

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 68.613 - PR (2022/0090657-9)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : LUCIA CRISTINA DALAGO BARRETO
ADVOGADOS : ELSON SUGIGAN - PR015723
ELISEU ALVES FORTES - PR027335
RECORRIDO : ESTADO DO PARANÁ
PROCURADOR : CARLA MARGOT MACHADO SELEME - PR021749
RECORRIDO : UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ
PROCURADOR : JOSÉ ANTONIO GONÇALVES LOPES JUNIOR - PR043985

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO APROVADO EM LISTA DE EXCEDENTES EM CONCURSO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO PROVIMENTO NO CARGO.

1. O candidato aprovado fora das vagas ofertadas em concurso público não tem direito à nomeação, ressalvada a hipótese de, para além do mero surgimento de vagas, houver a prática de ato arbitrário e imotivado pela Administração Pública. Inteligência do RE 837.311/PI, rel. Ministro Luiz Fux.
2. A contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não configura por si só ato arbitrário e imotivado, antes exigindo para tal fim que não atenda às prescrições estabelecidas no RE 658.026/MG, Rel. Ministro Dias Toffoli.
3. Além disso, a contratação por si não implica a existência de vagas na medida em que ordinariamente ocorre para o desempenho de função pública, o que não se confunde com cargo.
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 Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2022.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 68613 - PR (2022/0090657-9)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : LUCIA CRISTINA DALAGO BARRETO
ADVOGADOS : ELSON SUGIGAN - PR015723
ELISEU ALVES FORTES - PR027335
RECORRIDO : ESTADO DO PARANÁ
PROCURADOR : CARLA MARGOT MACHADO SELEME - PR021749
RECORRIDO : UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ
PROCURADOR : JOSÉ ANTONIO GONÇALVES LOPES JUNIOR - PR043985

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO APROVADO EM LISTA DE EXCEDENTES EM CONCURSO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO PROVIMENTO NO CARGO.

- 1.** O candidato aprovado fora das vagas ofertadas em concurso público não tem direito à nomeação, ressalvada a hipótese de, para além do mero surgimento de vagas, houver a prática de ato arbitrário e imotivado pela Administração Pública. Inteligência do RE 837.311/PI, rel. Ministro Luiz Fux.
- 2.** A contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não configura por si só ato arbitrário e imotivado, antes exigindo para tal fim que não atenda às prescrições estabelecidas no RE 658.026/MG, Rel. Ministro Dias Toffoli.
- 3.** Além disso, a contratação por si não implica a existência de vagas na medida em que ordinariamente ocorre para o desempenho de função pública, o que não se confunde com cargo.
- 4.** Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

RELATÓRIO

Lúcia Cristina Dalago Barreto 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 do Paraná, ementado assim:

1) DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. UEM. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. NÃO COMPROVAÇÃO DE PRETERIÇÃO POR SUPOSTA CONTRATAÇÃO DE OUTROS PROFESSORES POR PSS. CARGOS QUE NÃO POSSUEM A MESMA NATUREZA.

a) Ainda que a Administração possa escolher o momento de nomeação do candidato até o fim do prazo de validade do concurso, tal escolha deixa de existir caso haja preterição arbitrária e imotivada de candidatos (STF, RE 837311, DJe 18/04/2016, Repercussão Geral).

b) Todavia, a contratação precária de Agentes Públicos (por PSS) somente configura preterição quando a finalidade dessa contratação for o preenchimento de cargos efetivos vagos. Precedentes.

c) No caso, não há prova da preterição, porquanto: (i) a Candidata Impetrante foi classificada em 5ª colocação no Concurso Público nº 128/2016-PRH, da UEM, que previu apenas 3 vagas para o cargo de Professor (Didática e Metodologia do Ensino); (ii) o Certame foi prorrogado até 2022; e (iii) não foi demonstrado o suprimento da necessidade mediante contratação temporária.

2) SEGURANÇA DENEGADA.

Trata-se, em síntese, de demanda instaurada no contexto de concurso público para o provimento de cargo de professor da Universidade Estadual de Maringá, em que a recorrente classificou-se na quinta colocação em certame para o provimento de três vagas do cargo de professor auxiliar.

Apesar disso, a recorrente pleiteou o reconhecimento do direito de ser provida em vaga uma vez comprovada a contratação temporária de terceiros para o desempenho das mesmas funções, o pleito, no entanto, sendo desacolhido na origem, daí a interposição do ordinário cujas razões essencialmente reiteram essa quadra.

Contrarrazões em e-STJ fls. 453/461.

O pedido de tutela provisória foi indeferido em razão da decisão de e-STJ fls. 478/479.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário, conforme as razões sintetizadas assim (e-STJ fls. 502/507):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR DE ENSINO SUPERIOR. NOMEAÇÃO. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRAZO DE VALIDADE NÃO EXPIRADO. SURGIMENTO DE VAGAS DECORRENTE DE APOSENTADORIAS. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS PARA SUPRIR LICENÇAS E AFASTAMENTOS TEMPORÁRIOS. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

VOTO

As razões do recurso não procedem.

