

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 65.757 - RJ (2021/0041998-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : ANA PAULA DE MEDEIROS MORAES
RECORRENTE : CARLA MARIA SOARES DE AVELLAR
RECORRENTE : DENISE PAIVA XAVIER
RECORRENTE : SILVANA DA SILVA FERREIRA
ADVOGADO : FLAVIA XAVIER LOUREIRO E OUTRO(S) - RJ228140
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS
PROCURADOR : ANDERSON MORAES GARCIA E OUTRO(S) - RJ104299

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA A FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. DESCARACTERIZAÇÃO. CONTRATAÇÃO DECORRENTE DA SITUAÇÃO DE PANDEMIA CAUSADA PELO VÍRUS SARS-COV-2. CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.

1. A contratação temporária de terceiros para o desempenho de funções do cargo de enfermeiro, em decorrência da pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2, e determinada por decisão judicial, não configura preterição ilegal e arbitrária nem enseja, portanto, direito a provimento em cargo público em favor de candidato aprovado em cadastro de reserva.

2. 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 e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de maio de 2021.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 65757 - RJ (2021/0041998-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : ANA PAULA DE MEDEIROS MORAES
RECORRENTE : CARLA MARIA SOARES DE AVELLAR
RECORRENTE : DENISE PAIVA XAVIER
RECORRENTE : SILVANA DA SILVA FERREIRA
ADVOGADO : FLAVIA XAVIER LOUREIRO E OUTRO(S) - RJ228140
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS
PROCURADOR : ANDERSON MORAES GARCIA E OUTRO(S) - RJ104299

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA A FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. DESCARACTERIZAÇÃO. CONTRATAÇÃO DECORRENTE DA SITUAÇÃO DE PANDEMIA CAUSADA PELO VÍRUS SARS-COV-2. CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.

1. A contratação temporária de terceiros para o desempenho de funções do cargo de enfermeiro, em decorrência da pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2, e determinada por decisão judicial, não configura preterição ilegal e arbitrária nem enseja, portanto, direito a provimento em cargo público em favor de candidato aprovado em cadastro de reserva.
2. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

RELATÓRIO

Ana Paula de Medeiros Moraes 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 Rio de Janeiro, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO DE ENFERMEIRO DO QUADRO FUNCIONAL DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. CERTAME QUE TEM POR FINALIDADE A FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO DE COMPELIR A URBE A PROCEDER À INVESTIDURA IMEDIATA NA POSIÇÃO JURÍDICA EM REFERÊNCIA. DESCABIMENTO. NÃO HOUE ABERTURA DE NOVO CONCURSO DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME E AS CONTRATAÇÕES PELO REGIME PRECÁRIO FORAM AUTORIZADAS POR DECISÃO JUDICIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, TENDO POR ESCOPO O ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA GERADA PELA PANDEMIA DO NOVO CORONAVIRUS

(COVID-19). CIRCUNSTÂNCIA QUE SE RELACIONA COM EXCEPCIONAL INTERESSE E ENCONTRA FUNDAMENTO NO ART. 37, IX, DA CRFB, REGULAMENTADO PELA LEI 8.745/93. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À CONVOCAÇÃO, CONSIDERANDO QUE A NECESSIDADE NÃO É PERMANENTE NA HIPÓTESE VERTENTE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. UNÂNIME.

Trata-se, em síntese, de pretensão mandamental voltada ao reconhecimento do direito à nomeação por candidatos aprovados em certame para a formação de cadastro de reserva, como decorrência de preterição configurada com base em contratação precária de terceiros.

Nesse sentido, os impetrantes alegavam que a contratação empreendida configurava tanto a necessidade de serviço quanto a existência de disponibilidade orçamentária e de vagas a serem preenchidas, de forma que a circunstância da sua aprovação em certame havia prevalecer sobre a simples aprovação em processo seletivo.

O Tribunal "a quo" denegou a segurança porque o certame não previa vagas e assim também não corroborava isso o fato da contratação, que somente ocorrera porque previamente autorizado por decisão judicial e em função da pandemia causada pelo SARS-CoV-2, ou seja, tratava-se de situação absolutamente temporária.

O recurso ordinário impugna essas razões, com pedido de tutela provisória para que se suspendesse o prazo de validade do certame.

A tutela foi indeferida conforme os seguintes fundamentos:

Não há razão para o deferimento da tutela provisória.

Na verdade, a finalidade almejada pela recorrente, quanto à extensão do prazo de validade do certame ante a permanência da pandemia, foi atingida com a medida cautelar deferida na ADI 6.625/DF, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, que determinou a prorrogação do estado de calamidade pública, o que em tese serve para autorizar a extensão almejada.

Para além disso é também forçoso mencionar que a princípio a expiração eventual do prazo não inibiria a prolação de decisão sobre o suposto direito à nomeação, dado que esse evento não tem o condão de prejudicar o "writ", como reconhece a nossa jurisprudência.

Assim, indefiro o pedido de tutela provisória.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário, conforme as razões sintetizadas assim (e-STJ fls. 905/915):

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso para Enfermeiro. Cadastro de reserva. Pleito de nomeação de candidatos. Suposta existência de contratações precárias durante a validade do certame. Ausência de comprovação de preterição arbitrária.

A administração não é compelida a sempre aproveitar pessoas aprovadas para

além do número de vagas; existem mecanismos lícitos a serem empregados para a seleção apenas dos candidatos dotados de melhores conhecimentos aferidos em provas, como a reprovação dos candidatos cuja classificação ultrapasse o número de vagas oferecidas, a elevação da nota mínima e a curta duração do prazo de validade de concurso.

