



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.767 - PE (2014/0138668-1)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : JOSENILDA MARIA BARBOSA DA SILVA BEZERRA
ADVOGADOS : ADRIANA DE SOUSA BARBOSA
ZEZON AGRIPINO DE OLIVEIRA BEZERRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : ANTÔNIO FIGUEIREDO GUERRA BELTRÃO E OUTRO(S)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO. APROVADO FORA DAS VAGAS. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CARGO VAGO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUPRIR LICENÇA E AFASTAMENTO. BASE LEGAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Recurso ordinário no qual se pleiteia a nomeação de candidata aprovada na segunda colocação em razão de ato de movimentação da lotação da aprovada na primeira posição.

2. Informam os autos que a primeira colocada foi nomeada para a única vaga prevista (fl. 57) e, após algum tempo, foi movimentada para outra unidade escolar, sem que o referido ato tenha declarado a vacância do cargo (fl. 58); no ano seguinte, foi aberto processo para contratação de professor temporário (fl. 62).

3. No caso concreto, a ocorrência de movimentação da servidora – candidata aprovada em primeiro lugar – do mesmo quadro para outra unidade não é apta para demonstrar a existência de um cargo vago, que é um imperativo incontornável para que se pudesse satisfazer o pleito mandamental de nomeação da segunda colocada, aprovada fora da única vaga prevista, mesmo havendo contratação temporária, a qual possui base legal para suprir falta eventual de servidor em razão de afastamentos e de licenças. Precedentes: RMS 45.529/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30.10.2014; e AgRg no RMS 40.676/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.6.2013.

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." O Sr. Ministro Herman Benjamin, as Sras. Ministras Assusete Magalhães (Presidente) e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.767 - PE (2014/0138668-1)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : JOSENILDA MARIA BARBOSA DA SILVA BEZERRA
ADVOGADOS : ADRIANA DE SOUSA BARBOSA
ZEZON AGRIPINO DE OLIVEIRA BEZERRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : ANTÔNIO FIGUEIREDO GUERRA BELTRÃO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por JOSENILDA MARIA BARBOSA DA SILVA BEZERRA, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea "b", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, assim ementado (fl. 300, e-STJ):

"ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO REJEITADA - PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL NÃO CONHECIDA - MÉRITO: CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL - AUSÊNCIA DE CARGO VAGO - CONTRATAÇÃO PRECÁRIA COM ESTEIO LEGAL, REALIZADA PARA PREENCHIMENTO DE FUNÇÕES PÚBLICAS, NÃO SENDO DISPONIBILIZADOS CARGOS PÚBLICOS - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO A SER TUTELADO PELA VIA MANDAMENTAL - ORDEM DENEGADA

I) A autoridade coatora é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal, ou, ainda, que detém competência para corrigir a suposta ilegalidade. Previsão da Constituição de Pernambuco no sentido de que cabe ao Governador do Estado prover os cargos públicos, na forma da lei. Legitimidade passiva configurada.

II) A preliminar de falta de interesse processual por ausência de resistência do Estado em nomear a impetrante e por não ter sido esta aprovada dentro do número de vagas oferecidas no edital confunde-se com o mérito da causa.

III) A impetrante classificou-se em 2ª lugar no certame para a única vaga disponibilizada para o cargo de professor de língua portuguesa na cidade de Santa Maria do Cambucá. O fato de a primeira colocada, após a nomeação, ser lotada em município



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diverso, não implicou na vacância do respectivo cargo, que permanece ocupado para todos os efeitos legais.

IV) A contratação temporária, realizada com esteio na Lei Estadual nº 10.954/93 e no Decreto nº 36.085/2011, deu-se para o preenchimento de funções públicas, não sendo disponibilizados cargos públicos, não havendo que se falar, no caso, em direito líquido e certo à nomeação da candidata aprovada fora do número das vagas previstas em edital. Segurança denegada".

Nas razões do recurso ordinário, descreve a impetrante que foi aprovada na 2ª colocação no concurso público para professor de português. A 1ª colocada foi empossada e, depois, movimentada para laborar em outra unidade escolar. Alegada que esta movimentação teria efetivada a vacância do cargo e, assim, que teria havido preterição de sua expectativa de direito, em razão da contratação temporária. Sustenta que a jurisprudência acolheria sua postulação (fls. 306-318, e-STJ).

Contrarrazões nas quais se dita preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Governador do Estado. No mérito, argumenta que não haveria falar em direito líquido e certo, pois a impetrante teria sido aprovada fora do rol de vagas previstas. Defende que a contratação temporária não teria dado azo à preterição, pois não haveria cargo vago e, sim, necessidade de contratação em razão de afastamento legal, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, da Lei Estadual 10.954/93 e do Decreto 32.963/2009 (fls. 327-355, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal que opina no sentido do não provimento do recurso ordinário nos termos da seguinte ementa (fl. 367, e-STJ):

"DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA.

