente, porém, essa compreensão foi reelaborada pelo próprio Plenário, que passou a admitir a contratação temporária, mesmo para funções estatais ordinárias, desde que a necessidade de contratação adicional também se mostrasse temporária, como bem explicitado pela Ministra Cármen Lúcia na ADI 3386:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, INC. III, DA LEI N. 8.745/93: NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, PARA FINS DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL; REALIZAÇÃO DE RECENSEAMENTOS E OUTRAS PESQUISAS DE NATUREZA ESTATÍSTICA EFETUADAS PELA FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. 1. É de natureza permanente a atividade de estatística e pesquisa desenvolvida pelo IBGE; sua intensidade e o volume dessas pesquisas não são os mesmos todo o tempo. 2. Possibilidade de contratação temporária, nos termos do art. 37, inc. IX, da Constituição da República, para atender à necessidade temporária de pessoal necessário à realização de trabalhos em determinados períodos. Observância dos princípios da eficiência e da moralidade. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3386, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe de 24/08/2011)

Esta ideia foi retomada no julgamento da ADI 3247, concluído em 26/03/2014, quando a Corte deu por constitucional a Lei estadual 6.915/97, do Maranhão, que, assim como no caso em apreço, dispunha sobre contratação de profissionais de educação. [...]

.....
.....

Isto tudo demonstra que o art. 37, IX, da CF impôs ao legislador o cuidado especial de especificar o traço de emergencialidade das situações de “*necessidade temporária de excepcional interesse público*” ensejadoras da contratação sem concurso, bem assim de velar para que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

temporariedade das contratações feitas com este fundamento não se perca em ilimitadas prorrogações ou mesmo na incorporação definitiva dos servidores contratados a título precário, o que representaria um ostensivo descaso com o concurso público. Se seriamente observados esses parâmetros, poderá a lei estipular hipóteses de contratação temporária mesmo para a execução de atividades usuais, regulares ou ordinárias da Administração Pública.

O que quero dizer com isso, portanto, é que a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público constitui hipótese aceita constitucionalmente, como exceção à regra do concurso público, e que a sua eventual ilegalidade pode até vir a configurar, para o caso de candidatos aprovados, preterição a direito, podendo ensejar o direito de nomeação, na esteira do que permite o **RE 837.311/PI**, relator o Em. Ministro Luiz Fux.

Nada obstante, cumpre ao interessado comprovar que a Administração Pública desatendeu aos requisitos prescritos também pelo Supremo Tribunal Federal no **RE 658.026/MG**, rel. Min. Dias Toffoli, para que a contratação seja tida como constitucional:

Ementa Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”. 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social.

(RE 658026, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014)

Sem prejuízo disso, tampouco a mera existência de contratação temporária para o desempenho de funções relacionadas a cargos públicos "permanentes", isto é, de matiz não-transitório, implica obrigatoriamente a conclusão da sua ilegalidade, como bem ensina o Em. Ministro Teori Zavascki, de sorte que, em vista disso tudo, se impunha à recorrente, com o fim de evidenciar que isso constituía preterição ao seu direito de ser nomeada, a evidenciação documental de que a contratação refugia das hipóteses constitucionalmente aceitas, segundo a compreensão do Supremo Tribunal Federal.

Vale anotar, por outro lado, que a criação e o provimento de cargos constituem matéria de reserva legal, que deverá observar outrossim prévia dotação orçamentária e autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias, a teor do que tratam 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.

Dessa forma, a circunstância de alguém ser contratado temporariamente, mesmo na conjectura de ilegalidade dessa contratação, não tem o condão de criar cargo nem vacância em favor de candidato aprovado em cadastro de reserva, porque cargo somente se cria por lei, atendidas as condições do art. 169 da Constituição.

Assim, parece-me que mesmo na hipótese da ilegalidade da contratação, ainda assim não seria possível determinar a nomeação do excedente salvo se comprovado documentalmente que existe cargo vago criado segundo essas diretrizes, ou seja, não seria possível prover-se alguém em algo (cargo) que não existe.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Se assim não procedeu a recorrente, como no caso concreto em que os documentos juntados por si desautorizam essa conclusão, não obedeceu tampouco ao **RE 837.311/PI**, que fala em demonstração cabal de atuação arbitrária e imotivada da Administração Pública.

Por fim, a recorrente refere ainda que a falta de provimento dos cargos ofertados em concorrência especial para pessoas com deficiência contribuiria para a sua pretensão de nomeação.

Nesse aspecto, está claro que houve a oferta de 15 vagas para a concorrência ampla e 2 para a concorrência especial, mas a recorrente obteve apenas a 42.º colocação, de forma que a hipótese de falta de provimento dessas duas vagas obviamente não alcança a sua classificação.

Assim, **nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0236098-3 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 51.961 / MG

Números Origem: 08962561320158130000 10000150896256 10000150896256000 10000150896256001

PAUTA: 08/11/2016

JULGADO: 08/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS SIMÕES MARTINS SOARES

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALESSANDRA GONÇALVES DA SILVA
ADVOGADO : RICARDO ARAUJO NUNES LEITE - MG142441
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : JASON SOARES DE ALBERGARIA NETO E OUTRO(S) - MG046631

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

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

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