O Estado de direito não admite, contudo, que a administração retenha para si só os ônus da relação jurídica e transfira aos candidatos todos os ônus dela decorrentes, quando prevê eventual aproveitamento de candidatos excedentes do número de vagas.

O Tema 784 da RG do STF sanciona a atitude do poder público de se livrar de todos os ônus e reter para si apenas os ônus da relação jurídica com os candidatos: cobra-lhes empenho na preparação, por meio de vagas promessas de aproveitamento, mas, divulgado o resultado e nomeados certos candidatos, sente-se de todo descompromissado com o estado de confiança que despertou nos interessados. O Estado de direito repele ambos os aspectos envolvidos por esse comportamento da administração pública. De um lado, não admite o vilipêndio da confiança que despertou nos interessados. De outro, desconhece a ideia de administração pública movendo-se num espaço, por inteiro, livre do direito, quanto à convocação dos candidatos cuja classificação se situe além do número de vagas inicialmente oferecidas.

A jurisprudência do STF é pacífica, no sentido da existência de direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas previstas em edital, nos casos de comprovação de preterição ou arbítrio por parte da Administração.

No caso, os impetrantes não comprovam a existência de preterição: 1 -as supostas contratações para cargos vagos não foram demonstradas; 2 -a mera existência de contratos temporários, por si só, não configura, de plano, arbitrariedade, pois não há óbice à designação, desde que respaldada legalmente, com o objetivo de atender a eventuais situações excepcionais, como acontece na hipótese, em virtude do atual cenário de pandemia. Somente seria possível reconhecer eventual preterição por meio de dilação probatória, providência incabível na presente via.

Parecer pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O feito observa o teor 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."

A controvérsia não é complexa: as recorrentes aderiram a certame aberto para a formação de cadastro de reserva para o cargo de enfermeiro do Município de Petrópolis, no Estado do Rio de Janeiro.

Sendo essa a finalidade do certame, era de se pressupor a inexistência de cargos vagos, ou em havendo vacância, não havia era a necessidade de provimento imediato, ou mesmo dotação orçamentária, daí a obviedade na formação do cadastro de reserva.

Essa premissa induzia, por outro lado, a certeza de que a aprovação no cadastro

de reserva não geraria direito público subjetivo à nomeação no posto tão-somente por haver o surgimento superveniente de cargo, ou a abertura de novo certame, como de resto propugna o precedente firmado com o julgamento do **RE 837.311/PI**, rel. Ministro Luiz Fux.

A causa de pedir, então, busca configurar o direito ante a contratação temporária de terceiros, mas tampouco isso socorre as recorrentes.

De primeiro há mencionar que a nossa jurisprudência, como se vê no **RMS 64.166/MG**, de minha relatoria, orienta-se pela conclusão de que a simples existência de contratação temporária não significa, por si só, a preterição a direito do aprovado em concurso público, e isso porque além de ter assento constitucional, ou seja, ser uma situação permitida pela lei maior do país, o que denota a sua regularidade intrínseca, a ilegalidade da contratação somente ocorrerá quando não observados os requisitos da lei de regência da respectiva unidade federativa, e isso está dito em outro precedente, o firmado com o julgamento do **RE 658.026/MG**, rel. Ministro Dias Toffoli.

Na casuística ora examinada as condicionantes estabelecidas neste último precedente sequer estão demonstradas, o que corrobora o acerto do acórdão, que ainda se baseia numa especificidade do caso concreto, que é o fato de a contratação temporária ser decorrente da excepcionalidade da situação, ainda atual, da pandemia decorrente do vírus Sars-CoV-2, causador da Covid-19.

Vejamos, então, que o contexto da demanda revela, de uma lado, que a Administração Pública local agiu com bastante clareza ao arregimentar candidatos para um certame no qual não havia vagas disponíveis, fato que não é debelado, por outro lado, com a contratação temporária de terceiros porque não necessariamente haverá cargos disponíveis, mas apenas funções públicas desatreladas de cargo, como de resto a nossa jurisprudência pontifica, no já mencionado **RMS 64.166/MG**.

Pesa considerar ainda que a contratação temporária questionada teve origem em demanda judicial, no caso uma ação civil pública processada sob o n. 0028278-16.2019.8.19.0042, ajuizada justamente com o escopo da necessidade temporária gerada pelo advento da pandemia.

Isso corrobora ainda a inexistência de preterição ilegal, forte em nossa

jurisprudência que assim compreende quando a nomeação decorre de determinação judicial.

Normalmente os casos concretos avaliados referem-se à inobservância da ordem classificatória, mas como isso advém de decisão judicial então não haveria ilegalidade na prática administrativa, como no caso do **AgInt no RMS 55.701/GO** (Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, DJe 01/09/2020).

No presente caso, embora a situação fática seja distinta, a razão é a mesma, porque a Administração Pública local somente procedeu à contratação em virtude de ordem judicial, o que igualmente retira do fato a pecha da preterição ilegal.

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

Sem honorários recursais, em vista do art. 25 da Lei 12.016/2009.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2021/0041998-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 65.757 / RJ

Números Origem: 0029762-61.2020.8.19.0000 00297626120208190000 202014000193
297626120208190000

PAUTA: 04/05/2021

JULGADO: 04/05/2021

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

Secretária

Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANA PAULA DE MEDEIROS MORAES
RECORRENTE : CARLA MARIA SOARES DE AVELLAR
RECORRENTE : DENISE PAIVA XAVIER
RECORRENTE : SILVANA DA SILVA FERREIRA
ADVOGADO : FLAVIA XAVIER LOUREIRO E OUTRO(S) - RJ228140
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS
PROCURADOR : ANDERSON MORAES GARCIA E OUTRO(S) - RJ104299

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)."

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