



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL nº 0006478-05.2013.815.0251

RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
APELANTE :Município de Patos
ADVOGADO :Rubens Leite Nogueira da Silva
APELADO :Marcia Morgana Justino de Caldas
ADVOGADO :Taciano Fontes de Freitas
REMETENTE :Juízo de Direito da 5ª Vara da Comarca de Patos

PROCESSUAL CIVIL - Reexame necessário e apelação cível – Ação de obrigação de fazer - Preliminar – Carência da ação – Falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido - Confusão com o mérito - Apreciação conjunta.

– A presente preliminar, em verdade, possui natureza de defesa de mérito, e com ele deverá ser analisada.

PROCESSUAL CIVIL – Reexame necessário e apelação cível – Ação de obrigação de fazer – Preliminar – Nulidade processual – Não formação de litisconsórcio passivo necessário – Citação dos demais concursados - Desnecessidade – Candidatos que possuem expectativa de direito à nomeação - Jurisprudência firme do STJ – Rejeição.

- *"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de ser*

desnecessária a citação dos demais concursados como litisconsortes necessários, porquanto os candidatos, mesmo aprovados, não titularizariam direito líquido e certo à nomeação" (AgRg no AREsp 161355/PI).

ADMINISTRATIVO – Reexame necessário e apelação cível – Ação de obrigação de fazer – Procedência da pretensão deduzida - Concurso Público – Candidata aprovada fora do número de vagas previstas no edital - Contratação precária – Inexistência de comprovação do surgimento de novas vagas durante a vigência do certame – Direito não demonstrado – Decisão recorrida em patente confronto com jurisprudência dominante do STJ - Reforma da decisão – Artigo 557, § 1º-A, do CPC – Provimento monocrático.

– O entendimento jurisprudencial atual, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, é o de que os candidatos regularmente aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital possuem direito subjetivo à nomeação e à posse dentro do período de validade do certame.

– Pacificou o STJ o entendimento segundo o qual a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público fora das vagas previstas no edital convola-se em direito líquido e certo quando há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas surgidas no período de validade do certame, com preterição daqueles que aprovados estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

– Para obter direito à nomeação, o concursado aprovado além da vagas

previstas no edital tem que demonstrar que no período da vigência do certame surgiram novas vagas para o cargo ao qual foi aprovado e que elas foram ocupadas por profissionais a título precário.

– Consoante artigo 557, § 1º-A, do CPC, “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Vistos, etc.

MARCIA MORGANA JUSTINO DE CALDAS ajuizou ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela, em face do **MUNICÍPIO DE PATOS**, visando obter nomeação em razão de aprovação em concurso público fora das vagas previstas no edital, sob o argumento de que possui direito subjetivo à nomeação em face das várias contratações precárias de pessoal por parte da Administração Municipal (fls. 02/07).

Na inicial, relatou que o Município de Patos promoveu concurso público para o provimento de 06 (seis) vagas para o cargo de Enfermeiro, especialista em saúde mental, conforme Edital nº 001/2011, e que se submeteu ao referido concurso a fim de concorrer ao mencionado cargo, sendo, ao final, aprovada na 21ª (vigésima primeira) posição.

Aduziu, ainda, que embora vigente o concurso, em sua preterição, foram contratados 51 (cinquenta e um) enfermeiros sob a rubrica de excepcional interesse público. Alegou, assim, que passou a ter direito à nomeação imediata, pugnando, ao final, pela procedência da pretensão deduzida.

À inicial foram juntados documentos (fls. 08/37).

Citada, a Edilidade não apresentou contestação (fl. 42).

Sentenciado o feito, o juiz de piso julgou procedente a pretensão deduzida na exordial, determinando “que o

demandado, no prazo de dez (10) dias, adote as providências necessárias à nomeação da parte autora para o cargo de enfermeira”, por entender que “se há necessidade de mais pessoas para o desempenho dos serviços próprios de enfermeiro, tendo em vista que os convocados são insuficientes, devem ser convocados à nomeação aqueles outros aprovados no certame, mesmo não tendo sido aprovados dentro do número de vagas inicialmente abertas” (fls. 43/47). Condenou, outrossim, o promovido ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixou em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Irresignado, o Município de Patos interpôs recurso de apelação, levantando, em sede de preliminar, carência da ação, por falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido, bem como necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário. No mérito, aduz que a apelada não foi aprovada no concurso nas vagas contempladas no edital, razão pela qual não possui direito à nomeação (fls. 50/68).

Contrarrazões às fls. 86/90.

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça deixou de emitir parecer, ao argumento de que se afigura desnecessária a sua intervenção (fls. 98/100).

É o relatório.

