



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DO DES. JOSÉ RICARDO PORTO

DECISÃO MONOCRÁTICA

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL N.º 0000569-29.2015.815.0051.

Relator :*Des. José Ricardo Porto.*
Apelante :*Município de São João do Rio do Peixe.*
Advogado :*Newton Nobel Sobreira Vita (OAB/PB 10.204).*
Apelado :*Mizael Fernandes Nogueira Neto.*
Advogado :*Hermano Francisco de Queiroz Limeira (OAB/CE 9.020).*
Remetente :*Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de São João do Rio do Peixe.*

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. FISIOTERAPEUTA DO MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DO RIO DO PEIXE. PREVISÃO DE 01 CLARÃO. APROVAÇÃO NA SEGUNDA COLOCAÇÃO, FORA DO NÚMERO DE OPORTUNIDADES PREVISTO NO EDITAL PARA A RESPECTIVA OPÇÃO. CONTRATAÇÃO A TÍTULO PRECÁRIO PARA O EXERCÍCIOS DAS MESMAS FUNÇÕES. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONTRATADOS QUE NÃO OCUPAM CARGO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ACERCA DE EVENTUAIS DESISTÊNCIAS OU EXONERAÇÕES DE CANDIDATO MAIS BEM COLOCADO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA DE VAGA A SER PROVIDA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. DECISÓRIO EM DESARMONIA COM TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 837311 (PUBLICADO EM 18-04-2016). INCIDÊNCIA DO ART. 932, V, B, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DO REEXAME NECESSÁRIO E DA IRRESIGNAÇÃO APELATÓRIA.

- *“A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos*

candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.”
(STF - RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

- O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas oferecido no edital possui mera expectativa à nomeação, somente adquirindo direito subjetivo se comprovado o surgimento de vagas durante o prazo de validade do concurso público.

- 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 lhe 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.

- *“Para obter direito à nomeação, o concursado aprovado além das vagas previstas no edital tem que demonstrar a existência de cargos efetivos vagos e que, na vigência do concurso, foram eles ocupados por profissionais a título precário, fora das hipóteses excepcionais admitidas pelo art. 37, IX, da CF, o que não ocorreu na hipótese vertente.”* (TJPB. AC nº 0040511-14.2010.815.2001. Rel. Des. Abraham Luincoln da Cunha Ramos. **J. em 12/12/2016**).

- *“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.”* (STJ. RMS 51321 / ES. Rel. Min. Herman Benjamin. **J. em 16/08/2016**).

- *“No caso dos autos, entretanto, embora tenha havido a realização, no prazo de vigência do concurso, de processo seletivo para contratação temporária de professores, o impetrante não comprovou a existência de cargos vagos de provimento efetivo em número suficiente a alcançá-lo na lista de classificação, de modo que a simples existência de contratação precária e emergencial não gera direito à nomeação.”* (STJ. AgRgnoRMS 33514/MA. Rel. Min. Ari Pargendler. **J. em 02/05/2013**).

- *“A contratação precária mediante terceirização de serviço configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente, ainda que fora do número de vagas previstas no edital, **quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos**.”* (STF. [SS 5026 AgR](#) / PE. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. **J. em 07/10/2015**).

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de apelação cível interposta pelo Município de São João do Rio do Peixe, desafiando sentença lançada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de São João do Rio do Peixe, **que**, nos autos do Mandado de Segurança nº 0000569-29.2015.815.0051 impetrado por Mizael Fernandes Nogueira Neto, **concedeu a ordem mandamental**, determinando a nomeação do impetrante como Fisioterapeuta da edilidade recorrente.

Narra o apelante que o promovente fora aprovada em concurso público realizado pela Administração Municipal para o cargo acima declinado, ficando classificado na 2ª (segunda) colocação, ao tempo que foi oportunizada apenas 01 (uma) vaga para a almejada profissão, a qual já foi preenchida pelo primeiro posicionado.

Nesse contexto, defenda, em síntese, a inexistência de direito líquido e certo do autor, sob o argumento de que o candidato aprovado fora do número de clarões previstos no edital possui mera expectativa de direito.

Ao final, requer a reforma da decisão de primeira instância, no sentido de denegar a segurança – fls. 173/185.

Contrarrazões ofertadas – fls. 199/203.

Instada a pronunciar-se, a Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do reexame necessário e do apelo – fls. 210/213.

É o relatório.

DECIDO.

Como pode ser visto da exordial, constata-se que o impetrante, ora recorrido, prestou certame para Fisioterapeuta do Município de São João do Rio do Peixe, ficando classificado na 2ª (segunda) colocação (fls. 51), ao tempo que foi oportunizada 01 (uma) vaga para a almejada profissão (fls. 40), já tendo sido efetuada nomeação do candidato classificado na 1ª (primeira) posição (fls. 63).

Vislumbra-se, também, que a edilidade possui 02 (dois) prestadores de serviços desempenhando a função de “Fisioterapeuta” – fls. 65 e 66.

Pois bem, a existência de contratações temporárias e precárias de servidores para exercerem as mesmas atribuições de candidatos aprovados em concurso ainda em vigor, apenas induz na necessidade da Administração **em prover as vagas existentes** de cargos públicos.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ASSESSOR TÉCNICO. CONTRATOS TEMPORÁRIOS, PARA O MESMO CARGO, DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a mera expectativa de nomeação dos 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, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

2. *Caso em que a impetrante obteve a 145ª colocação no certame, tendo-se inicialmente ofertadas 70 (setenta) vagas e posteriormente mais 80 (oitenta), totalizando 150 (cento e cinquenta) vagas.*

3. *Os documentos de fls. 636-1.809 permitem concluir que, efetivamente, após a homologação dos resultados do concurso a que se submeteu a recorrente, mais de trezentos terceirizados foram ilegalmente contratados para o exercício do mesmo cargo para o qual foi aprovada.*

4. *"(...) A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. (...)" (RE 837.311/PI, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 9.12.2015, Processo eletrônico de Repercussão Geral - Mérito, publicado no DJe-072 em 18.4.2016).*

5. *Recurso Ordinário provido." (STJ. RMS 47559 / RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. J. em 20/09/2016). Grifei.*

Portanto, inexistente preterição na nomeação do impetrante em decorrência de contratações temporárias realizadas pela Administração, **vez que não estando os terceiros contratados ocupando nenhum dos cargos pertencentes ao quadro da Prefeitura de São João do Rio do Peixe, a extinção do referido vínculo contratual não faria surgir a vaga pretendida pelo candidato, pois tal criação só pode decorrer de lei.**

Este Egrégio Tribunal Pleno já teve a oportunidade de externar o seu entendimento sobre essa matéria, quando da análise do Mandado de Segurança nº 999.2009.000162-2/001, de relatoria coube ao ínclito Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, cujo desfecho cai como uma luva no posicionamento adotado no presente recurso:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DISPONIBILIZADAS NO EDITAL. ALEGAÇÃO DE OCUPAÇÃO DAS VAGAS POR MÉDICOS REQUISITADOS DE OUTROS

ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. EDITAL QUE DISPONIBILIZOU APENAS UMA VAGA PARA A ESPECIALIDADE PRETENDIDA. PREENCHIMENTO PELA PRIMEIRA APROVADA NO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

- Tendo o Edital disponibilizado apenas uma vaga para o cargo pretendido pelo impetrante, e tendo sido esta já devidamente preenchida pela primeira colocada no certame, não há que se falar em direito líquido e certo à nomeação.

- 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 Britto Lyra Filho, Juiz de Direito Convocado. J. em 17/06/2009). Grifei.

Do inteiro teor do acórdão acima mencionado, extrai-se as seguintes assertivas:

“Nesse ínterim, urge assinalar que a inexistência da vaga afastaria a concessão da segurança perseguida, visto que, tendo o certame disponibilizado apenas uma vaga, e tendo sido esta já devidamente preenchida, inexistiria direito líquido e certo a ser assegurado ao impetrante.

(...)

Logo, não vislumbro direito líquido e certo a ser resguardado ao impetrante, pois detém este mera expectativa de direito a ser nomeado para o caso de vir a surgir vaga de Técnico de Promotoria, especialidade Medicina, enquanto perdurar a validade de concurso. E assim o afirmo em razão de atualmente o entendimento predominante ser no sentido de que o direito subjetivo à nomeação pertence apenas àqueles que tenham sido aprovados dentro do número das vagas disponibilizadas no Edital, o que, no caso sub examine, já foi cumprido.

(...)

Quanto à requisição de médicos de outro órgão da Administração, há de registrar-se que, não estando estes ocupando nenhum dos cargos pertencentes ao Quadro de Pessoal do Ministério Público Estadual, conforme se verifica a partir da documentação de fls. 89/98, sua devolução – como bem restou asseverado nas informações complementares – não faria surgir a vaga pretendida pelo impetrante, vez que tal criação só pode decorrer de lei.

