DECISÃO MONOCRÁTICA

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2011959-52.2014.815.0000
Origem : 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital
Relatora : Desa. Maria das Graças Morais Guedes
Agravante : Elide Pinheiro Araújo
Advogado : Eduardo Jorge Albuquerque de Menezes
Agravado : Município de João Pessoa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUMENTO DO NÚMERO DE CARGOS OFERTADOS NO EDITAL. INOCORRÊNCIA. FUMAÇA DO BOM DIREITO. AUSÊNCIA. PRETENSÃO RECURSAL EM CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DESTE TRIBUNAL. **SEGUIMENTO NEGADO.**

A contratação precária por si só não denota a necessidade de a administração nomear o candidato classificado fora do número de vagas ofertadas no edital ou que o cargo vago existe, porquanto a criação de cargo público precede a existência de lei, restando ausente a fumaça do bom direito alegada.

Como a pretensão recursal está em confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal e do STJ, a situação se enquadra na hipótese de julgamento monocrático, na forma do art. 557, do Código de Processo Civil.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Elide Pinheiro Araújo** contra decisão do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital prolatada nos autos do Mandado de Segurança por ela impetrado contra omissão da **autoridade do Município de João Pessoa**.

O Juízo *a quo* indeferiu a liminar requerida pela impetrante, por entender ausente a configuração da fumaça do bom direito alegada, sob o fundamento de que a impetrante foi classificada fora do número de vagas e de que a contratação precária de servidores no prazo de validade do concurso público não altera o número de cargos estabelecidos no edital.

Alega a agravante que, após narrar que já foram nomeados 21 (vinte e um) candidatos do concurso realizado para preenchimento de 15 (quinze) cargos de técnico em radiologia, faz jus a nomeação por ter sido aprovada na posição 40ª (quadragésima), e ocorrido a contratação de 20 (vinte) técnicos em radiologia de forma precária no prazo de validade do certame.

Aduz que a contratação temporária, para o exercício de atribuições semelhantes do cargo ofertado por concurso público, caracteriza desvio de finalidade e burla da regra do certame público, razão pela qual configura o direito líquido e certo, bem como a fumaça do bom direito para fins de deferimento da liminar, pugnando pelo provimento do agravo de instrumento com objetivo de que seja editado o ato de nomeação.

É o relatório.

DECIDO.

O objeto deste recurso é a decisão do Juízo *a quo* que indeferiu a liminar requerida pela agravante nos autos do mandado de segurança, por entender ausente a configuração da fumaça do bom direito alegada, sob o fundamento de que a impetrante foi classificada fora do número de vagas, e de que a contratação precária de servidores no prazo de validade do concurso público não alterava o número de cargos estabelecidos no edital.

Sustenta a agravante que a contratação precária de técnicos em radiologia em número que atinge a classificação obtida no certame público transforma sua expectativa de direito em direito líquido e certo em relação à nomeação ao cargo de técnico em radiologia, especificando que a fumaça do bom direito reside nessa circunstância fática.

Acrescenta também que a pretensão recursal está respaldada em entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, motivo por que requer a

reforma da decisão hostilizada.

Em que pesem os argumentos da agravante, a pretensão recursal em análise vai de encontro ao entendimento jurisprudencial acerca da temática em discussão nestes autos, porquanto a contratação temporária não desencadeia o aumento do número de cargos ofertados no edital do certame e, consequentemente, resta afastada a materialização do direito líquido e certo em relação à expedição do ato de nomeação para o cargo público.

O Superior Tribunal de Justiça segue firme no mesmo entendimento, conforme julgado com destaque em negrito no que interessa:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.1. Discute-se no mandamus o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em Enfermagem do Estado do Tocantins.2. **A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie**.3. No caso, a candidata obteve a 1.667ª colocação no concurso para o preenchimento de 135 vagas e formação de cadastro de reserva, não havendo nos autos elementos suficientes para demonstrar a preterição do direito de ser nomeada.4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.(RMS 44.191/TO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)
>
> ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. CADASTRO DE RESERVA. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. POSTERIOR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Busca-se no mandamus o reconhecimento do direito à nomeação no cargo de professor do ensino fundamental, em virtude da aprovação em concurso público realizado pela Secretaria de Estado de Educação de Mato Grosso. A recorrente foi classificada na quinta colocação em certame público que oferecia o preenchimento de duas vagas, tendo sido inserida no cadastro de reserva. Durante o prazo de validade do concurso, houve a contratação temporária de onze professores, razão pela qual a recorrente sustenta ter sido preterida no seu direito à nomeação no cargo público. 2. O candidato inscrito em cadastro de reserva possui mera expectativa à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja a comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público. Precedentes. **3. A contratação temporária fundamentada no art. 37, IX, da Constituição da República**