A demanda cuida de controvérsia surgida no contexto de concurso público para o cargo de professor de ensino superior do quadro funcional da Universidade Estadual de

Maringá, tratando especificamente de concorrência para o Departamento de Teoria e Prática da Educação, com três vagas e carga horário semanal de quarenta horas.

A recorrente confirmou ter sido aprovada na quinta colocação, assim como ter havido o provimento das três vagas oferecidas, cogitando de a quarta colocada ter supostamente sido também investida no cargo.

A pretensão à sua nomeação advém de contexto em que haveria duas vagas passíveis de provimento, em razão da aposentadoria dos seus respectivos titulares, e que a universidade estadual promoveria a contratação temporária para suprir essa ausência, quando juridicamente estaria compelida à nomeação do aprovado em cadastro de reserva. Esse argumento, contudo, não é correto.

Há observar primeiramente que a teor do que estabelecido em precedente do Supremo Tribunal Federal, o **RE 837.311/PI**, rel. Ministro Luiz Fux, o candidato aprovado fora das vagas ofertadas em edital de concurso público **não têm**, como regra, direito público subjetivo à investidura no cargo, **mesmo na hipótese de posterior surgimento de vagas ou da abertura de novo certame**, antes exigindo-se para além disso que ato arbitrário e imotivado praticado pela Administração Pública.

Nesse sentido, se a Administração Pública resolve lançar novo edital de concurso público, ou se durante o prazo de validade do anterior surgirem novas vagas, apenas isso não ensejará para o aprovado em cadastro de reserva a ocorrência de nenhum direito, salvo se, como dito, houver a prática de um ato ilegal.

No comum dos casos, e isso também ocorre no presente, o argumento da ilegalidade tem amparo em contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, mas isso tão-somente não é em absoluto uma prática ilegal sobremaneira porque tem assento constitucional.

Essa idéia é aliás corroborada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que noutro precedente, o **RE 658.026/MG**, Rel. Ministro Dias Toffoli, estabeleceu a hipótese em que a contratação será ilegal, e para tanto estabeleceu uma série de requisitos os quais devem estar presentes para que a contratação seja legal.

Assim, a mera alegação da contratação temporária como ensejadora da

ilegalidade é insuficiente se não demonstrado o descumprimento desses requisitos, o que constitui ônus argumentativo da parte que a alega, no caso a recorrente, que dele todavia não se desincumbiu nem, por via de consequência, fez prova nenhuma.

No caso concreto, a petição inicial é absolutamente deficiente em tornar evidente que a contratação, por exemplo, (a) não atendia a uma excepcionalidade prevista em lei, (b) não tinha prazo predeterminado e (c) não observava uma necessidade temporária, isso sem prejuízo do fato de que a contratação não é, por via de regra, voltada ao preenchimento de cargo, mas para o desempenho de função, e que tais conceitos, embora correlacionados, não se confundem entre si.

Essa premissa sustenta, portanto, que a contratação por si não comprova obrigatoriamente a existência de cargo vago, mas de mera função sem desempenho atual.

No caso concreto, a existência de vaga não surgiria da contratação, mas da aposentadoria de dois outros professores, o que todavia, a despeito da vacância, não se encontrava sujeito a provimento por questões administrativas, ou seja, de verificação de necessidade e de viabilidade financeira.

Parece óbvio atinar, nesse sentido, que em sendo a contratação uma medida temporária, com prazo predeterminado, a previsão de despesa com o contratado tende a ser menor do que aquela com o nomeado em caráter efetivo, que assim tende a permanecer no cargo por muito mais tempo, e assim gera mais despesa para a Administração, que age corretamente ao ponderar a viabilidade da nomeação do aprovado antes de pura e simplesmente prover a vaga decorrente da aposentadoria.

Assim, no caso concreto haveria cargo vago, mas ainda insujeito ao preenchimento.

De toda sorte, o que é de mais relevante no caso concreto é a inexistência de ato arbitrário e imotivado por parte da Administração, cabendo afirmar que a recorrente não observou o ônus de argumentar com amparo no **RE 658.026/MG**, imprescindível para a hipótese em que a preterição seria causada por uma contratação temporária.

Assim, **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.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2022/0090657-9

RMS 68.613 / PR

Números Origem: 00311885820218160000 311885820218160000

PAUTA: 13/09/2022

JULGADO: 13/09/2022

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUCIA CRISTINA DALAGO BARRETO
ADVOGADOS : ELSON SUGIGAN - PR015723
ELISEU ALVES FORTES - PR027335
RECORRIDO : ESTADO DO PARANÁ
PROCURADOR : CARLA MARGOT MACHADO SELEME - PR021749
RECORRIDO : UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ
PROCURADOR : JOSÉ ANTONIO GONÇALVES LOPES JUNIOR - PR043985

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 Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.