Decido.

“*Ab initio*”, faz-se mister observar que o “*decisum a quo*” está sujeito ao duplo grau de jurisdição, “*não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal*” (art. 475 do CPC¹).

Dessa forma, conheço, “*ex officio*”, do reexame necessário, e o aprecio, doravante, conjuntamente com o recurso de apelação.

Inicialmente, a edilidade recorrente suscita, em sede de preliminar, a carência de ação do autor por falta de interesse processual e por impossibilidade jurídica do pedido.

Para embasar a falta de interesse de agir alega que inexistem servidores contratados a título precário no Município

¹ “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;”

apelante e, no que tange à carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, aduz que *“a nomeação da apelada, em detrimento dos demais classificados e ao arrepio da legislação municipal aplicável, fere gravemente o princípio da legalidade ao qual está vinculado a administração pública”*.

Verifica-se, contudo, que as aludidas matérias, muito embora suscitadas em preliminar, em verdade, possuem natureza de defesa de mérito, e com ele deverão ser analisadas.

Ainda, preliminarmente, o recorrente arguiu a nulidade do feito, ante a ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário. Aduziu, assim, que os demais concursados deveriam ter integrado a lide.

Sem razão, contudo, o apelante, posto que, consoante entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça, desnecessária é a citação dos demais concursados aprovados em concurso público, eis que esses têm apenas expectativa de direito à nomeação. Ademais, uma vez que as nomeações obedecem à estrita ordem de classificação final no certame, a eventual procedência da ação não terá o condão de causar qualquer prejuízo aos demais candidatos.

STJ: Sobre o tema, veja-se o seguinte aresto do

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA FÁTICA. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. (...)

2. ***“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de ser desnecessária a citação dos demais concursados como litisconsortes necessários, porquanto os candidatos, mesmo aprovados, não titularizariam direito líquido e certo à nomeação”*** (AgRg nos EDcl no Ag 1.344.291/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 1º/4/11).

(...)

4. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 161355/PI, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013)” (grifei)

Destarte, **rejeita-se** a presente preliminar.

MÉRITO

De início, faz-se necessário salientar que o entendimento jurisprudencial atual, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, é o de que os candidatos regularmente aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital possuem direito subjetivo à nomeação dentro do período de validade do certame.

Eis o aresto do STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer

do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. [...]
V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(STF - RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314) (Grifei)

No mesmo sentido, enveredam os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO ENCERRADO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. Trata-se, originariamente, de Mandado de Segurança no qual a impetrante alega ter sido aprovada dentro do número de vagas em concurso de provas e títulos para função de assistente social judiciário, sem, contudo, ter sido admitida mesmo após o vencimento do certame.

2. A aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e à posse dentro do período de validade do certame. Precedentes do STJ.

3. Recurso Ordinário provido para determinar a nomeação da impetrante para a função de assistente social judiciário numa das comarcas da circunscrição em que foi aprovada.

(RMS 34.501/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012) (Grifei)

Ainda da Segunda Turma:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO A SER NOMEADO NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO.

1. A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modificar seu entendimento não implica necessidade de sobrestamento do recurso especial.

2. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito

subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do certame.

3. Este entendimento foi recentemente confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 598099, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL, MÉRITO DJ 03/10/2012.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 209.870/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 06/11/2012) (Grifei)

Da Quinta Turma:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO.

1. **A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação.** 2. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória. Precedentes. 3. A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar. 4. Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF). 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança. (RMS 27.311/AM, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 08/09/2009) (Grifei)

Vê-se, assim, que os Tribunais Superiores firmaram entendimento no sentido de que o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas previstas no edital do certame possui direito subjetivo à nomeação, uma vez que o edital faz lei entre as partes, devendo os pactuantes respeitarem as cláusulas nele previstas. Por sua vez, o candidato aprovado em excedente, porque fora das vagas previstas no edital, possui apenas mera expectativa de direito à nomeação.

Não obstante a regra acima, pacificou o STJ o entendimento segundo o qual a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público fora das vagas previstas no edital convola-se em direito líquido e certo quando há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas surgidas no período de validade do certame, com preterição daqueles que aprovados estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

Sobre o tema, eis a jurisprudência pacífica do STJ:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO JULGADO. ACOLHIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE OFICIAL DE APOIO JUDICIAL (CLASSE D). APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. **INEXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS.***

1. Os embargos de declaração constituem instrumento processual com o escopo de eliminar do julgamento obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo acórdão ou, ainda, de corrigir evidente erro material, servindo, dessa forma, como instrumento de aperfeiçoamento do julgado (CPC, art. 535). Havendo omissão, impõe-se o seu acolhimento. No presente caso, houve omissão no acórdão embargado acerca da inexistência de cargo vago no concurso em questão, uma vez que as designações dos ora embargados foram feitas em razão de motivos determinados.