> **não implica necessariamente o reconhecimento de haver cargos efetivos disponíveis. Nesses casos, a admissão no serviço ocorre, não para assumir um cargo ou emprego público, mas para exercer uma função pública marcada pela transitoriedade e excepcionalidade, devidamente justificada pelo interesse público. 4. Na hipótese, a impetrante não logrou demonstrar a existência de cargos efetivos vagos durante o prazo de validade do concurso ao qual se submeteu, de sorte que não houve a comprovação de plano do direito líquido e certo à nomeação.** O argumento de que, logo após o término da validade do concurso anterior, publicou-se edital para o preenchimento de novos cargos de professor não foi devidamente comprovado nos autos, não havendo informações sobre a efetiva abertura desse concurso, a quantidade de vagas existentes, os locais de provimento, etc.5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.(RMS 31.785/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010)

Outro não é o entendimento deste Tribunal de Justiça, conforme julgado que transcrevo:

> MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO À; TÍTULO PRECÁRIO PARA LECIONAR BIOLOGIA. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONTRATADOS QUE NÃO OCUPAM CARGO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ACERCA DE EVENTUAIS DESISTÊNCIAS OU EXONERAÇÕES DE CANDIDATOS MAIS BEM COLOCADOS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA DE VAGA A SER PROVIDA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO NA NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM MANDAMENTAL. - **A celebração de contrato administrativo temporário para exercício de função referente ao cargo efetivo para o qual o candidato se classificou em concurso público como excedente ao número de vagas existentes, não gera o direito à nomeação, eis que tal criação (cargo) só pode decorrer de lei.** - Inexiste preterição na convocação de candidato aprovado fora do montante de vagas oferecidas pelo edital, quando a Administração efetuar contratações temporárias para aquela mesma função, pois a extinção do vínculo contratual não faria surgir cargo vago para a nomeação pretendida.
 - "Ao exercerem apenas uma função, os servidores eventualmente requisitados de outros órgãos não ocupam nenhum dos cargos pertencentes ao quadro do órgão requisitante." (TJPB. MS nº 999.2009.000162-2/001. Rel. Dr. Miguel de TJPB - Acórdão do processo nº 20016682720138150000 - Órgão (Tribunal Pleno) - Relator DES JOSE RICARDO PORTO - j. em 13-08-2014
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR. PETIÇÃO SUPOSTAMENTE SUBSCRITA POR ESTAGIÁRIO E AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. ALEGAÇÃO ABSOLUTAMENTE DESCABIDA. REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO. REJEIÇÃO. PEDIDO DE NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. SUPOSTA PRETERIÇÃO

> CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PRECÁRIOS. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CARGOS VAGOS. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. - Estando a petição inicial subscrita por advogada, regularmente habilitada através de procuração posta nos autos, impositiva a rejeição de defeito de representação. - **A jurisprudência da Corte é no sentido de que a contratação precária de agentes públicos somente configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente - ainda que fora do número de vagas previsto no edital - quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos**". Não demonstrada a existência de cargos efetivos vagos para a localidade em que concorreu o impetrante, resta descaracterizada a preterição alegada. TJPB - Acórdão do processo nº 05881262420138150000 - Órgão (Tribunal Pleno) - Relator Des. João Alves da Silva - j. em 26-03-2014

No caso concreto, os requisitos para a concessão da liminar não estão configurados, por ausência da materialização da fumaça do bom direito alegada pela impetrante.

Como a pretensão recursal está em confronto com julgados do Superior Tribunal de Justiça e jurisprudência deste tribunal, configuram-se os requisitos delineados no art. 557, *caput*, do CPC, autorizando a este Órgão judicial julgar monocraticamente o presente recurso.

Em face do exposto, **NEGO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, na forma do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil**.

Publique-se. Intimem-se.

Oficie-se ao Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, comunicando da Decisão.

João Pessoa, 29 de setembro de 2014.

Desa. Maria das Graças Morais Guedes
Relatora