(...)

Por fim, concludo afirmando que, embora simpatize com a tese de que a reconhecida contratação de médicos requisitados de outros

órgãos da Administração até sirva de indícios quanto à necessidade do serviço, tal fato, por si só, não tem o condão de fazer surgir a vaga pretendida, até porque esta – repita-se – só surge mediante lei.” (TJPB. MS nº 999.2009.000162-2/001. Rel. Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, Juiz de Direito Convocado. **J. em 17/06/2009**). Grifei.

Nesse sentido, segue recentíssimo julgado da Segunda Câmara Especializada Cível desta Corte:

“ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DEDUZIDA. CONCURSO PÚBLICO. PRETENSÃO À NOMEAÇÃO. CANDIDATA APROVADA FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA NA VIGÊNCIA DO CERTAME. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CARGOS EFETIVOS DESOCUPADOS. AUSÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO.

- 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, no período 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.

- “Candidato aprovado em concurso público além do número de vagas oferecido no edital adquire o direito à nomeação, respeitada a ordem de classificação, na hipótese em que a administração, no prazo de validade do certame, havendo cargos efetivos a preencher e estando evidenciada a necessidade dos serviços, promove contratação temporária de funcionários para o desempenho de atribuições próprias desses cargos, em detrimento dos aprovados no certame” (STJ - AgRg nos EDcl no RMS 31.083/MG).

- Para obter direito à nomeação, o concursado aprovado além das vagas previstas no edital tem que demonstrar a existência de cargos efetivos vagos e que, na vigência do concurso, foram eles ocupados por profissionais a título precário, fora das hipóteses excepcionais admitidas pelo art. 37, IX, da CF, o que não ocorreu na hipótese vertente.” (TJPB. AC nº 0040511-14.2010.815.2001. Rel. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. **J. em 12/12/2016**). Grifei.

No mesmo diapasão, trago à baila arestos do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS. MÉRITO ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. CARGOS VAGOS. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. DENEGAR A ORDEM.

1. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por Aloisia Joseph da Silva com o objetivo de assegurar direito à nomeação para o cargo de Técnico em laboratório do Estado do Espírito Santo, no qual foi aprovado na 5ª posição, isto é, fora do número das vagas inicialmente previstas (quatro vagas).

2. A Recorrente sustenta que o primeiro colocado no concurso não teria sido aprovado no estágio probatório e que a segunda colocada teria sido transferida para localidade diversa. O afastamento do primeiro colocado para tratamento de saúde não importa em vacância. Do mesmo modo, a remoção da segunda colocada para unidade diversa, em Linhares - ES (e-STJ 58), também não gera vacância do cargo no município de São Mateus - ES, inexistindo direito líquido e certo da recorrente à nomeação para o cargo pretendido.

3. A jurisprudência do STJ firmou 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 sua conveniência e oportunidade.

*4. **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.*

5. Tal direito também se manifesta quando, durante o prazo de validade do concurso, demonstrado o interesse da Administração Pública, surgirem vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento, seja pela realização de novo concurso público dentro do prazo de vigência do certame anterior.

6. Não caracteriza "vacância de cargo" para fins de provimento pelos aprovados em concurso público a simples remoção de servidor para outra comarca.

7. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prorrogação do prazo de validade do concurso público é faculdade outorgada à Administração, exercida segundo critérios de conveniência e oportunidade, os quais não estão suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário.

8. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança não provido.” (STJ. RMS 51321 / ES. Rel. Min. Herman Benjamin. **J. em 16/08/2016**).

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.

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

2. Contudo, a recorrente não comprovou tal fato nos autos.

3. Recurso Ordinário não provido.” (STJ. RMS 51676 / MG. Rel. Min. Herman Benjamin. **J. em 01/09/2016**).

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA O CARGO DE PROFESSOR. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXISTÊNCIA DE PROCESSO SELETIVO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no Edital tem mera expectativa de direito. Tal expectativa se convola em direito nos casos em que, durante a vigência do concurso, mesmo havendo a criação de novas vagas ou a vacância do respectivo cargo em número que alcance a classificação do candidato, a Administração Pública promove a contratação temporária de servidores para exercer a função inerente àqueles cargos. No caso dos autos, entretanto, embora tenha havido a realização, no prazo de vigência do concurso, de processo seletivo para contratação temporária de professores, o impetrante não comprovou a existência de cargos vagos de provimento efetivo em número suficiente a alcançá-lo na lista de classificação, de modo que a simples existência de contratação precária e emergencial não gera direito à nomeação. Agravo regimental desprovido.” (STJ.

Ainda:

*“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.” (STJ.*

EDcl nos EDcl no RMS 35459 MG 2011/0186357-0 (STJ). Rel. Min. Mauro Campbell Marques. **J. em 13/08/2013**). Grifei.

Logo, não há que se falar em direito à nomeação, vez que a classificação obtida pelo autor, ora recorrido, no certame em questão (2º Lugar) não alcança o número de vagas (01) previsto no edital, aliado ao fato de que a extinção das contratações temporárias aqui mencionadas não fará surgir a vaga pretendida pelo candidato, eis que tal criação só pode decorrer de lei, conforme já ressaltado.

Não é demais, pinçar julgados do Pretório Excelso:

*“AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. II – Decisão agravada que indeferiu o pedido de contracautela diante da ausência de comprovação da alegada lesão e da indisponibilidade financeira para o cumprimento das decisões. III – O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possuem direito à nomeação. Precedente. IV – A contratação precária mediante terceirização de serviço configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente, ainda que fora do número de vagas previstas no edital, quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos. Precedentes. V – Não se configura preterição quando a Administração realiza nomeações em observância a decisões judiciais. Precedentes. VI – Alegações suscitadas na peça recursal que ultrapassam os estreitos limites da presente via processual e concernem somente ao mérito, cuja análise deve ser realizada na origem, não se relacionando com os pressupostos da suspensão de segurança. VII – Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF. [SS 5026 AgR](#) / PE. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. **J. em 07/10/2015**). Grifei.*

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital. Concurso vigente. Terceirização. Inexistência de vagas. Preterição. Não ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que a contratação precária mediante terceirização de serviço somente configura preterição na

ordem de nomeação de aprovados em concurso vigente, ainda que fora do número de vagas previsto no edital, quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos. 2. Agravo regimental não provido.” (STF. ARE 756227 AgR / RN - RIO GRANDE DO NORTE . Rel. Min. Dias Toffoli. J. em 22/04/2014). Grifei.

*“EMENTA Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Contratação precária de terceirizados. Preterição de concursados. Não comprovação da existência de vagas de caráter efetivo. Ausência de direito líquido e certo. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. É posição pacífica desta Suprema Corte que, havendo vaga e candidatos aprovados em concurso público vigente, o exercício precário, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias de servidor de cargo efetivo faz nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV, da Constituição Federal. 2. **O direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente somente surge quando, além de constatada a contratação em comissão ou a terceirização das respectivas atribuições, restar comprovada a existência de cargo efetivo vago. Precedentes.** 3. **No caso em questão, não ficou comprovada, nos documentos acostados aos autos, a existência de vaga efetiva durante a vigência do concurso, sendo necessário, para tanto, que haja dilação probatória, o que não se admite em via mandamental. Ausência de direito líquido e certo do agravante.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF. RMS 29915 AgR / DF. Rel. Min. Dias Toffoli. J. em 04/09/2012). Grifei.*

Ora, proceder de acordo com a tese do apelado, seria o mesmo que afrontar o princípio constitucional da Separação do Poderes, porquanto ao Poder Judiciário é defeso criar cargos, como na espécie, cuja função é do Legislativo.

Por último, cito posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, sob o rito da Repercussão Geral, *in verbis*:

“(…) O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Conseqüentemente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero

(Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.”
(STF - RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

Com efeito, conforme julgado supra, a tese estabelece que: “O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:

1 – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;

3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.”

Diante do pressuposto supra, aliado aos demais argumentos e precedentes jurisprudenciais citados na presente decisão, repito, não visualizo a existência

de número de clarões necessários a alcançar a posição do recorrido, razão pela qual não há que se falar em preterição.

Com essas considerações, monocraticamente, nos termos do art. 932, V, B, do NCPC, **DOU PROVIMENTO à remessa oficial e ao recurso apelatório**, reformando a sentença para denegar a ordem mandamental, em harmonia com o parecer do Ministério Público.

P.I.

Cumpra-se.

João Pessoa, 31 de julho de 2017.

José Ricardo Porto
Desembargador Relator

J/08