2. 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.

3. No presente caso, os impetrantes apontam que foram aprovados para o concurso público para provimento do cargo de Oficial de Apoio Judicial (Classe D), fora do número de vagas previstas no edital; no entanto, foram designados precariamente para o exercício da mesma função pública. Nesse sentido, alegam seu direito à nomeação.

4. A autoridade coatora, Presidente a época do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao prestar suas informações, consignou: (i) a inexistência de cargo vago; (ii) a necessidade transitória na contratação, em razão do afastamento temporário dos servidores efetivos.

5. Apesar de ter sido demonstrada a efetiva contratação precária dos impetrantes para o exercício da função pública de Oficial de Apoio Judicial, cargo para o qual

foram aprovados fora do número de vagas, o que induziria a preterição, verifica-se que não há cargos vagos a serem preenchidos e que as contratações ocorreram com a finalidade de suprir a necessidade temporária do Tribunal, em razão dos afastamentos transitórios dos titulares, o que afasta a convocação da expectativa de direito dos candidatos, ora embargados.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso ordinário.

(EDcl nos EDcl no RMS 35.459/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013)

Mais:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO A NOMEAÇÃO. POSTERIOR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO PARA O MESMO CARGO. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS.

*1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a mera expectativa de nomeação de candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, **há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes**, com preterição daqueles que, aprovados em concurso público, estariam aptos a ocupar o cargo ou a função.*

*2. Se a Administração, durante o prazo de validade de concurso, **contrata terceiros em situação precária para exercer cargos vagos** que deveriam ser preenchidos apenas por meio de concurso público, a mera expectativa de direito transforma-se em direito líquido e certo, pois incompatível com os princípios da moralidade e da boa-fé, ressalvadas as situações constitucionalmente previstas.*

3. Hipótese em que o Tribunal de origem não analisou se a vaga pretendida pela ora agravante foi preenchida de forma irregular.

Necessidade de retorno dos autos.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 1333715/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 04/03/2013)

Ainda:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. CERTAME NO PRAZO DE VALIDADE. NOMEAÇÃO IMEDIATA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO.

1. *Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra omissão perpetrada pelos Ministros de Estado da Saúde e do Planejamento, Orçamento e Gestão, que não teriam nomeado e empossado a impetrante no cargo público de especialista em pesquisa e investigação biomédica em saúde pública - epidemiologia e imunologia aplicada às leishmanioses, para o qual foi aprovada em 1º lugar.*

2. *Pacificada no STJ a orientação no sentido de que a Administração Pública, uma vez homologado o concurso público, deve, no decorrer do prazo de sua validade e de acordo com o número de vagas estipulado no edital, nomear e empossar os candidatos aprovados, cabendo-lhe, por critério de conveniência e oportunidade, escolher, sempre dentro daquele limite temporal, o momento em que preencherá as vacâncias existentes. Precedentes do STJ: RMS 33.925/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/2/2012; RMS 32.574/CE, Rel.*

Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 13/9/2011; AgRg no RMS 30.641/MT, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 14/2/2012; AgRg no Resp 1.235.844/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 18/4/2011.

3. ***Se a Administração, durante o prazo de validade de concurso, contrata terceiros em situação precária ("terceirizados") para exercer cargos vagos ou funções a eles afeitas, está obrigada a preenchê-los imediatamente, com nomeação e posse de candidatos aprovados, descabendo falar, nesta hipótese, em mera expectativa de direito ou discricionariedade administrativa, posto que caracterizado comportamento incompatível com os princípios da moralidade e da boa-fé, resguardadas, por óbvio, situações absolutamente excepcionais, prévia e cabalmente motivadas.***

4. [...]

5. *Segurança denegada.*

(MS 17.820/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 18/09/2012) (Grifei)

Seguindo o mesmo entendimento:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO.

1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito líquido e certo à nomeação. Durante o período de validade do certame, compete à Administração, atuando com discricionariedade, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

2. **Esse entendimento (poder discricionário da Administração para nomear candidatos aprovados no certame durante sua validade) é limitado na hipótese de haver contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos e ainda existirem candidatos aprovados no concurso. Nessas situações, a expectativa de direito destes seria convolada, de imediato, em direito subjetivo à nomeação.**

3. A despeito da jurisprudência do STJ, in casu, não conseguiu o agravante provar que o Tribunal nomeou candidatos em vagas que surgiram posteriormente à homologação do concurso durante a validade deste.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 38.543/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 15/10/2012) (Grifei)

Ainda:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DOS IMPETRANTES. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter nomeação e posse em razão de aprovação em concurso público fora do número de vagas previsto no edital.

