



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.682 - MT (2019/0116063-4)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : BRUNA MARIA DE OLIVEIRA
RECORRENTE : KASSIA AUXILIADORA FILIAGI GREGORY
RECORRENTE : JONATHAN STROHER
RECORRENTE : EDERSON ANDRADE
ADVOGADOS : JESUS VIEIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MT009309
ANDREI TEIXEIRA COSTA TAKAKI - MT012981
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : CARLOS ANTONIO PERLIN E OUTRO(S) - MT017040

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. SURGIMENTO DE VAGAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO.

1. A teor do RE 837.311/PI, julgado sob o regime da repercussão geral, como regra o candidato aprovado em cadastro de reserva não é titular de direito público subjetivo à nomeação, não bastando para a convalidação da sua expectativa o simples surgimento de vagas ou a abertura de novo concurso, antes exigindo-se ato imotivado e arbitrário da Administração Pública.
2. Para que a contratação temporária configure-se como ato imotivado e arbitrário, a sua celebração deve deixar de observar os parâmetros estabelecidos no RE 658.026/MG, também julgado sob a sistemática da repercussão geral, bem como há de haver a demonstração de que a contratação temporária não se destina ao suprimento de vacância existente em razão do afastamento temporário do titular do cargo efetivo e de que existem cargos vagos em número que alcance a classificação do candidato interessado.
3. Não há sinalagma entre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público e a existência de cargo público vago, passível de provimento.
4. 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, os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 15 de agosto de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.682 - MT (2019/0116063-4)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : BRUNA MARIA DE OLIVEIRA
RECORRENTE : KASSIA AUXILIADORA FILIAGI GREGORY
RECORRENTE : JONATHAN STROHER
RECORRENTE : EDERSON ANDRADE
ADVOGADOS : JESUS VIEIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MT009309
ANDREI TEIXEIRA COSTA TAKAKI - MT012981
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : CARLOS ANTONIO PERLIN E OUTRO(S) - MT017040

RELATÓRIO

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

Bruna Maria de Oliveira e outros interpõem 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 do Mato Grosso, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA — CONCURSO PÚBLICO — CANDIDATO CLASSIFICADO — PRETERIÇÃO — NÃO CONSTATAÇÃO — DIREITO À NOMEAÇÃO — INEXISTÊNCIA.

Não tem direito à nomeação o candidato classificado em concurso público que não demonstra a ocorrência de preterição. Segurança indeferida.

(N.U. 1003390-51.2018.8.11.0000, CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO, LUIZ CARLOS DA COSTA, Vice-Presidência, Julgado em 07/03/2019, Publicado no DJE 18/03/2019)

Cuida-se de recurso ordinário em que se discute o direito dos recorrentes à nomeação no cargo de Professor da Educação Superior da Universidade do Estado de Mato Grosso, especificamente para a área de Formação e Intervenção Educação Física, com atuação no Campus Universitário de Cáceres.

Eram nove vagas e o recorrente mais bem classificado posicionou-se apenas no décimo quarto lugar, ou seja, todos foram aprovados em cadastro de reserva, mas alegaram a titularidade do direito à nomeação porque haveria duzentas e cinquenta vagas ociosas e ao mesmo tempo uma multiplicidade de contratações temporárias.

A ordem foi denegada porque não comprovada a preterição considerando-se as especificidades do cargo para o qual foram aprovados e a inexistência de cargos públicos para a área em questão, por isso o recurso ordinário, que repisa a causa de pedir e o pedido iniciais (e-STJ fls. 649/662 e 664/679, respectivamente).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contrarrazões em e-STJ fls. 689/692.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário, segundo os termos reproduzidos na ementa assim redigida (e-STJ fls. 710/715):

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CARGO DE PROFESSOR DE NÍVEL SUPERIOR. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES. PARECER PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 60.682 - MT (2019/0116063-4)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. SURGIMENTO DE VAGAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO.

1. A teor do RE 837.311/PI, julgado sob o regime da repercussão geral, como regra o candidato aprovado em cadastro de reserva não é titular de direito público subjetivo à nomeação, não bastando para a convolação da sua expectativa o simples surgimento de vagas ou a abertura de novo concurso, antes exigindo-se ato imotivado e arbitrário da Administração Pública.
2. Para que a contratação temporária configure-se como ato imotivado e arbitrário, a sua celebração deve deixar de observar os parâmetros estabelecidos no RE 658.026/MG, também julgado sob a sistemática da repercussão geral, bem como há de haver a demonstração de que a contratação temporária não se destina ao suprimimento de vacância existente em razão do afastamento temporário do titular do cargo efetivo e de que existem cargos vagos em número que alcance a classificação do candidato interessado.
3. Não há sinalagma entre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público e a existência de cargo público vago, passível de provimento.
4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Não há êxito no recurso ordinário.

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

Trata-se aqui de pleito corriqueiramente examinado nesta Segunda Turma sobre uma pretensão de nomeação em cargo público por candidato que fora aprovado, contudo, apenas em cadastro de reserva.

A causa de pedir revela que os recorrentes foram aprovados em cadastro de reserva,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, sem direito público subjetivo à nomeação.

No entanto, argumentam que passaram a ter esse direito quando houve a contratação irregular de terceiros, é dizer, outros foram contratados temporariamente para o desempenho de funções de magistério.

Essa argumentação, segundo pretendem os recorrentes, apresenta dupla função: a de demonstrar que a contratação temporária é irregular bem como de que existe cargo vago passível de ser provido, existente ainda a necessidade de provimento.

Como sói ocorrer em casos semelhantes, essa causa de pedir é absolutamente improcedente.

A resolução desse tipo de questão exige que se observe o precedente firmado com o julgamento do **RE 837.311/PI**, rel. Min. Luiz Fux:

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.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 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)

Para que o aprovado em cadastro de reserva tenha direito, isto é, para que ele deixe de ter mera expectativa para ostentar o direito público subjetivo à nomeação deve haver a demonstração da prática de ato arbitrário imotivado da Administração Pública, para além, é claro, da existência de cargo a ser provido.

A questão inicial, que pesa contrariamente à colheita do pleito, reside que o simples fato de ocorrer a contratação temporária não resulta "per se" em ilegalidade.

Na verdade, a contratação temporária tem assento constitucional, isto é, foi o próprio constituinte que estabeleceu a possibilidade de a Administração Pública, observadas certas balizas, proceder à contratação temporária como forma de arregimentar mão-de-obra, fugindo à regra do concurso público prévio.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, também sob o regime da repercussão geral, que para a contratação temporária ser havida como ilegal ela deve primeiramente deixar de atender aos parâmetros estabelecidos no **RE 658.026/MG**, rel. Min. Dias Toffoli, julgado sob a sistemática da repercussão geral:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

Assim sendo, se a recorrente impetra uma ação de mandado de segurança em que imputa a ilegalidade da contratação, deve ela demonstrar (a) que não se trata de uma hipótese excepcional prevista em lei, (b) que o prazo de contratação não é predeterminado, (c) que a necessidade não é temporária, (d) que o interesse público não é excepcional, (e) que a necessidade de contratação não era indispensável e, por fim, (f) que a contratação ocorrera para serviços ordinários permanentes do Estado.

Percebam que isso constitui ônus da impetração, é dizer, incumbe à impetrante que alega a ilegalidade evidenciar, segundo parâmetros previamente estabelecidos em precedente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vinculante, o descumprimento das condicionantes determinadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A recorrente, contudo, afirma a ilegalidade pela ilegalidade, quer dizer, porque houve a contratação ela seria ilegal, mas como se vê isso não é de longe o bastante.

Cumpra asseverar, ainda nessa esteira, que o requisito previsto no item (f), nada obstante firmado sob o regime da repercussão geral, vem sendo abrandado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, vale dizer, nem sempre a contratação temporária para o exercício de funções ordinárias, permanentes, será obrigatoriamente ilegal.

Isso porque a compreensão deve ser a de que o serviço público é contínuo e se ele eventualmente não puder ser prestado porque um determinado servidor está, por exemplo, em gozo de licença para frequentar um mestrado, ou de licença médica, deverá haver uma outra pessoa para fazer as suas vezes enquanto não retornar.

É perfeitamente admissível a impossibilidade de deslocar-se um outro servidor para suprir a falta do colega, porque então o serviço prestado por si ficaria descoberto, daí por que nessa situação a contratação temporária também surge juridicamente aceita, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Vejamos um exemplo disso, posterior ao **RE 658.026/MG**:

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 desaparelhamento 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

temporária mesmo para a execução de atividades usuais, regulares ou ordinárias da Administração Pública.