- O candidato aprovado fora do número de vagas possui direito de ser nomeado, caso demonstre a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito, em razão da contratação de servidores temporários.

- Parecer pela negativa de provimento do recurso ~ ordinário."

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.767 - PE (2014/0138668-1)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO. APROVADO FORA DAS VAGAS. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CARGO VAGO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUPRIR LICENÇA E AFASTAMENTO. BASE LEGAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Recurso ordinário no qual se pleiteia a nomeação de candidata aprovada na segunda colocação em razão de ato de movimentação da lotação da aprovada na primeira posição.

2. Informam os autos que a primeira colocada foi nomeada para a única vaga prevista (fl. 57) e, após algum tempo, foi movimentada para outra unidade escolar, sem que o referido ato tenha declarado a vacância do cargo (fl. 58); no ano seguinte, foi aberto processo para contratação de professor temporário (fl. 62).

3. No caso concreto, a ocorrência de movimentação da servidora – candidata aprovada em primeiro lugar – do mesmo quadro para outra unidade não é apta para demonstrar a existência de um cargo vago, que é um imperativo incontornável para que se pudesse satisfazer o pleito mandamental de nomeação da segunda colocada, aprovada fora da única vaga prevista, mesmo havendo contratação temporária, a qual possui base legal para suprir falta eventual de servidor em razão de afastamentos e de licenças. Precedentes: RMS 45.529/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30.10.2014; e AgRg no RMS 40.676/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.6.2013.

Recurso ordinário improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Deve ser negado provimento ao recurso ordinário.

De plano, há que concordar com o Tribunal de origem no sentido de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a Constituição do Estado de Pernambuco atribui, por força do art. 37, VII, ao Governador do Estado, a competência privativa de prover os cargos públicos (fl. 271, e-STJ). Logo, há legitimidade passiva da referida autoridade.

Informam os autos que a impetrante foi aprovada em segundo lugar para o cargo de professora de língua portuguesa em concurso público realizado com base no Edital do Anexo Único da Portaria Conjunta SAD/SEE 104/2008 (fls. 35-49, e-STJ). O concurso público estava em validade ao longo de 2011, já que foi prorrogado até 2013 (fl. 68, e-STJ).

Houve previsão de uma vaga para a localidade na qual a impetrante foi aprovada (Santa Maria Cambucá) na segunda colocação (fl. 56, e-STJ).

A primeira colocada foi nomeada para a vaga (fl. 57, e-STJ). Após algum tempo, ela foi movimentada para outra unidade escolar por meio da Portaria SE n. 4263/2010, sem que o referido ato tenha declarado a vacância do cargo (fl. 58, e-STJ). Em 2011, foi aberto processo seletivo para professor temporário na localidade de Santa Maria Cambucá (fl. 62, e-STJ).

Em suma, a impetrante alega preterição por contratação de docente temporário. O Tribunal de origem denegou a segurança, pois frisou a ausência de prova de cargo vago, pois a lotação em outra unidade escolar não significaria isto e seria apenas um afastamento ou licença. Transcrevo (fl. 274, e-STJ):

"(...)

Observa-se que a impetrante, de tato, submeteu-se a concurso público para provimento de cargo de Professor no GRE Vale do Capibaribe, para concorrer à única vaga ofertada para a cidade de Santa Maria do Cambucá, na disciplina Língua Portuguesa, classificando-se na segunda posição.

A primeira colocada, Sulamita Holanda do Nascimento, foi nomeada para a citada vaga através do Ato nº 3986, publicado no Diário Oficial em 1º de janeiro de 2010.

Em 30/04/2010, foi publicada a Portaria SE nº 4279, localizando-a na Escola João David de Souza, no referido município (fl. 106).

Porém, por meio da Portaria SE nº 4468, publicada em 05/05/2010, Sulamita Holanda do Nascimento foi localizada na escola Professor Estevão Pinto, no município de Olinda (fl. 107), o que, segundo a impetrante, significa que o cargo estaria vago, conferindo-lhe o direito de ser nomeada, sobretudo diante da abertura de seleção para contratação temporária.

Ocorre que a alteração de lotação não implicou na vacância do respectivo cargo, que permanece ocupado para todos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efeitos legais.

(...)

Com efeito, a Lei Estadual nº 10.954/93, que versa sobre a contratação temporária no âmbito da Administração Pública Estadual, prevê a possibilidade de contratação de pessoal por prazo determinado para substituição de professores.

Nesse caminho, é imperioso observar que a contratação temporária deu-se com base no Decreto nº 36.085, de 05 de janeiro de 2011, tendo por objetivo, em síntese, 'a cobertura legal para afastamentos de professores das salas de aulas durante o ano letivo e, simultaneamente, assegurar que todos os estudantes tenham acesso ao cumprimento do calendário dentro do ano civil' (fl. 87).

Deve-se ter em vista, portanto, que a seleção para contratação temporária deu-se para preenchimento de funções públicas, não sendo disponibilizados, portanto, cargos públicos.