2. **Esta Corte vem entendendo que a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em certame ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes.**

3. Em suas razões, os recorrentes apontam que foram aprovados para o concurso público para provimento do cargo de Oficial de Apoio Judicial (Classe D), fora do número de vagas previstas no edital; no entanto, eles próprios foram designados precariamente para o exercício da função pública.

4. **Se, durante o prazo de validade do concurso público, são abertas novas vagas, preenchidas por contratação**

temporária, é obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (RMS 35.459/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012) (Grifei)

Em igual sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. PESSOAL TERCEIRIZADO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ABERTURA DE VAGAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O mandado de segurança originário pleiteia a nomeação de candidatos aprovados para o cadastro de reserva, porquanto existiriam funcionários terceirizados realizando tarefas concernentes aos pretendidos cargos.

2. O direito líquido e certo à nomeação abarca somente os candidatos aprovados dentro do limite de vagas, tal como previsto inicialmente no edital; aos abrangidos pelo cadastro de reserva resiste uma expectativa de direito e a vedação à preterição.

3. **No caso concreto, não ficou demonstrada a abertura de novas vagas para o provimento, ou a vacância daquelas já existentes. A ocorrência de pessoal precário - a desempenhar funções - não abre a possibilidade legal de nomeação, porquanto não cria vagas, nem as desocupa.** Precedente: RMS 31.785/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.10.2010.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 32094/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 14/02/2011) (Grifei)

E:

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 31785/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010) (Grifei)

Por fim:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE AGENTES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DURANTE A VIGÊNCIA DO CERTAME. QUEBRA DE ORDEM CLASSIFICATÓRIA. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A jurisprudência desta e. Corte Superior é assente no sentido de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

II - In casu, todavia, as recorrentes não lograram demonstrar que as contratações realizadas pela Administração Pública teriam ocorrido em número suficiente para caracterizar a preterição da ordem classificatória resultante do certame.

III - Inexistindo prova pré-constituída no writ quanto à violação do direito alegado, não deve prosperar a pretensão mandamental, haja vista a impossibilidade de se promover a dilação probatória.

Precedentes do c. STJ.

Recurso desprovido.

(RMS 29.227/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009)

Verifica-se, assim, pela análise das jurisprudências colacionadas, que o candidato regularmente aprovado em posição classificatória compatível com as vagas previstas no edital do concurso tem direito subjetivo à nomeação e à posse dentro do prazo de sua validade. Ou seja, a Administração Pública tem a discricionariedade de identificar o melhor momento, de acordo com a sua conveniência e oportunidade, para realizar as nomeações durante a vigência do certame.

No que diz respeito aos candidatos aprovados fora do número mínimo de vagas previstas no edital do concurso, estes possuem apenas mera expectativa de direito à nomeação. Ocorre que se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria ou falecimento, e o Poder Público contratar terceiros precariamente para exercer os cargos vagos, os candidatos aprovados além das vagas inicialmente existentes passam a ter, de imediato, direito subjetivo à nomeação.

Assim, vê-se que não é a simples contratação precária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado. Necessário se faz que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados.

Por todo o exposto, analisando atentamente os autos, percebe-se que a sentença vergastada merece reforma.

É que, conforme ficou assentado, para obter direito à nomeação a apelada teria que ter demonstrado que no período da vigência do certame surgiram novas vagas para o cargo ao qual foi aprovada e que elas foram ocupadas por profissionais a título precário.

De fato, como anotado pela promovente, o Município de Patos realizou concurso público destinado ao preenchimento de 06 (seis) vagas para o cargo de Enfermeiro Classe IV (especialista em saúde mental), sendo uma destinada a pessoa portadora de deficiência, tendo ela restado aprovada em 21º (vigésimo primeiro) lugar (fl. 12). Além do mais, noticiam os autos que o Município de Patos contratou, precariamente, no período de validade do certame, alguns enfermeiros (fl. 13).

Ocorre que não há nos autos qualquer documento que comprove a superveniência de vagas na vigência do certame para o cargo em testilha. Logo, não há que se falar em preterição.

Por tais razões, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **dou provimento** à remessa necessária e a apelação cível, para reformar a sentença recorrida em todos os seus termos, julgando improcedente a pretensão deduzida na inicial.

Tendo em vista a nova solução dada à demanda, face a inversão da sucumbência, condeno a autora a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, que fixo em R\$ 800,00 (oitocentos reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, ressalvando-se, entretanto, o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50².

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 22 de setembro de 2014.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator

² “**Art. 12.** A parte beneficiada pelo isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”.