Ou seja, além de ter de demonstrar (a) que não se trata de uma hipótese excepcional prevista em lei, (b) que o prazo de contratação não é predeterminado, (c) que a necessidade não é temporária, (d) que o interesse público não é excepcional, e (e) que a necessidade de contratação não era indispensável, tinha a recorrente o ônus de alegar e comprovar para além disso que a contratação temporária tampouco se destinava ao suprimimento de vacâncias temporárias, isto é, aquela vacância em que o titular do cargo efetivo está afastado por uma circunstância provisória, como uma licença médica, licença-prêmio, férias ou outras hipóteses semelhantes.

Nada disso está evidenciado ou sequer alegado na petição inicial mandamental, o que por si justifica a denegação da ordem.

Assim, se o candidato interessado afirma que há contratação temporária, que essa contratação é ilegal e que isso redundaria no seu direito de ser nomeado, deve comprovar que não se observaram as balizas do **RE 658.026/MG** e que tampouco a contratação era para o suprimimento de vacância temporária de cargo, somente com isso se caracterizando o ato administrativo como imotivado e arbitrário, para efeito do disposto no **RE 837.311/PI**.

Não é demasiado acrescentar, contudo, que também pesa contrariamente o fato de que essa contratação também não implica a conclusão da existência de cargo vago definitivamente e que pode ser provido por concurso público.

Nesse eito, deve-se comprovar que esses contratados temporários ocupam cargo público, isso porque a contratação normalmente é feita para o desempenho de função pública, cuja acepção técnica não se confunde com a de cargo público, como revela **José dos Santos Carvalho Filho** ("in" Manual de Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2015, 28. ed., p. 634):

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência de cargo.

No mesmo sentido é a lição de **Odete Medauar** ("in" Direito Administrativo Moderno, São Paulo: RT, 2007, 11. ed, p. 261 e seguintes):

Para que as pessoas atuem, de modo contínuo, em nome da Administração, torna-se necessário um título legal. De regra, esse título é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

representado por um ato de nomeação, por um contrato, por um ato de designação. Tais títulos permitem que uma pessoa física exerça atividades em nome da Administração, com a qual mantém, assim, vínculo de trabalho; portanto, atribuem à pessoa o exercício de função pública.

[...]

Para o desempenho de função pública pode ser atribuído à pessoa um cargo público. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, criado por lei em número determinado, com nome certo e remuneração especificada por meio de símbolos numéricos e/ou alfabéticos. **Todo cargo implica o exercício de função pública.** O ato administrativo que atribui, a uma pessoa, exercício inicial de um cargo é a nomeação.

A função pública pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargos, pois somente detêm funções. **Portanto, nem toda função pública implica exercício de cargo. Por exemplo: exercem funções públicas os contratados por tempo determinado nos termos do art. 37, inc. IX, da CF, os antigos admitidos a título precário.** (Destaques não são do original)

Celso Antônio Bandeira de Mello ("in" Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2004, 17. ed. p. 260-1) explica a contratação temporária:

A Constituição prevê que a lei (entenda-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de *necessidade temporária de excepcional interesse público* (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgastem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias inusadas, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é *temporária*, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato *suprimento temporário de uma necessidade* (neste sentido, "necessidade temporária"), *por não haver tempo hábil para realizar concurso*, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse inusado que se tem de acobertar.

Ora, se função não se confunde com cargo e se a contratação pode ocorrer para o desempenho de uma função desvinculada de um cargo, ou ainda, para o desempenho de uma função vinculada a um cargo público cujo titular está afastado temporariamente, não é porque há contratados que haverá necessariamente cargos públicos vagos e sujeitos ao provimento definitivo e efetivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Repito, portanto, que não há sinalagma na contratação temporária e a existência de cargo público vago, passível de provimento.

Como, enfim, nada disso consta dos autos, como bem pontuado na origem, não há como acolher a pretensão recursal.

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

Sem honorários recursais, tendo em vista o disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009 (RMS 51.721/ES, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016).

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0116063-4

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 60.682 / MT

Número Origem: 10033905120188110000

PAUTA: 15/08/2019

JULGADO: 15/08/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: BRUNA MARIA DE OLIVEIRA
RECORRENTE	: KASSIA AUXILIADORA FILIAGI GREGORY
RECORRENTE	: JONATHAN STROHER
RECORRENTE	: EDERSON ANDRADE
ADVOGADOS	: JESUS VIEIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MT009309 ANDREI TEIXEIRA COSTA TAKAKI - MT012981
RECORRIDO	: ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR	: CARLOS ANTONIO PERLIN E OUTRO(S) - MT017040

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital - Classificação e/ou Preterição

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