(...)"

De fato, como firma o Ministério Público Federal, a ocorrência de lotação da servidora do mesmo quadro em outra unidade não é apta para demonstrar a existência de um cargo vago, imperativo incontornável para que seja satisfeito o pleito mandamental de nomeação de candidato aprovado fora das vagas previstas. Transcrevo (fl. 371, e-STJ):

"(...)

Verifica-se que, além de inexistir comprovação de que haveria cargo vago e a contratação temporária para preenchimento deste, sua aprovação se deu fora das vagas existentes no edital. Ausente, portanto, direito subjetivo a ser reconhecido no caso em análise.

(...)"

A propósito:

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR ESTADUAL. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDOR AFASTADO POR LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA. VAGA PARA NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao pleito mandamental de nomeação de candidata aprovada fora da única vaga prevista, que alegava preterição por contratação temporária pretérita.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A recorrente foi aprovada em 2º lugar no concurso público para uma única vaga no cargo de médico especialista em anatomia patológica, regrado pelo Edital SES n. 001/2012; porém, havia uma contratação temporária, efetivada antes da realização do concurso público, regradada pelo Edital SES n. 075/2009.

3. A Constituição Federal - no inciso IX do art. 37 - e a Constituição Estadual - no § 2º do art. 21 - determinam a edição de lei para reger as contratações temporárias. No Estado de Santa Catarina, a Lei Complementar n. 260/2004 prevê equilíbrio entre a demanda temporária e a manutenção da exigência constitucional - insculpido no art. 37, II da Carta Magna - de concurso público prévio para o provimento em cargos públicos efetivos.

4. Do exame dos autos não se verifica a burla aos dispositivos jurídicos. A impetrante foi aprovada fora da única vaga prevista, tendo sido a contratação temporária pretérita ao concurso público e, ainda mais, fundada em motivo público comprovado, ou seja, garantir o suprimento de serviço na falta de servidor afastado para fruição de licença para tratamento de saúde. A jurisprudência do STJ firma a necessidade de demonstração da ilegalidade da contratação temporária, para caracterizar a burla à expectativa de direito do candidato. Precedente: RMS 44.191/TO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18.12.2013.

5. Também é necessária a comprovação da existência de cargo vago, o que não ocorre, pois a contratação temporária se deu para substituir servidor afastado por motivo de saúde e, logo, não existe a desocupação da vaga pretendida. Precedentes: RMS 44.475/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.2.2014; e AgRg no RMS 40.676/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.6.2013.

Recurso ordinário improvido."

(RMS 45.529/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.10.2014, DJe 30.10.2014.)

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO DEMONSTRADA. CARGO VAGO. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO ENCONTRA-SE CEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o candidato aprovado fora do número de vagas possui direito de ser nomeado, caso demonstre a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito, em razão da contratação de servidores temporários.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Consoante destacado pelo Tribunal a quo e nas informações prestadas pela Secretaria de Educação "(...) o cargo pretendido pelo Impetrante ainda está ocupado pelo Sr. Jeferson Henrique, então candidato aprovado no concurso em que concorreu o Impetrante e onde atingiu a posição de primeiro lugar no cadastro de reserva. O Sr. Jeferson Henrique atualmente está lotado em uma entidade ensino no Município de Capixaba/AC, onde exerce temporariamente a função de Diretor, posto que foi cedido pelo Governo Estadual. Ou seja, em que pese não estar de fato exercendo o cargo em que foi nomeado, o Sr. Jeferson Henrique nele permanece, o que caracteriza-o como preenchido, ao revés do que supunha o impetrante." (fl. 91).

3. No presente caso, apesar de ter sido demonstrada a efetiva contratação de temporário que induziria a preterição, não houve a comprovação acerca da existência de cargo vago, uma vez que o servidor efetivo, ocupante do cargo em questão, está cedido, o que afasta a convolação da expectativa de direito do candidato, ora recorrente.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no RMS 40.676/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6.6.2013, DJe 11.6.2013.)

Os precedentes acima bem indicam e se amoldam ao caso em tela, pois, mesmo havendo contratação temporária, a mesmo possui base legal para suprir a alta eventual de servidor em razão de afastamentos e de licenças.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0138668-1

RMS 45.767 / PE

Números Origem: 00022033320138170000 00053864620128170000 02975511 22033320138170000 2698762
2975511 297551100 53864620128170000

PAUTA: 16/02/2016

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

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 : JOSENILDA MARIA BARBOSA DA SILVA BEZERRA

ADVOGADOS : ADRIANA DE SOUSA BARBOSA

ZEZON AGRIPINO DE OLIVEIRA BEZERRA E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROCURADOR : ANTÔNIO FIGUEIREDO GUERRA BELTRÃO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor
Público Civil - Regime Estatutário - Nomeação

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)."

O Sr. Ministro Herman Benjamin, as Sras. Ministras Assusete Magalhães (Presidente) e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques